

**LUISS GUIDO CARLI**  
**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**A.A. 2013/2014**

**TESI IN DIRITTO DELLA CONCORRENZA E DELL'INNOVAZIONE**

**LA TUTELA RISARCITORIA E I PROGRAMMI DI CLEMENZA NELLA LOTTA AI CARTELLI ANTITRUST**

**RELATORE: PROF. GUSTAVO OLIVIERI**

**CANDIDATO: MARTINA SCARABOTTA**  
**MATR: 103243**

**CORRELATORE: PROF. GIAN DOMENICO MOSCO**

# LA TUTELA RISARCITORIA E I PROGRAMMI DI CLEMENZA NELLA LOTTA AI CARTELLI ANTITRUST

## INDICE

PREMESSA	4
<b>1 IL RISARCIMENTO DEL DANNO ANTITRUST</b>	<b>8</b>
1.1 OBIETTIVI E STRUTTURA DELLE AZIONI PRIVATE RISARCITORIE	8
1.1.1 <i>Public e private enforcement del diritto antitrust</i>	8
1.1.2 <i>L'evoluzione del private enforcement nel panorama comunitario e nazionale</i>	11
1.1.3 <i>L'azione risarcitoria: tra funzione compensatoria e complementarietà nella deterrenza</i>	19
1.2 LE DIFFICOLTÀ DI ACCESSO ALLA TUTELA RISARCITORIA	25
1.2.1 <i>La legittimazione all'azione risarcitoria antitrust</i>	26
1.2.1.1 Le azioni collettive	32
1.2.1.2 Standing requirements e class action nell'ordinamento americano	39
1.2.2 <i>I costi di accesso alla tutela risarcitoria</i>	44
1.2.2.1 La fee allocation rule	46
1.2.2.2 La composizione amichevole della lite	50
1.2.3 <i>La gravosità dell'onere probatorio</i>	53
1.3 LE DIFFICOLTÀ IN SEDE DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO ANTITRUST	58
1.3.1 <i>I mezzi probatori nella liquidazione del danno</i>	61
1.3.2 <i>I metodi usati</i>	65
1.3.2.1 Il metodo "analitico"	65
1.3.2.2 Il metodo "before and after"	71
1.3.2.3 Il metodo "benchmark"	75
1.3.3 <i>Il danno antitrust nell'esperienza statunitense: punitive damages e sentenza Manfredi</i>	78
1.3.4 <i>La Comunicazione della Commissione Europea</i>	87
1.4 LE FINALITÀ E LE NOVITÀ DELLA PROPOSTA DI DIRETTIVA COMUNITARIA	92
1.4.1 <i>L'efficacia delle decisioni delle autorità antitrust</i>	96
1.4.2 <i>Il regime di divulgazione delle prove</i>	102
1.4.3 <i>Il trasferimento del sovrapprezzo (passing-on)</i>	107
1.4.4 <i>La sorte della Proposta nel panorama comunitario e italiano</i>	111

<b>2</b>	<b>I PROGRAMMI DI CLEMENZA</b>	<b>115</b>
2.1	OBIETTIVI E STRUTTURA DEI PROGRAMMI DI CLEMENZA (LENIENCY PROGRAMMES)	115
2.1.1	<i>Il campo di applicazione: la lotta agli “hardcore cartels”</i>	115
2.1.2	<i>Le origini dell’istituto</i>	118
2.1.3	<i>Il regime normativo nazionale e comunitario dei programmi di clemenza</i>	120
2.1.4	<i>Uno sguardo ad alcune esperienze applicative</i>	131
2.1.5	<i>La funzione repressiva dei programmi di clemenza: l’accertamento</i>	135
2.1.6	<i>La funzione preventiva dei programmi di clemenza: la deterrenza</i>	138
2.1.6.1	I rapporti di fiducia tra le parti del cartello e il dilemma del prigioniero	140
2.2	I LIMITI ALL’EFFETTIVA UTILITÀ DELLO STRUMENTO NELL’ORDINAMENTO ITALIANO	145
2.2.1	<i>La mancanza di un regime unitario</i>	146
2.2.2	<i>La propensione al pentitismo in Italia</i>	150
2.2.3	<i>I disincentivi dell’esposizione a responsabilità penale e civile (segue)</i>	161
<b>3</b>	<b>PROGRAMMI DI CLEMENZA E PRIVATE ENFORCEMENT</b>	<b>165</b>
3.1	LA DOPPIA ANIMA DELL’AZIONE RISARCITORIA: TRA DETERRENZA E DISINCENTIVAZIONE	165
3.2	L’ART. 39 DELLA COMUNICAZIONE CE 2006	168
3.3	LA RISERVATEZZA DEL LENIENCY APPLICANT	169
3.3.1	<i>Riservatezza verso gli eventuali ricorrenti nella normativa nazionale e comunitaria</i>	169
3.3.2	<i>L’accesso difensivo alla documentazione leniency delle parti indagate</i>	174
3.3.3	<i>La riservatezza verso le autorità antitrust</i>	179
3.4	IL DIRITTO DI ACCESSO NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA: LA FORMULA PFELEIDERER	181
3.5	UNO SGUARDO ALLE ESPERIENZE STRANIERE. IL SUCCESSO DEL LENIENCY PROGRAMME STATUNITENSE.	190
3.6	LE SOLUZIONI PROPOSTE PER UN COORDINAMENTO OTTIMALE	199
3.6.1	<i>Libro Bianco e “policy options”</i>	200
3.6.2	<i>Il regime di accesso e la tutela della riservatezza nella Proposta di Direttiva</i>	204
3.6.3	<i>La limitazione della responsabilità solidale nella Proposta di Direttiva</i>	206
	BIBLIOGRAFIA	211

## Premessa

Questo elaborato si propone di affrontare la tematica relativa ai delicati equilibri tra public e private enforcement del diritto antitrust, con particolare attenzione alla situazione attuale nell'ordinamento giuridico italiano.

Anticipando brevemente ciò che sarà poi sviluppato Cfr nel corso della trattazione, è possibile osservare come la garanzia del rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza sia garantita da un duplice pilastro: da un lato, il public enforcement e, dall'altro, il private enforcement.

Se fino ad alcuni anni fa, la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato era affidata esclusivamente all'Autorità pubblica, con esclusione di qualsiasi attribuzione in materia in capo ai privati cittadini nonché ai giudici civili, ad oggi la situazione è profondamente mutata.

A partire dalla celebre sentenza *Courage* della Corte di Giustizia, l'ordinamento comunitario ha espressamente previsto la possibilità, già da tempo riconosciuta negli Stati Uniti, per i privati cittadini, consumatori o imprese che siano, di ottenere dal giudice civile nazionale il pieno risarcimento del danno subito in conseguenza di un illecito antitrust.

L'ordinamento italiano si è pianamente conformato a questo approccio, prevedendo espressamente, all'art. 33 della Legge 287/1990, l'istituto del risarcimento del danno antitrust.

Riconosciuta ormai pacificamente l'esistenza di tale duplice binario di tutela, è possibile riconoscere una situazione di *complementarietà* tra i due canali, i quali, si ritiene, contribuiscono congiuntamente a garantire un adeguato livello di tutela della normativa concorrenziale.

Al contempo, tuttavia, è dato rilevare come lo strumento del private enforcement, pur configurandosi come un pilastro fondamentale nell'applicazione del diritto antitrust, ciononostante abbia ancora un modesto livello di successo nell'ordinamento nazionale, dove le azioni risarcitorie

intentate contro gli autori di illeciti antitrust sono di numero esiguo e, in gran parte, successive alle condanne pubblicistiche (azioni *follow-on*).

Questo scarso livello di successo del private enforcement, come meglio vedremo, è sostanzialmente determinato dalle difficoltà di accesso alla tutela risarcitoria, rappresentate soprattutto dagli ingenti costi a carico del ricorrente e dalla gravosità dell'onere probatorio che quest'ultimo è chiamato ad assolvere.

In considerazione della importante funzione che la tutela risarcitoria è chiamata a svolgere, in complementarietà con l'azione pubblicistica dell'Autorità Garante, ai fini dell'accertamento e della deterrenza degli illeciti concorrenziali, nonché ai fini dell'equo ristoro delle vittime degli stessi, è stata recentemente avvertita, dalle istituzioni comunitarie, la necessità di introdurre dei correttivi volti ad agevolare l'accesso alla tutela risarcitoria da parte dei privati; e proprio questa è stata la *ratio* ispiratrice del Libro Bianco della Commissione Europea del 2008 e, soprattutto, della Proposta di Direttiva della Commissione Europea del 2013, ad oggi in via di approvazione, secondo l'*iter* legislativo ordinario.

Il primo capitolo dell'elaborato si propone dunque di analizzare la normativa e la prassi giurisprudenziale vigente in materia di private enforcement, evidenziando i profili di necessaria complementarietà tra il canale pubblico e privato di tutela ed analizzando i punti di criticità dell'attuale situazione che non consentono un adeguato livello di sviluppo del private enforcement.

Nella parte conclusiva del primo capitolo, verrà dedicato ampio spazio all'analisi delle novità apportate dalla Proposta di Direttiva comunitaria, ad oggi in via di approvazione, in un'ottica di ottimizzazione di tale interrelazione tra public e private enforcement del diritto antitrust.

La seconda parte dell'elaborato passa a considerare un altro importantissimo strumento finalizzato ad agevolare l'accertamento dei cartelli segreti e ad accrescere il livello di deterrenza del sistema: il programma di clemenza (*leniency programme*).

Quest'ultimo è uno strumento avente carattere premiale, introdotto nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale sulla scia dell'esperienza

americana ed avente una duplice funzione; da un lato, consentire all'Autorità di scoprire cartelli segreti con maggior facilità e celerità avvalendosi di forme di cooperazione *ab interno*; dall'altro lato, creare un seme di sfiducia all'interno del cartello, accrescendo la propensione al fenomeno dello "scartellamento", con complessivi effetti benefici in termini di garanzia dell'adeguato funzionamento del mercato concorrenziale.

È quindi evidente che si è in presenza di un ulteriore mezzo, questa volta rientrando nel campo del public enforcement, di indubbio spessore nella repressione degli illeciti concorrenziali, e in quanto tale oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie e nazionali.

Tuttavia, al pari di quanto accennato in merito alla tutela risarcitoria, anche in relazione a tale secondo istituto, specie con riguardo all'esperienza riscontrata nell'ordinamento italiano, si può rilevare un ridottissimo livello di accesso allo stesso, come dimostra il fatto che in Italia, ad oggi, solo cinque procedimenti antitrust sono stati avviati a seguito di domande di clemenza.

Brevemente, anticipando quanto sarà poi approfondito nel corso della trattazione, le principali cause di insuccesso del programma di clemenza nazionale sono da rinvenire nella scarsa propensione al pentitismo, nel timore delle conseguenze che una defezione dal cartello possa comportare in termini di credibilità e reputazione sul mercato e nei costi connessi ad una più probabile esposizione all'azione risarcitoria.

Il secondo capitolo, dunque, presenta una struttura analoga al precedente, andando prima ad analizzare gli sviluppi evolutivi, le modalità di funzionamento e le normative e prassi giurisprudenziali vigenti in materia di leniency programme, per poi concentrare l'attenzione su quelli che sono i principali punti di criticità dell'istituto, causa del ridotto grado di successo dello stesso, specie se in confronto con l'esperienza statunitense, dove il leniency programme è configurato in maniera tale da garantire un elevatissimo ricorso allo stesso.

Nei primi due capitoli, dunque, verranno analizzati punti di forza e debolezza di due strumenti coessenziali alla garanzia di un adeguato enforcement del diritto antitrust.

Infine, la terza ed ultima parte dell'elaborato è dedicata, nello specifico, all'analisi dei fattori che rendono difficoltosa la coesistenza di tali due strumenti, il risarcimento del danno antitrust da un lato e il programma di clemenza dall'altro; due istituti, di per sé, di così fondamentale importanza, ma ostacolanti l'uno il corretto funzionamento dell'altro, tanto che si è addirittura arrivati a parlare di fattori di *inconciliabilità* tra public e private enforcement.

Infatti, ai sensi dell'art. 39 della Comunicazione della Commissione sulla clemenza, l'accesso al trattamento favorevole non esonera il leniency recipient dall'esposizione ad azione risarcitoria antitrust e ciò, per le ragioni che di seguito vedremo, può essere considerato come la causa principale della scarsa propensione a presentare domande di accesso al programma di clemenza.

In particolare, il terzo capitolo affronterà la questione inerente al bilanciamento tra due interessi contrapposti: da un lato, la riservatezza del leniency applicant e, dall'altro lato, il diritto del danneggiato ricorrente ad ottenere un accesso pieno al fascicolo istruttorio.

Alla delicata questione del bilanciamento, vedremo come la giurisprudenza comunitaria non sia riuscita a dare una soluzione certa e definitiva, come dimostrano le sentenze Pfleiderer e Donau Chemie; tuttavia, nella parte conclusiva, vedremo come la recentissima Proposta di Direttiva comunitaria del 2013 vada a dare una soddisfacente ed auspicata sistemazione agli interessi in gioco, con una soluzione propensa ad agevolare la leniency application, pur senza pregiudicare eccessivamente il diritto ad un equo ristoro del danno subito, ponendo così plausibilmente fine ad una questione annosa e controversa.

Tuttavia, per poter conoscere gli esiti di tale innovativa disciplina, dovremo inevitabilmente attendere la sua entrata in vigore e il suo recepimento da parte degli Stati membri.

## CAPITOLO PRIMO

### 1 Il risarcimento del danno antitrust

#### 1.1 Obiettivi e struttura delle azioni private risarcitorie

Il primo capitolo di questo elaborato affronta la tematica relativa al risarcimento del danno antitrust, quale componente principale del private enforcement. Infatti, in tutti i principali ordinamenti giuridici, europei e non, alla componente pubblicistica di tutela della concorrenza, garantita dall'azione dell'Autorità Antitrust, si affianca una componente privatistica, garantita dalle azioni intentate dai privati innanzi ai giudici civili.

Nel primo paragrafo, analizzeremo l'evoluzione e la disciplina normativa dell'azione risarcitoria in materia antitrust, arrivando a delineare il principio di *complementarietà* tra public e private enforcement del diritto antitrust.

Successivamente, nei paragrafi successivi, verranno messi in luce i principali punti di criticità della normativa vigente e le difficoltà di accesso a tale forma di tutela, concentrando l'attenzione sugli sviluppi prospettati dalla Proposta di Direttiva comunitaria.

##### *1.1.1 Public e private enforcement del diritto antitrust*

Il sistema di enforcement del diritto antitrust si basa su un doppio binario di tutela: il public e il private enforcement.

Il primo è il canale pubblicistico, volto a garantire la tutela degli interessi generali del mercato, ed è affidato alla Commissione Europea e alle Autorità Garanti nazionali. Nel nostro ordinamento, l'Agcm (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), istituita con l'art. 10 della L.287/1990, è un'autorità amministrativa indipendente avente una funzione di accertamento e repressione di atti, fatti e comportamenti alla luce dei divieti di intese anticoncorrenziali ex

art. 2 L.287/90 (e 101 TFUE) e di abusi di posizione dominante ex art. 3 L.287/90 (e 102 TFUE).

L'Agcm attua le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, soprattutto attraverso l'esercizio di poteri sanzionatori, di tipo pecuniario e/o interdittivo, all'esito di un procedimento amministrativo caratterizzato da particolare attenzione al principio del contraddittorio e con la possibilità di impugnare tali provvedimenti innanzi al giudice amministrativo (TAR Lazio e Consiglio di Stato).

Con l'art. 3 del Regolamento di modernizzazione 1/2003<sup>1</sup> è stato introdotto il principio del decentramento, per cui le autorità antitrust nazionali (e i giudici) possono (o meglio, devono) applicare direttamente i precetti contenuti negli articoli 101 e 102 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) alle fattispecie che determinino un pregiudizio al commercio tra gli stati membri, consentendosi così alla Commissione di dedicarsi agli illeciti concorrenziali più gravi, in primis agli *hardcore cartels*; dunque, ogni qualvolta le autorità nazionali si trovino a fronteggiare intese o abusi che siano suscettibili (anche solo potenzialmente) di incidere sul commercio comunitario dovranno applicare direttamente ed esclusivamente la normativa comunitaria, mentre l'applicazione della normativa nazionale avverrà in via residuale laddove sia evidente che la fattispecie non possa neppure ipoteticamente incidere sul commercio comunitario.

Il potere sanzionatorio previsto dall'art. 15 L.287/90 è il principale strumento attribuito all'Autorità per il perseguimento della propria finalità istituzionale; le sanzioni irrogate, oltre a svolgere una funzione punitiva nei confronti del responsabile dell'infrazione, svolgono un'importantissima funzione deterrente, al fine di dissuadere altre imprese dall'assumere o continuare pratiche anticoncorrenziali (scopo dissuasivo generale).

---

<sup>1</sup> Regolamento (CE) n. [1/2003](#) del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato in GUCE n. L 001 del 04/01/2003.

Il legislatore, comunitario e nazionale, hanno recentemente introdotto alcuni strumenti volti a rendere più efficiente il canale pubblicistico di tutela. Anzitutto, allo scopo di concludere il procedimento di accertamento più rapidamente e con un minor dispendio di risorse, il legislatore nazionale ha introdotto<sup>2</sup> alla L.287/90 l'art. 14-*ter* relativo alla chiusura anticipata del procedimento con impegni; altro strumento importante per accelerare l'istruttoria, è la procedura di settlement introdotta nell'ordinamento comunitario con Reg.622/2008<sup>3</sup> ma ancora non contemplata nell'ordinamento italiano. Infine altro mezzo essenziale per garantire maggior efficienza al public enforcement sono i programmi di clemenza (leniency programmes) disciplinati dall'art. 15 comma 2-*bis* della L.287/90, strumentali all'emersione e accertamento dei cartelli segreti attraverso la collaborazione e l'autodenuncia delle imprese coinvolte.

Venendo al private enforcement, si tratta del canale privato di tutela della normativa concorrenziale, basato sull'iniziativa dei privati (imprese e consumatori) che possono adire l'Autorità Giudiziaria ordinaria per chiedere l'accertamento e la cessazione di condotte anticoncorrenziali, la dichiarazione di nullità delle intese restrittive della concorrenza, l'emanazione di provvedimenti cautelari e soprattutto la tutela risarcitoria.

Il risarcimento del danno antitrust è la componente più importante del private enforcement avente, come vedremo, una funzione sia compensatoria che deterrente, in complementarietà con il canale pubblicistico.

Le due forme di tutela sono tra di loro autonome, non sussistendo alcun vincolo di pregiudizialità formale tra l'azione privata e l'accertamento da parte dell'autorità, potendosi configurare sia azioni *follow-on* sia azioni *stand-alone*. I due canali di tutela presentano inoltre una componente di sinergia e

---

<sup>2</sup> Con l'art. 14 del D.L. n. 223/2006 del 4 luglio, convertito in legge n. 248/2006 entrata in vigore il 12 agosto 2006, in ossequio all'art. 9 del Reg. n.1/2003.

<sup>3</sup> Regolamento (CE) n. 622/2008 del 30 giugno 2008. Cfr. Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma degli artt. 7 e 23 del Reg. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, in G.U.U.E., C 167, del 2 luglio 2008.

complementarietà, incrementando il livello di deterrenza, tramite la minaccia di sanzioni pecuniarie- amministrative e di conseguenze civilistiche- risarcitorie. Al contempo tuttavia non mancano dei profili di criticità nel coordinamento dei diversi strumenti di tutela che rischiano di affievolire l'efficienza di tale sistema di enforcement del diritto antitrust.

### *1.1.2 L'evoluzione del private enforcement nel panorama comunitario e nazionale*

Il private antitrust enforcement inteso, come abbiamo detto, nella sua componente essenziale della tutela risarcitoria, nasce e si sviluppa su impulso dell'ordinamento comunitario e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il legislatore comunitario si è a lungo astenuto dal dettare una normativa completa e vincolante in materia risarcitoria, in considerazione del fatto che il private enforcement esula dalle competenze esclusive dell'Unione Europea ex art. 3 TFUE rientrando piuttosto tra le competenze concorrenti governate dal principio di sussidiarietà. Dunque è compito degli Stati membri disciplinare la materia del risarcimento del danno antitrust, salvo che l'Unione Europea dimostri che gli obiettivi non possano essere conseguiti in misura sufficiente dall'azione dei singoli stati e possano essere meglio realizzati a livello comunitario. In applicazione di tale principio, al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva difficilmente conseguibile a livello dei singoli stati in assenza di qualsivoglia coordinamento centralizzato, la Corte di Giustizia seguita dalla Commissione Europea si sono attivate nella predisposizione di linee guida, raccomandazioni, comunicazioni e altri strumenti di *soft law* destinati ad avere un ruolo fondamentale nello sviluppo della relativa disciplina<sup>4</sup>. In realtà, come vedremo, per la complessità e delicatezza della materia, molti Stati (come

---

<sup>4</sup> A titolo esemplificativo, si pensi al Libro Verde, al Libro Bianco, alla Comunicazione sulla quantificazione del danno antitrust, alla Raccomandazione della Commissione in materia di azioni collettive, e così via, fino alla recente Proposta di Direttiva comunitaria.

l'Italia) si sono astenuti dal dettare una disciplina positiva completa in materia, preferendo affidare ai giudici nazionali l'individuazione delle regole e delle soluzioni caso per caso e attendendo indicazioni precise e vincolanti dalla Corte di Giustizia o dalla Commissione Europea.

La base giuridica del private enforcement è rappresentata senza dubbio dal principio del *decentramento* introdotto col Reg.1/2003 dove, all'articolo 6, viene attribuita alle giurisdizioni nazionali la competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE in casi individuali e, nel considerando n.7, si afferma che «le giurisdizioni nazionali tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni, svolgendo così un ruolo complementare rispetto alle Autorità Garanti». Nessun'altra norma di diritto primario o secondario dell'Unione Europea fa riferimento all'azione risarcitoria né tantomeno ne detta la disciplina sostanziale o procedurale, rimettendo tutta la disciplina agli stati membri nel rispetto delle regole dettate dalla Corte di Giustizia e dai documenti della Commissione; regole che, in un simile contesto di incertezza normativa, fungono da fondamentali punti di riferimento per i legislatori ed i giudici nazionali.

Il primo caso che viene in rilievo quando si parla di private *antitrust enforcement* è la nota sentenza sul caso *Courage*<sup>5</sup>, in cui la Corte di Giustizia riconosce espressamente per la prima volta il diritto comunitario al risarcimento del danno derivante da violazioni della normativa concorrenziale.

Consideriamo brevemente i fatti di causa. Nel 1990 la *Courage Ltd*, una fabbrica di birra che nel Regno Unito deteneva una quota di mercato pari al 19%, e la *Grand Metropolitan*, una società impegnata nel settore alberghiero e della ristorazione, si accordavano per costituire una joint-venture, la *Inntrepreneur Estates Ltd*, a cui trasferire le rispettive “public house” da concedere in locazione a terzi. Quindi la *Courage* stringeva un accordo con la *IEL* affinché tutti i

---

<sup>5</sup> Sentenza della Corte di Giustizia (CE) del 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, in causa C-453/99.

contratti di locazione stipulati da quest'ultima prevedessero una clausola di acquisto di birra in esclusiva a favore della Courage, nel rispetto di quantitativi d'ordine minimi e a prezzi di listino. Nel 1991 il sig. Crehan stipulava con la IEL due contratti di locazione ventennali accompagnati dal suddetto obbligo di acquisto esclusivo. Nel 1993 la Courage, attrice nella causa principale, intentava un'azione contro il sig. Crehan, esercente di un pub, in merito ad alcune partite di birra rimaste insolute. Il convenuto contestava la fondatezza dell'azione, invocando la contrarietà della clausola di esclusiva all'art. 85 del Trattato (attuale art. 101 TFUE) e chiedeva, in via riconvenzionale, il risarcimento del danno subito a causa di tale esclusiva; lamentava infatti che la Courage praticasse ai locatari della IEL prezzi più elevati rispetto a quelli di mercato con gravi ripercussioni sulla redditività delle imprese vincolate all'esclusiva.

La Court of Appeal- Civil Division (England & Wales), con ordinanza 16 luglio 1999, interrompeva il giudizio per sottoporre alla Corte di Giustizia, ex art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali. In particolare, il giudice di rinvio chiedeva se una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare la concorrenza ex art. 85 potesse dedurre la violazione di tale disposizione dinanzi a un giudice nazionale per ottenere, nei confronti della controparte, una tutela giurisdizionale e, in particolare, il risarcimento del preteso danno subito a causa di un illecito di cui è parte.

Secondo la Corte di Giustizia, l'art. 85 del Trattato, costituisce una norma fondamentale per l'ordinamento comunitario e per il funzionamento del mercato interno ed è per tale ragione che gli accordi vietati in virtù di tale disposizione sono nulli di pieno diritto e la relativa nullità può essere fatta valere da chiunque, eventualmente anche da chi abbia preso parte all'accordo, col solo limite che questi non abbia avuto un ruolo significativo nella restrizione della concorrenza imputabile all'intesa<sup>6</sup>. Ma vi è di più. In questa pronuncia, la Corte afferma che

---

<sup>6</sup> In senso analogo cfr. causa 392 U.S. 134 (1968) *Perma Life Mufflers, Inc. v. Int'l Parts Corp.*, dove la Corte Suprema statuisce: «Una delle parti di un accordo anticoncorrenziale può, qualora si trovi in una situazione di inferiorità economica, intentare un'azione di risarcimento danni contro l'altro contraente».

«l'effetto utile del divieto ex art. 81 (ora art. 101 TFUE) sarebbe messo in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere la concorrenza»<sup>7</sup>. La Corte attribuisce alla tutela risarcitoria non solo una funzione di tutela di tutti i cittadini e tutte le imprese che abbiano subito un danno a seguito della violazione delle norme antitrust ma anche un'importante funzione dissuasiva rispetto al compimento di illeciti concorrenziali. In particolare la Corte sottolinea che si tratta di uno strumento «volto a garantire una maggior efficacia ed operatività della normativa antitrust, contribuendo sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità, scoraggiando accordi o pratiche anticoncorrenziali»<sup>8</sup>.

Affermato questo principio fondamentale, che andrà ad assurgere a fondamento del diritto fondamentale alla tutela risarcitoria, la Corte va a precisare che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta ai singoli stati stabilire le modalità procedurali dei ricorsi risarcitori purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle previste per i ricorsi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (principio di effettività)»<sup>9</sup>.

Sicuramente il documento più importante in materia di azioni risarcitorie è il Libro Bianco della Commissione Europea del 2008<sup>10</sup> che, a fronte della constatata attuale inefficacia del private enforcement, si propone di rimuovere vari ostacoli giuridici e procedurali affinché «tutte le vittime di violazioni delle normative antitrust comunitaria abbiano accesso a meccanismi di tutela efficaci in modo da poter essere interamente compensate del danno subito e affinché

---

<sup>7</sup> Cfr. punto 26 della Sentenza Corte di Giustizia (CE), 20 settembre 2001.

<sup>8</sup> *Ibidem*, punto 27.

<sup>9</sup> In termini analoghi cfr. Sentenza del 13 luglio 2006, *Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in causa C-295/04 – 298/04.

<sup>10</sup> Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM(2008) 165.

questo strumento abbia conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future».

Salvo poi approfondire nel corso della trattazione gli aspetti più rilevanti, anche a fronte delle recenti novità introdotte con la Proposta di Direttiva, le principali regole definite nel Libro Bianco sono le seguenti.

In materia di legittimazione ad agire, la Commissione conferma la pronuncia della Corte riconoscendo il diritto ad instaurare l'azione a chiunque abbia subito un danno in conseguenza della violazione della normativa concorrenziale, dunque non solo le imprese ma anche i consumatori e le associazioni di consumatori (azioni rappresentative). In materia di *passing-on* viene riconosciuto il diritto ad ottenere il risarcimento da parte degli acquirenti indiretti che abbiano subito la traslazione del sovrapprezzo, con l'opportunità di introdurre una presunzione semplice di trasferimento integrale a loro danno, al fine di alleviare il gravoso onere probatorio.

Viene riconosciuta l'ammissibilità delle azioni collettive con modalità *opt-in* al fine di ridurre i costi dell'azione ed incentivare così i consumatori e le piccole imprese a far valere la propria pretesa risarcitoria. Sempre al fine di evitare che le spese della procedura siano d'ostacolo all'accesso alla tutela risarcitoria, si invitano gli stati a prevedere regole di ripartizione delle spese.

In materia di accesso alle prove, la Commissione, al fine di alleviare l'asimmetria informativa tra attore e convenuto, richiede agli Stati membri una normativa che attribuisca al giudice il potere di ordinare la divulgazione delle prove in possesso del convenuto nei casi in cui tale divulgazione sia necessaria, proporzionata e pertinente e comunque sempre nel rispetto del principio di riservatezza e con particolare attenzione alla posizione del leniency applicant.

Il Libro Bianco enuncia poi il fondamentale principio della *vincolatività* per i giudici nazionali delle decisioni della Commissione che accertano la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE; peraltro la Commissione già in questa sede suggerisce l'opportunità di estendere questa regola anche in relazione alle

decisioni delle autorità garanti nazionali, al fine di agevolare la prova dell'esistenza dell'infrazione gravante sul ricorrente.

In materia di quantificazione del danno risarcibile, la Commissione richiede che i giudici liquidino un risarcimento completo e integrale del danno subito dalla vittima che comprenda la perdita effettiva, il mancato profitto e un diritto agli interessi. La Commissione rinvia anche alla Comunicazione ed alle linee guida dalla stessa predisposte per la liquidazione del danno antitrust.

Per quanto concerne i termini di esercizio dell'azione risarcitoria, la Commissione, per garantire la certezza del diritto, ha proposto di fissare l'inizio del termine di prescrizione in modo tale da non ostacolare il risarcimento del danno; in particolare il termine di prescrizione non dovrebbe iniziare prima che cessi l'infrazione e, per i ricorrenti che non possano ragionevolmente essere stati a conoscenza della violazione, il termine dovrebbe iniziare non appena essi ne vengano a conoscenza; per le azioni collegate a procedimenti condotti dalle autorità pubbliche i termini di prescrizione non dovrebbero scadere mentre è ancora in corso un procedimento pubblico.

Infine la Commissione riconosce il rischio che l'accesso ai leniency programmes possa essere di fatto ostacolato dalla minaccia delle azioni risarcitorie, con gravi ripercussioni sul public enforcement e sulla possibilità di accertamento dei cartelli anticoncorrenziali. Invita dunque gli Stati a prevedere forme di coordinamento tra tali due istituti, entrambi essenziali per garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Nell'ordinamento italiano, la gestione del private enforcement è affidata all'Autorità Giudiziaria Ordinaria a cui possono rivolgersi sia gli imprenditori concorrenti sia i consumatori, nonché le associazioni di consumatori, per chiedere, ai sensi dell'art. 33 L.287/90, la nullità delle intese restrittive della concorrenza, l'adozione di provvedimenti cautelari e il risarcimento del danno.

Con il D.L. 24 gennaio 2012<sup>11</sup> è stata attribuita la competenza ex art. 33 in capo al Tribunale delle Imprese, superando così le incertezze applicative proprie del sistema previgente per cui era attribuita al Tribunale la cognizione delle violazioni di rilevanza comunitaria e alla Corte d'Appello la cognizione delle infrazioni di rilevanza nazionale senza pregiudizio per il commercio tra gli Stati membri. Il doppio regime processuale imponeva quindi ai ricorrenti di stabilire, prima dell'esperimento dell'azione risarcitoria al fine di individuare l'organo competente, se la condotta anticoncorrenziale avesse effetti distorsivi per il commercio tra gli Stati membri ovvero se restringesse la concorrenza nel solo mercato nazionale o in una parte rilevante di esso. Se la condotta pregiudicava il commercio tra gli Stati membri, doveva essere esperita sulla base del diritto antitrust comunitario ed era quindi soggetta al regime processuale ordinario con proposizione della domanda al Tribunale o al Giudice di Pace (in base alla competenza per materia e per valore) con applicazione del normale regime impugnatorio. In caso contrario, il diritto antitrust nazionale costituiva il fondamento giuridico dell'azione che era quindi soggetta al giudizio unico della Corte d'Appello<sup>12</sup>. In questo ultimo caso peraltro la cognizione della Corte d'Appello doveva ritenersi "chiusa" cioè circoscritta alla tutela di quelle situazioni giuridiche soggettive indicate dalla norma senza possibilità di proporre innanzi all'organo giurisdizionale domande connesse, accessorie o riconvenzionali<sup>13</sup>. Inoltre, anche i rimedi azionabili erano considerati tassativi con la conseguenza che la Corte d'Appello operava come un giudice a cognizione parziale, con preclusione delle domande restitutorie, di arricchimento

---

<sup>11</sup> D.L. 24 Gennaio 2012 n.1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito nella legge 24 marzo 2012 n. 2, in GU n.19 del 24-1-2012, Suppl. Ordinario n. 18.

<sup>12</sup> La Corte d'Appello di Milano, con ordinanza 5 febbraio 1992, ritenne compatibile tale giudizio in unico grado con l'art. 24 Cost. in quanto, nel nostro ordinamento, non esiste il principio del doppio grado di giurisdizione, ed essendo ciò rimesso alla discrezionalità del legislatore.

<sup>13</sup> Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 21 dicembre 2010 n. 25880 dove si esclude la cognizione della Corte d'Appello attesa la natura eccezionale delle competenze ad essa attribuite.

senza causa e delle istanze cautelari con effetti costitutivi (privi del carattere di strumentalità rispetto alle azioni di nullità o risarcitorie). Un siffatto quadro processuale determinava indubbie conseguenze negative consistenti in un incremento dei costi e delle difficoltà di accesso alla giustizia a carico dell'attore nonché maggiori costi di amministrazione della giustizia e dilatazione dei tempi processuali in relazione a possibili eccezioni di incompetenza .

Un primo tentativo di razionalizzazione del quadro normativo relativo all'individuazione del giudice competente per la tutela civilistica degli illeciti antitrust è rappresentato dal Codice della Proprietà Industriale<sup>14</sup> che all'art. 134 lett. a) attribuisce alle Sezioni Specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale<sup>15</sup> «le controversie in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della L.287/90 e degli articoli 101 e 102 TFUE», ampliandone così le loro competenze originarie. Questa disposizione ha tuttavia creato gravi problemi interpretativi circa il concetto di “afferenza” tra l'illecito concorrenziale e la lesione dei diritti di proprietà intellettuale, creando così maggiore complicazione e frammentazione con un'ulteriore deroga ai criteri di competenza.

Al fine di semplificare e razionalizzare l'assetto normativo delle competenze, rimuovendo un significativo ostacolo processuale allo sviluppo del private enforcement e al contempo garantendo un elemento di specializzazione, il legislatore, con l'intervento del 2012, recependo le indicazioni provenienti dalla dottrina e dall'Agcm, ha ulteriormente modificato il sistema delle competenze in materia di illeciti antitrust. In *primis* è stato modificato il d.lgs.168/2003 modificando le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale in “Sezioni Specializzate in materia di Impresa”, incrementando a 20 il numero dei tribunali destinati ad ospitarle. In realtà, nonostante il tenore letterale della norma, il Consiglio Superiore della Magistratura ha precisato che

---

<sup>14</sup> Decreto legislativo, 10 febbraio 2005 n. 30/2005, G.U. 04.03.2005.

<sup>15</sup> Introdotte queste ultime, con il D.lgs 27 giugno 2003 n.168/200,3 presso 12 Tribunali e Corti d'Appello, al fine di favorire giudizi specializzati in materie caratterizzate da particolare tecnicismo.

tali Sezioni Specializzate «non si sovrappongono a quelle competenti in materia di proprietà intellettuale e industriale ma vanno a costituire nuove sezioni, al fine di evitare ritardi processuali»<sup>16</sup>. In secondo luogo, è stato modificato il secondo comma dell'art. 33 L.287/90, attribuendo espressamente a tali sezioni la competenza in materia di violazioni della normativa antitrust sia italiana che comunitaria, con il conseguente accentramento e unificazione dei giudizi in materia di nullità delle intese e risarcimento del danno antitrust in capo a giudici con un elevato *expertise* soprattutto per quanto concerne la liquidazione del danno.

A parte l'art. 33 L.287/90, nel nostro ordinamento non vi sono altre disposizioni normative che disciplinano il risarcimento del danno antitrust, la cui disciplina è quindi interamente rimessa all'apporto giurisprudenziale e dell'Autorità Garante. Peraltro, si può notare una tendenza della giurisprudenza nazionale a conformarsi alle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione Europea, seppure nell'ambito di documenti e pronunce di *soft law* in quanto tali non vincolanti per i giudici degli stati membri, e un significativo ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nel secondo paragrafo, parlando delle principali criticità della tutela risarcitoria, analizzeremo i principali campi su cui si è concentrata l'analisi della giurisprudenza italiana, arrivando a risultati in gran parte conformi ai principi ed alle pronunce comunitarie.

### *1.1.3 L'azione risarcitoria: tra funzione compensatoria e complementarietà nella deterrenza*

Una questione molto dibattuta è quella che riguarda la funzione delle azioni private risarcitorie e, in particolare, la contrapposizione tra funzione deterrente e funzione compensatoria.

---

<sup>16</sup> Cfr. Delibera del CSM dell'11 luglio 2012, *Realizzazione di uno schema unico nazionale per il rilevamento dei flussi statistici*.

In materia si confrontano infatti due posizioni: la tesi secondo la quale la funzione della responsabilità e del risarcimento deve essere meramente compensativa o ripristinatoria e la tesi secondo la quale la funzione del risarcimento deve essere (anche) sanzionatoria o quantomeno deterrente. In realtà, si è recentemente osservato che tale contrapposizione è soltanto apparente, che le due funzioni non sono tra di loro alternative bensì coesistenti e attinenti a sfere diverse, poiché la prima (deterrenza), attiene alla gestione del rischio della commissione dell'illecito, mentre la seconda (compensazione) attiene alla gestione delle conseguenze dell'illecito compiuto<sup>17</sup>.

La posizione tesa ad attribuire funzione sanzionatoria al rimedio privatistico si ispira evidentemente all'esperienza statunitense, dove vi sono regole che prevedono la triplicazione del risarcimento del danno da illecito antitrust e la possibilità di condannare l'autore dell'illecito ai c.d. danni punitivi. Come vedremo, una simile impostazione è rigettata nel nostro ordinamento e in generale a livello europeo, in quanto ritenuta incompatibile con i principi costituzionali e di ordine pubblico. La Commissione Europea, nel Libro Bianco, ha definitivamente escluso la prospettiva sanzionatoria, a favore di un approccio di tipo compensativo e ripristinatorio, per cui alla vittima dell'infrazione spetterebbe soltanto il risarcimento completo ed integrale della perdita subita, al fine di evitare un indebito arricchimento del ricorrente e il conseguente rischio di azioni private intentate a fini fraudolenti.

Ora, pur abbandonando una siffatta impostazione sanzionatoria, non si può negare che il private enforcement abbia un'indiscutibile finalità deterrente, potendo indirettamente produrre effetti analoghi a quelli prodotti dalla previsione di sanzioni amministrative, disincentivando così ulteriormente le imprese da comportamenti illegittimi.

È in questo senso che si parla di complementarità tra public e private enforcement del diritto antitrust: l'attività istruttoria e sanzionatoria dell'Autorità

---

<sup>17</sup> F. DENOZZA– L. TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M.Maugeri e A.Zoppini, 2010.

e le azioni risarcitorie sono i due strumenti per eccellenza attraverso cui l'ordinamento mira a prevenire e reprimere gli illeciti concorrenziali. È evidente che i due strumenti, intrinsecamente considerati, perseguono funzioni differenti: ristabilire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale il primo e reintegrare la vittima dell'illecito nello status quo ante il secondo; ma è altresì palese che nel loro complesso tali due strumenti contribuiscono a creare un "meccanismo di deterrenza" necessario per garantire il rispetto e la piena efficacia della normativa sulla concorrenza.

L'insufficienza del solo canale pubblicistico discende da due ordini di limiti. Prima di tutto, la Commissione e le Autorità nazionali dispongono di tempo e risorse limitate, a fronte di un numero sempre crescente di denunce e richieste di intervento. È evidente dunque che le autorità procederanno ad una selezione dei casi di cui occuparsi, concentrandosi maggiormente sugli *hardcore cartels*. Inoltre, la tendenza alla *secretazione* delle intese e degli altri comportamenti abusivi rende ulteriormente difficoltosa tale attività di accertamento e di repressione. Strumenti come i programmi di clemenza e le decisioni con impegni contribuiscono senza dubbio a facilitare tali accertamenti ma i dati statistici mostrano come il public enforcement non garantisca di per sé un sufficiente livello di accertamento e repressione delle infrazioni concorrenziali<sup>18</sup>.

In questo contesto, il private enforcement accresce le possibilità di accertamento degli illeciti. O almeno, in teoria potrebbe farlo. In realtà in ambito comunitario si osserva una netta prevalenza delle azioni *follow-on*, cioè quelle intentate a seguito di un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, rispetto alle azioni *stand-alone*, instaurate prima e a prescindere da una pronuncia di

---

<sup>18</sup> Andrea Renda riporta una tabella con le stime sul saggio di scoperta dei cartelli, da cui si evince che il livello di *detection* dei cartelli si attesta intorno al 15-16%; ciò significa che in base a tali stime (approssimative) l'attività delle autorità consente di scoprire un cartello su sette. Cfr. A.RENDA, S.K. VAN DEN BERGH., R.PARDOLESI R., *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*, (2007), reperibile online: [ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf).

condanna. Come vedremo, alla base di ciò vi sono le difficoltà probatorie che gravano sull'attore circa la sussistenza dell'illecito, disincentivandolo ad intraprendere azioni non confortate da un provvedimento pubblicistico. È dunque auspicata una riforma volta ad alleggerire il carico probatorio del ricorrente e arrivando così a rafforzare l'effetto deterrente delle azioni private. Negli Stati Uniti, si assiste ad una situazione opposta, in cui circa il 90% dei procedimenti antitrust è attivato da privati<sup>19</sup>, ciò sul presupposto che siano questi ultimi ad essere investiti in prima persona dagli effetti pregiudizievoli dell'illecito e quindi dotati di una migliore capacità di ricostruzione degli elementi della fattispecie, con la conseguenza che le azioni di danno possano contribuire in maniera significativa all'ampiezza e accuratezza dell'intervento antimonopolistico. Ne è un plateale esempio il caso Vitamine dove, dopo tre anni di intensa *pre-trial discovery*, un attore privato è stato in grado di portare alla luce l'esistenza di accordi cartellistici per ulteriori sette tipi di vitamine; ed altri ancora hanno contribuito a mettere in chiaro che, per le nove vitamine originariamente investigate dal Department Of Justice, la durata della collusione era stata considerevolmente più lunga di quanto assunto dall'Antitrust Department.

In conclusione è evidente come nell'ordinamento statunitense, dove esiste un reale incentivo per i privati a intentare azioni risarcitorie vi sia un tasso di percentuale di scoperta degli illeciti antitrust nettamente superiore a quello proprio di ordinamenti non incentivanti l'accesso al canale privatistico.

Il secondo grande limite del public enforcement è rappresentato dall'esistenza di un quadro sanzionatorio non corrispondente al c.d. "optimal deterrence model".

Mentre nell'ordinamento statunitense gli illeciti antitrust sono sanzionati (anche) penalmente, gli strumenti sanzionatori che le autorità antitrust europee possono impiegare sono esclusivamente le sanzioni amministrativo-pecuniarie. Per quanto queste non siano affatto indolori, sono frequenti i casi in cui

---

<sup>19</sup> Cfr. SourceBook of Criminal Justice Statistics, reperibile online: <http://www.albany.edu/sourcebook>.

l'ammontare della sanzione è pur sempre, e di gran lunga, inferiore al profitto che l'autore dell'illecito antitrust ha potuto trarre dalla condotta illecita. Un importante studio in materia ha esaminato il bilancio del profilo repressivo derivante dal public enforcement, con un confronto tra la situazione europea e quella statunitense<sup>20</sup>. La Commissione Europea nel 2006 ha pubblicato una Comunicazione avente ad oggetto gli "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 §2 lett. a) del Reg.1/2003" in cui vengono fissati criteri sanzionatori molto rigorosi orientati ad assicurare il necessario carattere dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico) ma anche di dissuadere altre imprese da comportamenti anticoncorrenziali (effetto dissuasivo generale)<sup>21</sup>.

L'importo di base dell'ammenda è calcolato come percentuale del valore delle vendite cui si riferisce l'infrazione, determinata in funzione della gravità della condotta, moltiplicato per il numero di anni dell'infrazione. In particolare, la sanzione-base è commisurata ad una percentuale (che può arrivare fino al 30%, in funzione della gravità dell'infrazione<sup>22</sup>) del fatturato realizzato nel mercato in

---

<sup>20</sup> J. M. CONNOR, C. G. HELMERS, *Statistics on modern private international cartels, 1990-2005*. (2006), disponibile all'indirizzo [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

<sup>21</sup> Cfr. par. 4 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2 lettera a) del Reg. (CE) 1/2003, (2006/C 210/02); in senso analogo cfr. sentenza della Corte di Giustizia (CE) del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française c. Commissione*, cause riunite 100-103/80, in Racc., 1983, p. 1825.

<sup>22</sup> *Ibidem*, parr.20-23: «La gravità sarà valutata caso per caso per ciascun tipo di infrazione, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti (...) Per decidere se la proporzione del valore delle vendite da prendere in considerazione in un determinato caso debba situarsi sui valori minimi o massimi all'interno della forcella prevista, la Commissione terrà conto di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite. Gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza e sono perciò quelli sanzionati più severamente».

cui avviene l'illecito nell'ultimo anno antecedente l'avvio dell'istruttoria, moltiplicando poi tale importo per il numero di anni di partecipazione all'illecito. La Comunicazione introduce poi la c.d. *entry fee*, cioè una somma ulteriore compresa tra il 15% e il 25% del valore delle vendite per dissuadere ulteriormente le imprese dalla partecipazione alle *hardcore restrictions*. La sanzione-base così determinata può poi subire variazioni in applicazione di circostanza aggravanti o attenuanti imputabili alle parti. In particolare, tra le aggravanti rilevano: il ruolo di leader svolto all'interno del cartello, gli effetti della condotta sul mercato, l'ostruzionismo o comunque il rifiuto di collaborare, la recidività della condotta (in tal caso la sanzione può essere aumentata fino al 100%). Tra le attenuanti rilevano il comportamento collaborativo nei confronti delle autorità, il ruolo marginale svolto nel compimento dell'illecito, l'eventuale situazione di difficoltà finanziaria, la prova che l'infrazione sia stata commessa per negligenza, l'immediata cessazione dell'infrazione a seguito dei primi interventi dell'autorità. È tuttavia previsto un limite massimo della sanzione irrogabile, per cui l'importo finale dell'ammenda da infliggere a ciascuna impresa e associazione d'impresa che ha partecipato all'infrazione non deve in ogni caso superare il 10% del fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente.

Nel nostro ordinamento, l'Agcm applica tali criteri nell'irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla L.287/1990. In particolare, l'art. 15 stabilisce che, se a seguito dell'istruttoria, venga ravvisato un illecito, l'Autorità assegna alle parti un termine per l'eliminazione dell'infrazione e, nei casi di infrazioni gravi, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione pecuniaria che può arrivare fino al 10% del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio. Se l'impresa non ottempera al provvedimento inibitorio viene disposta un'ulteriore sanzione pecuniaria e, nei casi più gravi, può essere ordinata la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

Nonostante l'inasprimento del quadro sanzionatorio a livello comunitario, il livello di capacità deterrente della disciplina antitrust europea è comunemente

considerato ben lontano dallo standard ottimale. Infatti, lo studio di Connor mostra che le sanzioni irrogate dalle autorità pubbliche si attestano in un range compreso tra il 23 ed il 79% del sovrapprezzo imposto dai partecipanti al cartello, con la conseguenza che la penalizzazione è ampiamente inferiore all'entità dei guadagni illeciti<sup>23</sup>. Ma soprattutto, manca la deterrenza prospettica, posto che *l'expected fine*, dipendente dalla probabilità di scoperta dell'illecito e successiva condanna, risulta essere decisamente contenuta, delineando un rischio che vale la pena di correre.

In definitiva, posto che il quadro sanzionatorio pubblicistico, per quanto severo, risulta insufficiente a garantire un'effettiva deterrenza, viene a giocare un ruolo chiave la previsione di un canale privato di tutela. Infatti, il timore di essere esposte a penetranti obblighi risarcitori nei confronti delle altre imprese o dei consumatori danneggiati, disincentiverebbe ulteriormente le imprese da pratiche anticoncorrenziali, incrementando significativamente il rischio di subire una perdita patrimoniale in caso di scoperta dell'illecito.

Si deve dunque certamente riconoscere una duplice fondamentale funzione del private enforcement: la funzione deterrente complementare al public enforcement e la funzione ripristinatoria e compensativa a tutela della vittima dell'illecito, tipica del paradigma risarcitorio ex art. 2043 c.c.

## **1.2 Le difficoltà di accesso alla tutela risarcitoria**

Nonostante il private enforcement, e segnatamente il risarcimento del danno antitrust, abbia una funzione così importante, in termini sia di deterrenza sia di

---

<sup>23</sup> European Commission, Cartel Statistics 2002-2007, updated April 18, 2007, reperibile in <http://www.law-economics.net>: «Fra il 2002 ed il 2007, le sanzioni irrogate dalla Commissione Europea sono state pari a € 6,24 miliardi. Assumendo, con deliberato ottimismo, un tasso di scoperta del 30% e valendosi di una stima conservativa (70%) in ordine al rapporto tra le sanzioni imposte ed i sovrapprezzi effettivamente praticati, si rileva come l'impatto totale dell'overcharge da cartello –ossia, i profitti di tutti i cartelli (scoperti o rimasti segreti)- sfiori i 30 miliardi di euro, ammontare cui dovrebbe uniformarsi la penalizzazione pecuniaria per garantire la deterrenza ottimale».

ristoro della vittima dell'illecito, risulta che esso abbia ancora un livello di sviluppo modesto nel contesto europeo e nazionale, specie in confronto all'ordinamento americano.

In questo paragrafo si cercheranno di mettere in luce le principali difficoltà e i costi che il soggetto danneggiato da un illecito concorrenziale incontra per poter accedere alla tutela risarcitoria e che possono considerarsi come la causa principale dello scarso successo dell'istituto.

### *1.2.1 La legittimazione all'azione risarcitoria antitrust*

Una delle principali questioni dibattute in materia di risarcimento del danno antitrust è stata quella relativa alla legittimazione attiva, cioè l'individuazione sul piano soggettivo delle categorie di attori astrattamente legittimati a promuovere l'azione risarcitoria e l'azione di nullità ex art. 33. In particolare, in assenza di una disciplina normativa uniforme, l'analisi della giurisprudenza (comunitaria e nazionale) si è concentrata sul riconoscimento della legittimazione ad agire in capo ai consumatori, essendo invece pacifica quella degli imprenditori concorrenti, naturali destinatari della normativa in materia di concorrenza.

Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, il *leading case* in materia è senza dubbio rappresentato dal caso *Courage c. Crehan*<sup>24</sup> dove la Corte di Giustizia riconosce che gli (allora) articoli 81 e 82 del Trattato producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli, attribuendogli direttamente diritti che i giudici devono tutelare al fine di garantire l'effetto utile delle norme comunitarie sulla concorrenza, il quale potrebbe subire un'indebita limitazione qualora non fosse pienamente garantito a tutti i soggetti danneggiati il diritto di agire in sede di risarcimento del danno antitrust. Il giudice comunitario, chiamato a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale circa la compatibilità col diritto comunitario della regola giurisprudenziale inglese che esclude il diritto al risarcimento del danno al soggetto che sia parte di un contratto idoneo a restringere la concorrenza, afferma che "chiunque" è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'articolo 81

---

<sup>24</sup> *Cit.* Corte di Giustizia, 20 settembre 1999, C-453/99.

del Trattato chiedendo il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza<sup>25</sup>. La Corte, usando il termine “chiunque” riconosce dunque la legittimazione attiva a qualunque categoria di potenziali attori, anche in capo a chi abbia preso parte all'accordo, col solo limite che questi non abbia avuto un ruolo significativo nella restrizione della concorrenza imputabile all'intesa. Secondo la Corte, l'esercizio di tale diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza e il loro effetto deterrente, con effetti positivi per il mantenimento di un'effettiva concorrenza sul mercato. Dunque si può concludere che alla base della decisione della Corte volta ad accogliere un'interpretazione ampia della legittimazione ad agire vi siano anche ragioni di policy generale del diritto della concorrenza al fine di garantire il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali.

L'orientamento della Corte di Giustizia è stato poi confermato con la sentenza Manfredi<sup>26</sup> dove la Corte si è pronunciata in via pregiudiziale sul rinvio da parte del Giudice di Pace di Bitonto, adito in via principale da Manfredi, a seguito della pronuncia dell'Agcm che accertava l'illiceità della condotta di alcune compagnie assicuratrici volta al coordinamento dei prezzi a danno dei consumatori. In questa sede, la Corte, dovendosi pronunciare sulla possibilità per il consumatore danneggiato dall'aumento delle polizze assicurative di ricorrere per fare accertare la nullità dell'intesa vietata ed ottenere il risarcimento del danno, ha richiamato la pronuncia Courage, statuendo che chiunque è legittimato ad agire in virtù della piena e diretta efficacia dell'art. 81 purchè esista un nesso di causalità tra l'illecito concorrenziale e il danno<sup>27</sup>.

Alla luce di queste pronunce giurisprudenziali, la Commissione Europea nel Libro Bianco ha sancito che tutte le vittime di violazioni delle norme antitrust devono poter esercitare il diritto al risarcimento in maniera efficace e tale principio deve riguardare tutte le categorie di vittime e tutti i settori

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, parr. 23-26.

<sup>26</sup> *Cit.* Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04.

<sup>27</sup> *Ibidem*, parr. 61-62.

dell'economia precisando, nel Working Paper, che essa «doesn't intend to suggest any limitation on standing of anyone who can show a casual link between his arm and an infingement of art. 81 or 82».

Anche nell'ordinamento italiano è ormai pacifico che i consumatori siano legittimati ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno antitrust, in termini analoghi a quelli propri dell'ordinamento comunitario e statunitense.

A questa soluzione, la Corte di Cassazione è giunta a seguito di un lungo e dibattuto percorso giurisprudenziale, attraverso una serie piuttosto ravvicinata di pronunce riconducibili al caso RC Auto.

Nel 2000, l'Agcm ha accertato l'esistenza di un cartello anticoncorrenziale tra le principali compagnie assicurative nazionali, consistente in un ingiustificato rifiuto di vendere disgiuntamente le polizze rc auto e quelle furto incendio nonché in un sistematico e prolungato scambio di informazioni avente ad oggetto, tra l'altro, i premi commerciali, i costi, le condizioni contrattuali applicate ai clienti e altre informazioni strategiche, con un conseguente aumento dei premi imposti agli utenti<sup>28</sup>. A seguito del provvedimento dell'Autorità, numerosi clienti delle compagnie assicurative si sono rivolti ai giudici di pace per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dal sovrapprezzo pagato sulle polizze a causa del cartello illecito. Circa la legittimazione dei consumatori ad agire ex art. 33, la Corte di Cassazione si è pronunciata in modo divergente nelle molteplici sentenze.

Con la sentenza Axa del 2002<sup>29</sup>, la Corte ha negato la legittimazione ad agire in via risarcitoria ex art. 33 in capo ai consumatori finali che pure si ritenessero danneggiati da un illecito antitrust, sul presupposto che la normativa in materia di concorrenza sarebbe destinata a tutelare l'imprenditore rispetto

---

<sup>28</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento del 28 luglio 2000 n. 8546, (I-377), poi confermato dal TAR Lazio con sentenza 5 luglio 2001 n. 6139/2001 e dal Consiglio di Stato con sentenza 23 aprile 2002 n. 2199/2002.

<sup>29</sup> Cassazione, sezione I civile, sentenza 9 dicembre 2002 n.17475, AXA v. ISVAP.

all'attività illecita dei concorrenti<sup>30</sup>. La Corte fornisce dunque in questa sede un'interpretazione assai restrittiva della legittimazione attiva, in senso analogo a quanto già precedentemente affermato<sup>31</sup>, limitandola ai soli imprenditori (operanti peraltro allo stesso livello operativo dell'impresa responsabile dell'infrazione) e statuendo la possibilità per i consumatori di avvalersi della normativa sulla concorrenza solo in via riflessa ed indiretta, in ragione dei benefici connessi al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, ma senza possibilità alcuna di dolersi in giudizio di asserite violazioni poste in essere da un'impresa, se non con il ricorso all'ordinaria azione di responsabilità ex art. 2043 c.c.

Tuttavia questa impostazione venne ben presto abbandonata per allinearsi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*, rilevandosi come anche il consumatore finale possa subire un danno da una condotta anticompetitiva e come la sua azione in sede giudiziale possa avere benefici effetti in termini di deterrenza ed efficienza dell'enforcement concorrenziale<sup>32</sup>.

A seguito di tale ordinanza, la Cassazione a Sezioni Unite è giunta alla celebre sentenza n. 2207/2005 in cui viene affermato il principio per cui «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto; è la legge dei soggetti

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, par 21: «Si renderebbe difficilmente configurabile un qualsiasi diretto riflesso, una qualsiasi soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su essi l'esistenza in sé delle intese, le quali risultano concepite solo in funzione di chi le possa concludere e non potendo lo strumento risarcitorio non lasciar presupporre una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell'impresa».

<sup>31</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. I, 4 marzo 1999, n.1811, in tema di NBU, dove la Corte ha stabilito che la normativa antitrust è destinata esclusivamente alle imprese, in quanto tali uniche legittimate ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza.

<sup>32</sup> Cass. Civ., sez. III, ordinanza n.15538 del 17 ottobre 2003, in cui viene sottoposta a critica l'estrema restrittività delle posizioni espresse dalla I sezione con la sentenza n. 17475/2002 circa la legittimazione dei consumatori. L'ordinanza in parola statuisce che tale drastica esclusione mal si allinea con la vaga formulazione dell'art. 33 L. 287/90 e con l'obiettivo di una più efficiente repressione delle pratiche anticoncorrenziali.

del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto di poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»<sup>33</sup>.

Il superamento del precedente orientamento discende da una diversa concezione della normativa sulla concorrenza, avvertita ora come una normativa posta a tutela delle dinamiche competitive del mercato e non più soltanto dei rapporti interindividuali tra i concorrenti; secondo la Corte una condotta anticoncorrenziale avrebbe una portata plurioffensiva tale da ledere gli interessi del singolo, concorrente o meno che sia dell'autore dell'intesa, compreso il consumatore finale, cioè il soggetto terminale della filiera produttiva, il cui diritto di scelta effettiva tra prodotti concorrenti verrebbe sostituito con una scelta solo apparente. In particolare, nel caso del cartello RC Auto, il consumatore si sarebbe trovato in presenza di offerte solo apparentemente concorrenti, frutto in realtà di una concertazione tra imprenditori tale da alterare le dinamiche concorrenziali, con conseguente pregiudizio per tutti gli attori che operano ai vari livelli di mercato (concorrenti, professionisti e consumatori).

Alla luce di tutto ciò la Corte ha riconosciuto che un acquirente che dimostri di aver ingiustamente pagato un sovrapprezzo per effetto di un'intesa restrittiva della concorrenza possa esperire le azioni di nullità e di risarcimento danni ex art. 33 L.287/90.

Questo orientamento della Corte è stato poi confermato nella sentenza n. 2305/2007 in cui viene affermato che «l'azione risarcitoria proposta dall'assicurato nei confronti dell'assicuratore sanzionato dall'Agcm tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla Costituzione, dalla normativa comunitaria e da quella nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale, interesse che può essere leso dai comportamenti anticompetitivi posti in essere dalle imprese; nonché alla riparazione del danno

---

<sup>33</sup> Cass. SS. UU., sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, caso *Unipol*, par 1.6.

ingiusto consistente nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato»<sup>34</sup>.

In conclusione, alla luce di queste importanti pronunce, nell'ordinamento italiano, come in quello comunitario, è pacificamente riconosciuta la legittimazione ad agire in capo ai consumatori, nei cui confronti le pratiche anticompetitive possono pregiudicare l'interesse superindividuale alla libertà contrattuale, il diritto di scelta effettiva nel compimento delle scelte d'acquisto e il diritto di godere dei benefici della competizione commerciale. La giurisprudenza riconosce che i consumatori sono le vittime di gran parte delle fattispecie anticoncorrenziali, in particolare cartelli e abusi di sfruttamento, e sono portatori di un interesse ad una effettiva concorrenzialità del mercato a tutela della loro libertà contrattuale.

Inoltre, dal momento che la Corte ha affermato che la normativa antitrust è volta a tutelare tutti i soggetti del mercato, con ciò intendendosi tutti coloro che abbiano un interesse al mantenimento di un effettivo livello di concorrenza sul mercato, ne discende che la legittimazione all'azione risarcitoria non compete soltanto ad imprenditori concorrenti e consumatori, ma a tutte le categorie di soggetti che siano stati vittime -mirate o accidentali- delle condotte anticoncorrenziali e che abbiano dimostrato di aver subito la lesione dell'interesse giuridicamente protetto a godere dei benefici delle dinamiche concorrenziali.

La dottrina tende dunque a riconoscere la legittimazione attiva di distributori, fornitori e lavoratori, non solo nel caso in cui essi siano le vittime designate della condotta illecita (si pensi ad esempio alla fattispecie del boicottaggio volto ad escludere l'operatore dal mercato; o un cartello di prezzo tra le imprese che costituiscono le fonti di approvvigionamento di un distributore) ma anche nei casi in cui subiscano un danno indiretto e riflesso, venendosi a trovare nella posizione di vittime accidentali dell'illecito, come nel

---

<sup>34</sup> Cass., III sezione civile, sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305 caso *Fondiarria S.a.i.*, resa (anch'essa) a seguito di un'azione risarcitoria promossa da un consumatore danneggiato dal cartello RC Auto; par.5.

caso di un abuso escludente volto ad estromettere dal mercato un concorrente con cui il fornitore intrattenga rapporti d'affari oppure nel caso di un cartello di contingentamento della produzione che comporti una corrispondente riduzione della forza lavoro impiegata dalle imprese partecipanti all'intesa.

#### 1.2.1.1 Le azioni collettive

La Commissione Europea nel Libro Bianco e nella Raccomandazione relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione<sup>35</sup>, ha avvertito la necessità di introdurre forme di *collective redress* e, in particolare, ha proposto di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva: le azioni rappresentative e le azioni collettive con modalità *opt-in*.

Le prime sono le azioni intentate da soggetti qualificati, quali associazioni di consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o quantomeno identificabili; tali associazioni devono essere ufficialmente designate in anticipo oppure devono essere abilitate ad hoc da uno stato membro in relazione ad una particolare violazione della normativa antitrust, per intentare un'azione in nome e per conto di tutti o alcuni propri membri. Si tratta di una tipologia di azione collettiva per certi aspetti simile alla class action americana, basata su un modello di *opt-out*, ma proponibile soltanto da parte di soggetti che siano stati accreditati da un organismo pubblico e che siano assoggettati al suo controllo, trattandosi delle associazioni più rappresentative.

Le seconde sono azioni collettive in cui le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito e trovano riscontro nell'ordinamento italiano con l'azione di classe disciplinata all'art. 140-*bis* del Codice di Consumo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Raccomandazione della Commissione Europea del 11.6.2013 (2013/396/UE).

<sup>36</sup> Decreto legislativo del 06.09.2005 n. 206, in G.U. 08.10.2005 c.d. Codice del consumo. L'art. 49 della L. 23 luglio 2009 n.99 recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese,

Le ragioni che hanno spinto la Commissione Europea e il legislatore nazionale a introdurre l'azione collettiva per violazione del diritto antitrust sono evidenti ed espressamente indicate dalla Commissione nel Working Paper che accompagna il Libro Bianco<sup>37</sup>.

In primo luogo, l'azione di classe favorisce l'accesso alla giustizia alle vittime che hanno subito danni di lieve entità derivanti da pratiche anticoncorrenziali. Infatti, certe violazioni della normativa antitrust (si pensi ad esempio ai cartelli di fissazione dei prezzi di vendita) hanno proprio la caratteristica, da una parte, di consentire agli autori dell'illecito di realizzare ingenti guadagni e, dall'altra parte, di causare alle numerose vittime un danno individuale relativamente insignificante; un danno che, anche se integralmente risarcito, non giustificherebbe i costi di accesso e i rischi connessi alla tutela giurisdizionale individuale. E' evidente quindi che in assenza di un meccanismo processuale collettivo, le vittime di queste violazioni non avrebbero interesse ad agire in giudizio individualmente, con la conseguenza che violazioni anche molto gravi del diritto antitrust rimarrebbero sostanzialmente prive di sanzione civile, a scapito della tutela dei diritti individuali delle vittime e della funzione deterrente del sistema. Oltre ad una funzione compensativa e deterrente, sono evidenti anche le ragioni di economia processuale ed efficienza nell'amministrazione della giustizia, dal momento che le azioni collettive consentono di riunire in un unico processo molteplici azioni relative al medesimo illecito, con conseguente riduzione dei tempi e dei costi della giustizia civile. Sempre in virtù del principio di economia processuale, è previsto che chi propone o aderisce ad un'azione di classe rinuncia a promuovere azioni individuali per il risarcimento del danno,

---

nonché in materia di energia” ha abrogato il vecchio art. 140-*bis* del Codice del Consumo rubricato “Azione collettiva risarcitoria”, mai entrato effettivamente in vigore, introducendo quello che è l'attuale art. 140-*bis* disciplinante la c.d. “Azione di classe”, in vigore dal 1 gennaio 2010.

<sup>37</sup> Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules Brussels, 2 aprile 2008, SEC(2008) 404.

anche qualora il giudizio si concluda con sentenza favorevole al convenuto o qualora sia accolta solo parzialmente la domanda attorea. È inoltre previsto il principio di consumazione dell'azione di classe che impedisce di proporre nuove azioni di classe relative alla medesima infrazione una volta scaduto il termine per le adesioni all'azione.

L'azione di classe nell'ordinamento italiano è disciplinata all'art. 140-*bis* del Codice di Consumo, introdotto con la L.23 luglio 2009 n. 99, in virtù del quale l'azione di classe è volta a conseguire l'accertamento dell'illecito e la condanna al risarcimento del danno a favore degli utenti, a tutela dei diritti tassativamente indicati dalla norma, ove è espressamente indicato il diritto al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori da comportamenti anticoncorrenziali<sup>38</sup>.

Per quanto riguarda la legittimazione a promuovere l'azione di classe, essa spetta soltanto a utenti e consumatori, compresi anche gli acquirenti indiretti che invocano la traslazione del danno, con esclusione invece di imprese e professionisti. I consumatori possono esercitare l'azione di classe direttamente oppure, come accade nella maggioranza dei casi, indirettamente, mediante mandato conferito ad un'associazione di consumatori o a un comitato costituito *ad hoc*, come è accaduto nell'unica azione di classe promossa in materia antitrust, il caso "Caro Traghetti", dove attore è l'associazione dei consumatori Altroconsumo insieme a La Casa del Consumatore.

Per ciò che concerne la legittimazione passiva, essa sussiste in capo alle imprese che hanno commesso l'infrazione, e la norma prevede la competenza speciale esclusiva del Tribunale del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa autrice dell'illecito (o una delle imprese convenute). In caso di partecipazione di una pluralità di soggetti all'infrazione, il proponente non ha l'onere di convenire in giudizio tutte le imprese, non sussistendo un'ipotesi di

---

<sup>38</sup> Cfr. art. 140-*bis* rubricato "Azione di classe" comma 2 lett. c). Gli altri diritti tutelabili con l'azione di classe sono i diritti contrattuali, i diritti dei consumatori finali di un prodotto nei confronti del produttore e le pratiche commerciali scorrette.

litisconsorzio necessario, ma ben potrà ottenere la condanna delle imprese convenute al risarcimento di tutto il danno, in virtù del principio di responsabilità solidale, con facoltà di recesso dell'impresa condannata nei confronti degli altri autori dell'infrazione.

Ai sensi del primo comma dell'art. 140-*bis*, l'azione di classe deve essere promossa a tutela di diritti individuali omogenei di una pluralità di utenti e consumatori; quindi, anche se promossa da un singolo consumatore, l'azione deve riguardare una pluralità di soggetti che appartengano alla stessa classe, che si trovino cioè in una posizione omogenea, in qualità di vittime della medesima infrazione antitrust.

Tra le cause di inammissibilità dell'azione di classe vi è infatti la mancanza del requisito della omogeneità dei diritti dei diversi membri della classe oltre all'inadeguatezza del proponente a curare debitamente gli interessi della classe, alla manifesta infondatezza dell'azione e al conflitto di interessi<sup>39</sup>.

Il requisito relativo alla omogeneità dei diritti ha la funzione di consentire al Tribunale di verificare che tutte le pretese dei proponenti e dei potenziali aderenti all'azione possano essere decise nell'ambito di un'unica istruttoria. Nelle azioni di classe antitrust, per soddisfare tale requisito, il proponente è chiamato, già nell'atto introduttivo, a dimostrare di essere in grado di fornire, nel corso del processo, prove comuni a tutti i membri della classe circa l'esistenza della violazione e del nesso di causalità (cioè deve dimostrare di essere in grado di provare che l'illecito ha causato un danno a tutti i membri della classe) nonché l'esistenza di un criterio omogeneo per il calcolo del quantum risarcibile per

---

<sup>39</sup> Il Tribunale si pronuncia sull'ammissibilità con ordinanza prima della trattazione sul merito; tutte le cause di inammissibilità sono rilevabili d'ufficio dal giudice. Questa valutazione preliminare, basata su un giudizio sommario, è volta a tutelare, da un alto, le imprese convenute, per evitare che siano esposte a discredito o siano indotte a transigere un'azione infondata; dall'altro lato, i consumatori per evitare che, aderendo ad un'azione destinata a non andare a buon fine, siano costretti a rinunciare al diritto al risarcimento del danno subito in virtù del principio per cui l'adesione ad un'azione di classe comporta la rinuncia a promuovere un'azione individuale relativa alla medesima infrazione.

ciascun membro della classe. È evidente che, quanto maggiore sarà l'estensione della classe, tanto maggiore sarà il rischio di pronunce di inammissibilità per mancanza di tale requisito o il rischio che il giudice escluda il ricorso a presunzioni semplici per tutti i membri della classe, a causa di un'eccessiva eterogeneità dei prodotti acquistati o dei mercati interessati; inoltre è evidente che le classi composte da acquirenti indiretti presenteranno maggiori difficoltà a soddisfare tale requisito, dovendosi riconoscere un profilo di eterogeneità in ciascun passaggio traslativo. La recente giurisprudenza è comunque orientata verso un *favor* per l'ammissione delle azioni di classe, anche in relazione ai dati allarmanti che dimostrano che soltanto il 53% delle azioni di classe incardinate è stata dichiarata ammissibile<sup>40</sup>; così, oltre all'importante intervento normativo che sostituisce il più rigoroso requisito della "identità" con quello meno restrittivo della "omogeneità" dei diritti<sup>41</sup>, si deve anche considerare una recente pronuncia della Corte d'Appello di Milano che ha proposto un'interpretazione meno rigorosa del requisito della omogeneità dei diritti<sup>42</sup>. Secondo la Corte, tale requisito deve essere interpretato coerentemente con la *ratio* dell'istituto processuale dell'azione di classe e, accertata la omogeneità sotto il profilo dell'*an* (il fatto generatore dell'illecito o l'inadempimento contrattuale), la diversificazione sotto il profilo delle specifiche conseguenze non fa venire meno

---

<sup>40</sup> Si veda Contatore delle azioni di classe dell'Osservatorio Permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza, reperibile online: <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/azioni-di-classe-incardinate-nei-tribunali-italiani>.

<sup>41</sup> L'art. 6 del Decreto Legge n. 1/2012 rubricato "norme per rendere efficace l'azione di classe" è intervenuto ad emendare l'art. 140-*bis* del Codice del Consumo, sostituendo il requisito dell'identità dei diritti, con la sostanziale omogeneità degli stessi, quale condizione necessaria per poter avviare l'azione di classe. Come si legge nella stessa Relazione al Decreto, si tratta di un intervento volto a facilitare il ricorso all'azione di classe, che ha recepito positivamente le critiche mosse, da più parti in dottrina, al testo normativo, il quale rischiava, di fatto, di frustrare il ricorso a tale mezzo di tutela, essendo tutt'altro che agevole la prova dell'identità di *petitum* e *causa petendi* dei membri della classe e avvertendo la necessità di una maggior flessibilità nella valutazione del giudice.

<sup>42</sup> Ordinanza n. 30314/2014 del 19 febbraio 2014, causa *Trenord*, con cui si ribalta la decisione del Tribunale di Milano che aveva dichiarato l'azione di classe inammissibile.

l'omogeneità, potendo al più incidere sul quantum spettante a ciascuno ed essendo espressamente previsto a riguardo il ricorso, oltre che alla liquidazione equitativa anche all'applicazione di rigidi e predeterminati criteri oggettivi di calcolo.

Come abbiamo detto, l'azione di classe italiana, a differenza di quella statunitense, si basa su un modello di *opt-in*. Il Tribunale, che ritenga l'azione ammissibile, con ordinanza definisce la classe, cioè individua i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione; stabilisce modalità e tempi della pubblicità dell'azione e fissa un termine per il deposito delle adesioni entro centoventi giorni dalla scadenza del termine per gli adempimenti pubblicitari. Quindi i consumatori che, facendo parte della classe così come definita dall'ordinanza del Tribunale, intendano avvalersi degli effetti favorevoli della sentenza hanno l'onere di aderire all'azione, depositando in cancelleria l'atto di adesione entro i termini indicati corredato dalla documentazione comprovante il diritto fatto valere (ad esempio i consumatori danneggiati da un cartello di fissazione dei prezzi dovranno allegare la ricevuta dell'acquisto del prodotto interessato dall'infrazione antitrust; onere probatorio che ha impedito l'instaurazione di un'azione di classe in relazione al cartello sui prezzi della pasta, per l'impossibilità degli acquirenti danneggiati di allegare tale ricevuta d'acquisto relativa a prodotti di largo consumo) . Se il Tribunale accoglie la domanda, pronuncia sentenza di condanna del convenuto con cui liquida le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce un criterio omogeneo di calcolo per tale liquidazione, assegnando alle parti un termine per addivenire ad un accordo. Nel caso in cui invece la domanda venga rigettata nel merito, non potranno essere esercitate nuove azioni di classe relative alla medesima infrazione né azioni individuali da parte di chi abbia aderito all'azione.

Nel nostro ordinamento, a differenza della class action americana, l'azione di classe non risulta troppo efficace, almeno in materia antitrust; ciò a causa della

“apatia razionale” dei consumatori che, in virtù del danno (di regola) esiguo subito e dell’inesistenza dei danni punitivi, non sono incentivati ad aderire all’azione o si trovano nell’impossibilità di allegare una prova d’acquisto; a ciò si aggiungano gli elevatissimi costi connessi ad un’azione di classe, per l’esecuzione degli adempimenti pubblicitari e per la raccolta delle adesioni, che gravano sul proponente, con la conseguenza che molto difficilmente siffatte azioni potranno essere promosse da singoli consumatori.

Ad oggi, l’unica azione di classe promossa in materia antitrust è quella instaurata da Altroconsumo e la Casa del Consumatore contro Moby, Snav, Grandi Navi Veloci e Forship al fine di ottenere la condanna delle compagnie di traghetti operanti sulle rotte della Sardegna al risarcimento del danno subito dai consumatori a seguito dell’anomalo rincaro dei prezzi di trasporto verificatosi nelle ultime estati. L’azione di classe è stata promossa innanzi al Tribunale di Genova, a seguito dell’avvio dell’istruttoria da parte dell’Agcm<sup>43</sup>. Il Tribunale ha sospeso il giudizio, in attesa della pronuncia dell’Autorità, la quale è intervenuta nel giugno 2013 ma che è stata poi ribaltata dal Tar nel maggio 2014, su ricorso della società di armatori<sup>44</sup>. Ad oggi dunque, in attesa del passaggio in giudicato del provvedimento, il Tribunale di Genova non si è ancora pronunciato

---

<sup>43</sup> Procedimento dell’Autorità Garante della concorrenza e del Mercato I-743 *Trasporto Marittimo*; in data 11 giugno 2013, l’Autorità ha accertato l’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza finalizzata all’aumento dei prezzi dei biglietti dei traghetti sulle rotte da/per la Sardegna (aumento accertato di circa il 65%) ed ha sanzionato le società Moby, SNAV, Grandi Navi Veloci e Marinvest con multe complessive di circa 8 milioni di euro.

<sup>44</sup> Tar Lazio, sentenza del 7 maggio 2014 n.4752/2014, con cui il Giudice Amministrativo statuisce: «L’Autorità non è riuscita a dimostrare, nemmeno per presunzioni, la fondatezza della sua tesi, ovvero che gli aumenti di prezzi praticati dalle compagnie ricorrenti siano stati l’effetto di una pratica concordata». Secondo il Tar del Lazio, infatti, il fatto che si sia effettivamente verificato un incremento generalizzato e contemporaneo dei prezzi non basta a dimostrare che esso fosse conseguenza di un cartello anticoncorrenziale, della cui esistenza l’Autorità Antitrust non è riuscita a trovare neanche una prova. L’attuale presidente della giunta sarda, Francesco Pigliaru, ha annunciato, nella seduta della Giunta Regionale del 13 maggio 2014, di essere pronto a presentare ricorso al Consiglio di Stato.

sull'ammissibilità dell'azione di classe, avvalendosi della facoltà di sospensione ex art. 140-*bis* comma 6.

Nel caso in cui l'azione venisse dichiarata ammissibile, deve ritenersi che potranno aderire all'azione anche gli acquirenti indiretti che abbiano acquistato i biglietti non direttamente dalle società responsabili dell'infrazione ma da tour operator che abbiano traslato su di essi il sovrapprezzo derivante dal cartello illecito. Le adesioni all'azione sono in questo caso già numerosissime, oltre 7500, vista la non esiguità del danno subito dagli acquirenti e vista la possibilità di provare il danno grazie alla disponibilità delle copie elettroniche del biglietto inviate ai consumatori via mail.

#### 1.2.1.2 Standing requirements e class action nell'ordinamento americano

Nell'ordinamento statunitense, come abbiamo già detto, la tutela risarcitoria ha da sempre avuto un'importanza centrale nel sistema di enforcement del diritto antitrust.

In merito alla legittimazione a promuovere l'azione privata risarcitoria, la Section 4 del Clayton Act adotta un'interpretazione assai ampia statuendo che «Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore ... and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee»; e in termini analoghi la Section 16 consente la concessione di *injunctions* (misure cautelari) a favore di "any person" in caso di pericolo di danni conseguenti ad una violazione antitrust.

Nell'ordinamento americano, le azioni private sono fortemente incentivate da vari fattori, tra cui in particolare la prospettiva della risarcibilità dei danni tripli e dei *punitive damages*, la previsione di un'amplissima legittimazione attiva in capo a qualunque soggetto, impresa o consumatore, che abbia subito un danno da un comportamento anticompetitivo, la vasta diffusione dello strumento della class action, nonché la relativa semplicità di soddisfare l'onere probatorio gravante sul ricorrente grazie alla *discovery rule*.

Tutto ciò ha portato a una grandissima diffusione delle azioni private risarcitorie con benefici effetti sul generale impianto deterrente e repressivo delle pratiche anticoncorrenziali. Tuttavia, al contempo, ciò ha anche comportato dei problemi, da un lato disincentivando le imprese da pratiche aggressive seppur lecite col timore di subire un'azione di danno, e dall'alto lato aggravando fortemente il sistema di amministrazione della giustizia, sempre più "intasato" di cause private in materia antitrust.

Per far fronte a tale situazione, la Corte Suprema, sin dagli anni '70, ha imposto dei requisiti di legittimazione (*standing requirement*) per accedere alle azioni private risarcitorie. Tali requisiti di legittimazione sono essenzialmente due: la *indirect purchaser rule* e l'*antitrust injury*. Dunque si può ritenere che, al fine di accertare la legittimazione dell'attore, si debbano compiere quattro accertamenti: anzitutto, come richiesto dal Clayton Act, si deve accertare che la violazione della normativa antitrust abbia cagionato un danno attuale all'attività commerciale o alla proprietà dell'attore; quindi si deve verificare che tale danno non sia troppo remoto o duplicativo di quello sofferto dal soggetto danneggiato in modo più diretto; va quindi accertato che il danno sia un "antitrust injury" e infine che il risarcimento richiesto dall'attore rifletta tale danno in maniera quantificabile e ragionevole<sup>45</sup>.

Per ciò che concerne il primo limite alla legittimazione, la "indirect purchaser rule" esclude la sussistenza del requisito di standing in capo agli acquirenti indiretti, impedendo di invocare, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento italiano ed europeo, il *passing-on* offensivo. Questo principio, che impedisce di invocare la traslazione del danno sul consumatore indiretto per ottenere l'accesso alla tutela risarcitoria, si basa su due importanti e risalenti sentenze della Corte Suprema, *Hanover Shoe*<sup>46</sup> e *Illinois Brick*<sup>47</sup>. In quest'ultima

---

<sup>45</sup> Cfr. AREEDA & HOVEMKAMP *An analysis of antitrust principles and their application*, (2014), pp. 286-287.

<sup>46</sup> Supreme Court of United States, *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

pronuncia, lo Stato dell'Illinois aveva fatto causa ad alcuni produttori di blocchi di cemento i quali avevano preso parte a un cartello restrittivo della concorrenza, chiedendo il risarcimento del danno subito per aver pagato prezzi più elevati per la realizzazione di opere pubbliche. La Corte Suprema ha escluso la legittimazione ad agire del ricorrente per ottenere il risarcimento del danno antitrust in quanto egli non era acquirente diretto dei prodotti oggetto della violazione antitrust.

Secondo la Corte americana, conseguenza inevitabile della esclusione dell'eccezione di traslazione del sovrapprezzo deve essere l'esclusione della legittimazione degli acquirenti indiretti, in quanto sarebbe eccessivamente complesso stabilire se e in che misura il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato traslato a valle della catena produttiva/distributiva, con il conseguente grave rischio di esporre il convenuto ad una responsabilità multipla, con la condanna a risarcire il medesimo danno all'acquirente diretto e a tutti i consumatori indiretti.

La pronuncia della Corte mira, oltre a tutelare il convenuto, a contenere i costi dell'amministrazione della giustizia, evitando le lungaggini ed i costi connessi all'accertamento dell'avvenuta traslazione del sovrapprezzo, concentrando la legittimazione in capo a quei soggetti più vicini agli autori dalla violazione .

Va peraltro segnalato che molti legislatori nazionali hanno ritenuto iniqua la regola fissata dalla Corte Suprema, in quanto escluderebbe dalla tutela i consumatori finali che sono le reali vittime delle condotte anticompetitive, adottando delle legislazioni interne che consentono agli *indirect purchaser* di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno antitrust<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Supreme Court of United States, *Illinois Brick Co. v. State of Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

<sup>48</sup> Attualmente più di 35 Stati attribuiscono (su base legislativa o giurisprudenziale) la legittimazione attiva per il risarcimento del danno agli acquirenti indiretti; cfr. ad esempio l'Illinois Brick Repealer. Con la sentenza *California v. ARC America* (490 U.S.93)(1989), la Corte Suprema ha ritenuto legittime tali legislazioni nazionali sostenendo che «rientra nelle competenze normative dei singoli Stati confederati la disciplina della legittimazione all'azione risarcitoria».

Il secondo requisito di legittimazione previsto dalla Corte Suprema è l'*antitrust injury*. Il Clayton Act richiede semplicemente, ai fini della legittimazione ad agire, una violazione della normativa antitrust, un danno quantificabile subito dall'attore e un nesso di causalità tra la violazione e il danno, senza alcuna specificazione circa la natura di tale danno.

La Corte, al fine di arginare le azioni private risarcitorie, ha introdotto il requisito dell'*antitrust injury*, con la celebre pronuncia Brunswick in cui è stato affermato che «The most important standing requirement is that the plaintiffs must have had suffered injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful; the injury should reflect the anticompetitive acts made possible by violation»<sup>49</sup>.

In definitiva quindi tale requisito mira a garantire che siano instaurate azioni risarcitorie solo rispetto a condotte che la normativa antitrust è finalizzata a prevenire, «assicurando che un attore possa ottenere un risarcimento soltanto nel caso in cui il danno derivi da un aspetto o effetto riduttivo della concorrenza ascrivibile al comportamento del convenuto»<sup>50</sup>. Alla luce di questo requisito, il danno per essere risarcibile deve essere un danno causalmente qualificato cioè non solo deve essere conseguenza della condotta anticompetitiva, ma deve altresì derivare da quegli effetti tipici della condotta in questione che la disposizione rilevante intende prevenire.

Nel caso Brunswick, in cui alcuni gestori di bowling agirono giudizialmente per contrastare l'acquisizione da parte di Brunswick, uno dei due principali operatori nella produzione di materiali per il bowling, di quattro impianti di bowling, la Corte ha escluso la legittimazione ad agire dei ricorrenti per mancanza del requisito dell'*antitrust injury*.

---

<sup>49</sup> Supreme Court of United States, *Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.* (429 U.S. 477-489)(1977).

<sup>50</sup> Cfr. Supreme Court of United States, *Atlantic Richfield Co. V. USA Petroleum Co.*,(495 U.S. 328-344)(1990), par 342-343.

La Corte ha riconosciuto che una concertazione contraria alla normativa antitrust (come quella in questione) è idonea a produrre una serie di conseguenze pregiudizievoli di diversa natura, ma solo quei danni che derivano dagli effetti anticoncorrenziali assumono la qualifica di *antitrust injury* e pertanto possono essere presi in considerazione in un'azione ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act. Nel caso concreto, la Corte ha osservato che gli attori reclamavano i profitti che avrebbero conseguito nel caso in cui i quattro impianti di bowling fossero falliti, in assenza dell'acquisizione; pertanto, le perdite subite traevano origine da un aspetto pro-competitivo dell'operazione di acquisizione, cioè il salvataggio degli operatori acquisiti dal rischio di fallimento, senza che i danni potessero in alcun modo essere ricondotti a ciò che rendeva l'acquisizione contraria alle norme sulla concorrenza, ossia la creazione di un potere di mercato in capo a Brunswick.

Per quanto concerne infine l'istituto della class action, l'ordinamento statunitense è stato il primo ad introdurre tale meccanismo poi assunto come modello per la disciplina delle azioni di classe da numerosi ordinamenti giuridici, compreso quello italiano che tuttavia se ne è in parte discostato per adeguare tale strumento alle contingenze e alle peculiarità del nostro ordinamento giuridico. La class action americana in materia antitrust è stata introdotta con i primi sviluppi del private enforcement, per far fronte agli elevati costi della giustizia che disincentivavano i consumatori a promuovere l'azione di danno ed è oggi disciplinata dalla *rule 23* delle Federal Rules of Civil Procedures, applicabile anche alle azioni collettive in materia di risarcimento del danno antitrust. Ciò che caratterizza la class action americana è la fase della *certification* (certificazione della classe) in cui un singolo componente della classe, di regola sostenuto finanziariamente da associazioni di categoria e da un pool di avvocati, agisce individualmente, chiedendo al tribunale di essere riconosciuto quale idoneo rappresentante organico della classe dei soggetti titolari dei diritti seriali destinati ad essere dedotti in giudizio in modo aggregato; il giudice è chiamato ad accertare l'esistenza dei quattro requisiti richiesti per l'ammissibilità dell'azione

che sono: *numerosity*, per cui la classe deve rappresentare gli interessi di un elevato numero di membri; *commonality*, per cui le questioni di fatto o di diritto devono essere comuni ai membri della classe; *typicality*, per cui le pretese e le difese dei rappresentanti della classe devono essere dello stesso tipo di quelle che connotano la classe; *adequacy*, per cui i rappresentanti della classe devono garantire una corretta ed adeguata protezione degli interessi della classe. Una volta rilasciata la *certification*, i soggetti astrattamente ricompresi nella classe, che non intendano sottostare all'aggregazione ed essere dunque sottoposti alle conseguenze (favorevoli o sfavorevoli) della sentenza conclusiva dell'azione collettiva, hanno l'onere di chiamarsi fuori dalla classe, con apposita dichiarazione di *opt-out*.

Questa è senza dubbio la principale differenza rispetto all'azione di classe italiana, basata invece su un meccanismo di *opt-in*, per cui i soggetti che intendano valersi degli effetti della pronuncia collettiva hanno l'onere di aderirvi espressamente.

Un'altra differenza rispetto al modello nazionale risiede nel fatto che, nel sistema americano, i singoli componenti della classe saranno vincolati anche dalla transazione che eventualmente porrà termine a quel processo; ai sensi dell'art. 140-*bis* comma 5 del Codice del Consumo invece gli aderenti alla classe non sono vincolati da eventuali transazioni.

Sono poi evidenti tutte le differenze connesse alla diversa impostazione del private enforcement rispetto al modello statunitense, quali l'assenza dei *punitive damages* e della *discovery rule*, elementi che spiegano il minor incentivo nel nostro ordinamento ad intentare (costosissime) azioni di classe.

### 1.2.2 I costi di accesso alla tutela risarcitoria

Un'altra questione molto delicata in materia di private enforcement è quella relativa ai costi di accesso alla tutela risarcitoria.

Le azioni giudiziarie volte ad ottenere il risarcimento del danno antitrust sono, in gran parte dei casi, più lunghe e complesse di altri tipi di azioni civili,

comportando a carico del ricorrente elevati costi che possono fungere da deterrente rispetto all'instaurazione di giudizi risarcitori, specie nei casi in cui il danno subito sia di esiguo ammontare, non tale cioè da giustificare le relative spese<sup>51</sup>.

In particolare, nell'intraprendere un'azione legale, il ricorrente dovrà fronteggiare le spese di giustizia («all costs generated by the court, such as court fees, fees for experts appointed by the court and expenses incurred by witnesses ordered by courts») e le spese legali («party costs are all costs of lawyer's fees and experts appointed by the parties»)<sup>52</sup>.

Prima di instaurare il giudizio, l'attore è quindi chiamato a compiere una valutazione in termini economici circa l'opportunità dell'investimento giudiziario, in relazione alla presunta durata del giudizio, ai relativi costi e al risultato atteso<sup>53</sup>. Il rischio connesso al dover pagare delle spese certe a fronte di risultati incerti molto spesso disincentiva i soggetti danneggiati, specie se consumatori che hanno subito un danno di lieve entità, dal promuovere azioni di danno, con grave pregiudizio per il diritto, riconosciuto a livello comunitario, di ogni individuo ad essere completamente risarcito del danno subito, nonché a scapito del generale sistema di enforcement del diritto antitrust sotto il profilo della deterrenza e della repressione.

Ciò spiega la particolare attenzione della Commissione Europea alla questione relativa ai costi dell'azione, al fine di predisporre adeguati meccanismi

---

<sup>51</sup> Cfr. A.KATX *Indemnity of legal fees*, in Encyclopedia of law and economics, vol. 5: «Legal costs influence all aspect of the litigation process, from the decision to file suit to the choice between settlement and trial to the question whether to take precautions against a dispute in the first place».

<sup>52</sup> Commission Staff Working Paper annex to the Green Paper damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672, pag. 74.

<sup>53</sup> Si veda External Impact Study *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pagg. 177 e seg.: «The plaintiff decision is the result of a *rational* initiative undertaken by individuals or companies seeking a positive payoff, regarding the cost opportunity of time spent in litigation or settlement, cost of access to courts and legal costs for litigation and settlement, compared to the expected damages claimed, the probability of winning at trial and the expected settlement amount».

che consentano di rendere il più efficaci ed efficienti possibili le azioni private. Sin dal Libro Verde<sup>54</sup> la Commissione, prendendo atto dello scarso sviluppo del private enforcement nel panorama comunitario, ha avvertito la necessità di «individuare i principali ostacoli all’attuazione di un sistema più efficace di risarcimento del danno antitrust e offrire spunti per attuare interventi volti ad agevolare la proposizione di azioni di risarcimento del danno» e tra le misure da adottare viene data rilevanza a strumenti volti al contenimento dei costi dell’azione.

Tali strumenti, espressamente previsti dal Libro Bianco, sono essenzialmente tre: le azioni collettive, di cui si è già parlato nel paragrafo precedente; le forme di composizione amichevole delle controversie; le regole relative al riparto delle spese legali tra attore e convenuto.

#### 1.2.2.1 La fee allocation rule

Il Libro Bianco, in materia di spese di giustizia, contiene un’affermazione molto generica, limitandosi a riconoscere che spese di giustizia troppo elevate, dovendo essere sostenute dall’attore al momento dell’instaurazione dell’azione, possano costituire un forte disincentivo, soprattutto se l’attore è un soggetto finanziariamente debole, come nel caso di singoli consumatori. La Commissione invita dunque gli Stati membri a prevedere “spese di giustizia appropriate” in modo da non scoraggiare l’azione, senza però precisare quale sia il livello ottimale delle spese in parola, facendo probabilmente riferimento ad un livello di spese che, da un lato, non sia troppo elevato da scoraggiare eccessivamente i soggetti danneggiati dall’intraprendere le azioni di danno e, dall’altro, che non sia troppo basso da accrescere il rischio di liti temerarie, intentate al solo fine di ledere la reputazione del convenuto. Sul punto tuttavia non sono stati ancora

---

<sup>54</sup> Libro verde della Commissione Europea Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie COM(2005) 672, 19 dicembre 2005.

forniti chiarimenti né da parte delle istituzioni comunitarie né da parte dell'Autorità o della giurisprudenza nazionale.

La Commissione invita poi gli Stati membri a dettare regole volte a disciplinare la ripartizione dei costi dell'azione (spese legali e di giustizia) tra attore e convenuto, le c.d. *fee allocation rules*, al fine di accrescere il livello di certezza del diritto, aumentando il livello di prevedibilità dei costi definitivi dell'azione.

La Commissione suggerisce di adottare, quale criterio di riparto delle spese, la regola maggiormente diffusa nei vari paesi europei, cioè il *loser-pay principle*, vale a dire la regola del “*chi perde paga*”, suggerendo di addossare i costi dell'azione sulla parte soccombente, la quale dunque sarà tenuta a provvedere non solo alle proprie spese ma anche a quelle sostenute dalla controparte.

La ragione che ha spinto la Commissione a suggerire tale principio è duplice. Anzitutto si tratta della regola maggiormente diffusa in Europa, in relazione all'orientamento comunitario volto a dare risalto all'esigenza di rispetto e continuità con la cultura e le tradizioni giuridiche europee, evitando scelte idonee a porsi in radicale contrasto con l'*acquis* dei singoli Stati membri<sup>55</sup>.

Inoltre un siffatto principio appare idoneo ad evitare l'insorgere di azioni speculative e temerarie che, una volta dichiarate infondate, esporrebbero il ricorrente all'accollo delle spese di controparte; e di converso incentiva la proposizione di azioni in cui l'attore è ragionevolmente sicuro di vincere la causa, con la prospettiva di recuperare le spese sostenute, con complessivi effetti benefici in materia di deterrenza<sup>56</sup>. In definitiva quindi tale principio funge da

---

<sup>55</sup> La scelta di tale principio, peraltro, risultava già essere stata compiuta dalle istituzioni comunitarie alla stregua del Reg. n. 861/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 11 luglio 2007, in materia di controversie di modesta entità, nonché nella Direttiva n. 48/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004, in materia di diritti di proprietà intellettuale.

<sup>56</sup> Cfr. External Evaluation of the Commission's Impact Assessment System, febbraio 2006, p. 180: «The loser pays rule seems to perform better than the each party bears her own costs rule, as it increases the net expected cost from engaging in illegal conduct and encourages high probability law suits. At the same

criterio selettivo delle azioni, incentivando quelle meritorie e disincentivando quelle temerarie, con effetti complessivamente positivi per il sistema di amministrazione della giustizia civile.

Questo principio è compatibile con quanto espressamente enunciato dal codice di procedura civile italiano che all'art. 91 sancisce la regola della soccombenza, collegando la condanna alle spese al fatto oggettivo della soccombenza in funzione di indennizzo della controparte<sup>57</sup>.

Tuttavia va evidenziato come la regola della soccombenza, pacificamente ritenuta come la più opportuna in materia civilistica, in relazione al processo antitrust presenti invece dei punti di criticità, connessi al fatto che la complessità e specialità della materia rendono l'esito del giudizio difficilmente prevedibile da parte dell'attore, con la conseguenza che l'esigua entità del danno risarcibile spesso non giustifica gli elevati costi dell'azione, neppure con la prospettiva di un eventuale integrale ristoro in caso di vittoria.

Perciò già il Libro Verde, poi confermato dal Libro Bianco, avvertendo come tali circostanze possano scoraggiare la proposizione di ricorsi seppur fondati, suggerisce agli stati membri di prevedere dei correttivi alle rigidità della regola della soccombenza, consentendo al giudice, in presenza di circostanze particolari, la possibilità di derogare a detto principio, sottraendo l'attore soccombente dall'obbligo della refusione delle spese del convenuto<sup>58</sup>.

Questo orientamento della Commissione sembra peraltro pienamente conciliabile con quanto previsto all'art. 92 c.p.c. per cui il giudice può optare per

---

time, this rule seems suitable to prevent over deterrence, as tortfeasors are more shielded from frivolous suits due to the better selection of cases that are litigated».

<sup>57</sup> Art. 91 c.p.c. comma 1: «Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa».

<sup>58</sup> Cfr. Libro Bianco, par. 11: «La Commissione incoraggia gli stati a dare ai tribunali nazionali la possibilità di emettere, preferibilmente all'inizio del procedimento, provvedimenti relativi alle spese che derogano, in determinati casi giustificati, alle regole abituali. Tali provvedimenti garantirebbero che l'attore, anche in caso di soccombenza, non debba sostenere tutti i costi della controparte».

un meccanismo di *one-way fee shifting* qualora ritenga le spese sostenute dalla parte vittoriosa eccessive (ad esempio onorari per più difensori) o superflue (ad esempio spese per atti nulli successivamente rinnovati); qualora la parte, ancorché vittoriosa, abbia violato i doveri di lealtà e probità o qualora sussistano “altre gravi ed eccezionali ragioni che giustifichino la compensazione delle spese tra le parti” lasciando così un’amplissima discrezionalità al giudice e svuotando in definitiva di contenuto il principio della soccombenza, con gravi ripercussioni sulla certezza del diritto.

Il fatto che la Commissione inviti i giudici nazionali a precisare la regola applicabile in materia di spese sin dall’inizio del giudizio potrebbe mitigare tale inconveniente ma al contempo risulta di difficile applicazione concreta, non essendo il giudice, in tale fase processuale, ancora in grado di valutare tutte le circostanze che potrebbero consigliare la via della compensazione.

Per far fronte alla difficile conciliabilità della disciplina nazionale in materia di spese con le peculiarità del processo antitrust, parte della dottrina nazionale e comunitaria suggerisce di adottare delle norme ad hoc; ad esempio, una norma che attribuisca al giudice la facoltà di sottrarre l’attore soccombente dall’obbligo della rifusione delle spese del convenuto nei casi di particolare debolezza finanziaria di una parte nei confronti dell’altra (si pensi all’azione intentata dal consumatore finale nei confronti di un’impresa) o addirittura una norma che sottragga tutti gli attori soccombenti aventi posizione di consumatori finali dalla regola della soccombenza; oppure lo stesso Libro Verde aveva suggerito l’alternativa di un sistema per cui, il principio della soccombenza venisse eccezionalmente meno per le azioni risarcitorie antitrust, salvo dimostrare che l’azione sia stata manifestamente temeraria, caso in cui tornerebbe ad operare l’obbligo di rifusione delle spese.

Ad oggi, tuttavia, in mancanza di norme ad hoc, nel nostro ordinamento, come in gran parte di quelli comunitari, opera la disciplina civilistica della soccombenza, con le deroghe previste dal codice di procedura civile, in netto contrasto con la disciplina delle spese del processo antitrust statunitense, dove al

contrario vige la “*each party bears her own costs rule*” per cui l’attore, anche se vittorioso, non avrà alcun diritto al rimborso delle spese sostenute.

### 1.2.2.2 La composizione amichevole della lite

In una recente direttiva comunitaria, il Parlamento avverte la necessità che consumatori traggano vantaggio dall’accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per la risoluzione delle controversie nazionali o sovranazionali che li concernono, ivi incluse si ritengono le controversie in materia antitrust<sup>59</sup>.

Si ritiene che le ADR (*Alternative Dispute Resolution*) costituiscano una valida opzione rispetto all’azione risarcitoria poiché consentono di giungere alla soluzione della lite in tempi brevi, con costi ragionevoli e con un’adeguata composizione degli interessi in gioco, evitando il ricorso alla giustizia ordinaria, con le complessità, le lungaggini e i costi che la caratterizzano, con complessivi effetti benefici per le parti in causa e per il sistema di amministrazione della giustizia, in un’ottica di deflazione.

Nell’ordinamento italiano tuttavia si nota una certa diffidenza dei consumatori a ricorrere a tali strumenti, ritenuti garantire un minor livello di giustizia, anche in virtù dei costi che comportano che, quantunque inferiori a quelli connessi alla giustizia ordinaria, risultano comunque eccessivi.

L’arbitrato (rituale) è un tipico mezzo di risoluzione delle controversie, alternativo rispetto alla giurisdizione, caratterizzato da due atti: il compromesso (o la clausola compromissoria inserita nel contratto) con cui le parti si accordano per attribuire ad un arbitro (che è un privato cittadino) la risoluzione della controversia fra loro insorta e il lodo arbitrale che è la decisione con cui l’arbitro, a seguito di una fase processuale che si svolge nel rispetto del contraddittorio e delle altre norme del c.p.c., regola i rapporti tra le parti, decidendo la

---

<sup>59</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Reg. (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22CE (Direttiva sull’ADR per i consumatori).

controversia, con gli stessi effetti della sentenza emanata da un giudice statale; a differenza di quest'ultima però il lodo non è di per sé assistito da efficacia esecutiva, la quale viene acquisita solo a seguito dell'*exequatur* con l'omologazione da parte del Tribunale.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sul tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust, posto che né i trattati comunitari né la normativa nazionale contengono alcuna norma in proposito.

Alla luce delle pronunce della Commissione Europea<sup>60</sup> e della Corte di Giustizia, si può affermare che, dopo un iniziale periodo di incertezza, nell'ordinamento comunitario la compromettibilità delle controversie antitrust sia ormai un dato acquisito.

Tale affermazione può essere confermata alla luce dalla sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso *Eco Swiss v. Benetton*, dove la Corte, avendo affermato che i giudici nazionali sono tenuti a rispettare il carattere di ordine pubblico delle norme comunitarie sulla concorrenza, e che essi devono quindi accogliere un'eventuale impugnazione per nullità di un lodo arbitrale che non le abbia rispettate, ha chiarito, seppur implicitamente, che le controversie in materia antitrust sono compromettibili<sup>61</sup>.

In definitiva quindi la Corte ha affermato la arbitrabilità delle controversie sulla concorrenza a condizione che vi sia la possibilità di censurare in sede giurisdizionale -nell'ambito del giudizio di appello, di opposizione o di omologazione- la mancata o erronea applicazione della normativa di ordine pubblico sulla concorrenza.

A proposito, il Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'International Law Association (ILA) ha affermato che le norme antitrust

---

<sup>60</sup> Cfr. Decisione Commissione UE del 12 luglio 1989, *UIP*, in G.U.L. 226 del 3.8.1989, pag. 25; cfr. anche le numerose pronunce con cui la Commissione ha subordinato l'accettazione degli impegni al fatto che le parti si obbligassero a devolvere alla giustizia arbitrale la soluzione di eventuali controversie relative al rispetto degli impegni assunti verso la Commissione (*arbitration commitment*).

<sup>61</sup> Corte di Giustizia CE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*.

sono norme di ordine pubblico ma non qualsiasi errata applicazione o interpretazione di tali norme da parte degli arbitri costituisce una violazione dell'ordine pubblico; i giudici statuali potranno procedere al riesame e all'eventuale annullamento (o rifiuto di riconoscimento) del lodo solo qualora gli arbitri abbiano completamente omesso ogni valutazione dei profili antitrust del caso sottoposto alla loro decisione o quando abbiano adottato una soluzione che, anche *prima facie*, costituisca un'irragionevole applicazione della normativa antitrust tale da arrecare pregiudizio ai valori politici, sociali ed economici dello stato di esecuzione<sup>62</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il novellato art. 806 c.p.c. ha previsto che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge», ampliando notevolmente l'area di deferibilità delle controversie ad arbitri<sup>63</sup>.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito che l'indisponibilità di un diritto «non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico, la quale non impedisce la compromissione in arbitrato, con il quale si potrà accertare la violazione di una norma imperativa»<sup>64</sup>.

In due importanti pronunce, la Corte d'Appello di Milano<sup>65</sup> ha avuto modo di affermare che le norme antitrust sono norme imperative, di ordine pubblico economico, ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili, con la conseguente arbitrabilità delle relative controversie.

Riconosciuta dunque la possibilità di deferire ad arbitri le controversie antitrust, si ritengono applicabili le norme in materia di cooperazione tra giudici e Commissione, affinché gli arbitri possano chiedere ed ottenere informazioni,

---

<sup>62</sup> Cfr. Draft Conference Report, Washington D.C. April 2014, Presidente Filip De Li.

<sup>63</sup> Il previgente art. 806 c.p.c. prevedeva l'esclusione, tra le materie arbitrabili, «di tutte le controversie che non possono formare oggetto di transazione»; da ciò si ricavava l'inammissibilità dell'arbitrato in relazione a tutte le controversie che coinvolgessero l'applicazione di norme imperative.

<sup>64</sup> Cass.Civ., sez. I, 27 febbraio 2004, n. 3975.

<sup>65</sup> Cfr. Corte d'Appello di Milano, 13 settembre 2002, n. 2090 *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini c. Madaus*; e Corte d'Appello Milano, 15 luglio 2006, n. 1897 *Terra Armata c. Tensacciai*.

pareri ed interpretazioni autentiche da parte della Commissione circa questioni di concorrenza nuove o particolarmente complesse, ai fini di una corretta ed efficace applicazione della normativa antitrust comunitaria.

Ad oggi, tuttavia, il ricorso all'arbitrato in materia antitrust risulta poco diffuso. Probabilmente i maggiori ostacoli ad una buona riuscita dell'arbitrato in materia di risarcimento del danno antitrust sarebbero i costi della procedura che, seppur inferiori rispetto a quelli della giustizia ordinaria, risultano comunque eccessivi.

Una possibile soluzione a tale problema potrebbe essere l'esempio spagnolo dell'arbitrato gratuito per i consumatori, *l'arbitraje de consumo*, i cui costi sono addossati alle pubbliche amministrazioni<sup>66</sup>.

### 1.2.3 *La gravosità dell'onere probatorio*

La responsabilità per danni derivanti da illeciti concorrenziali è una responsabilità di tipo extracontrattuale ex art. 2043 c.c. per cui l'onere probatorio circa gli elementi costitutivi dell'illecito grava sul'attore, il quale è tenuto a provare l'esistenza di una violazione della normativa antitrust ad opera del convenuto, il danno sofferto e il nesso causale tra la condotta illecita altrui e il danno subito<sup>67</sup>. Tutti questi elementi sono componenti essenziali da dimostrare ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria, con evidenti difficoltà per il ricorrente nell'assolvimento dell'onere probatorio.

---

<sup>66</sup> Si tratta di un sistema istituzionale di risoluzione stragiudiziale delle controversie, istituito in Spagna sin dal 1993 e novellato nel 2008, con lo scopo di incrementare la tutela dei consumatori e deflazionare il contenzioso, incentivando il ricorso alla giustizia arbitrale. È un arbitrato gratuito, in cui le parti si accollano solo le spese relative alle prove che eventualmente intendono allegare mentre tutte le altre spese sono a carico dello stato, che si avvale di un ente amministrativo, le Giunte Arbitrali, per la gestione del sistema. Oltre alla gratuità ed istituzionalità dell'istituto, ciò che lo caratterizza è il sistema di offerta pubblica di adesione al sistema arbitrale di consumo.

<sup>67</sup> Cfr. art. 2 Reg. 1/2003 per cui «l'onere della prova di una violazione dell'articolo 81o dell'articolo 82 del Trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione».

La prima difficoltà che l'attore incontra riguarda la prova della condotta illecita, dal momento che molto spesso le infrazioni concorrenziali sono per loro natura segrete e di difficile individuazione, implicando analitiche valutazioni giuridico- economico, molto spesso eccedenti i limiti cognitivi del ricorrente, specie nei casi in cui si tratti di un consumatore privato. L'accertamento dell'infrazione è attività tipicamente rientrante nei compiti dell'Autorità Garante che, a tal fine, dispone dei tempi e delle risorse occorrenti, mentre addossare tale onere probatorio in capo all'attore comporta un grave incremento dei tempi, delle complessità e dei costi dell'azione civilistica, con conseguente disincentivo ad intraprendere azioni risarcitorie in materia antitrust.

Ciò spiega la netta prevalenza nella prassi delle azioni risarcitorie *follow-on*, promosse cioè a seguito di un provvedimento di condanna dell'Autorità Antitrust, rispetto a quelle *stand-alone*, promosse invece dal privato in assenza di una siffatta pronuncia di accertamento. In quest'ultima ipotesi infatti l'attore sarà tenuto a provare l'esistenza dell'intesa, la partecipazione ad essa del convenuto e il carattere anticoncorrenziale della stessa, spettando poi al giudice il compito di accertare la sussistenza della violazione e liquidare l'eventuale danno al ricorrente, salva la possibilità per l'autorità giudiziaria di interagire con la Commissione e l'Agcm. Le azioni *follow-on* sono astrattamente più vantaggiose per i danneggiati, dal momento che sarà sufficiente per l'attore allegare nel giudizio civile il provvedimento dell'Autorità o, meglio ancora, della Commissione, con il relativo significato probatorio che assumono dinanzi ai giudici nazionali e con conseguente alleggerimento del carico probatorio.

Per quanto concerne la prova dell'elemento soggettivo quale condizione necessaria per ottenere il risarcimento del danno, il Libro Bianco, nel paragrafo relativo al criterio della colpa, propone una presunzione relativa di colpa a carico dell'autore dell'illecito, con conseguente inversione dell'onere probatorio. La Commissione invita gli Stati membri a prevedere che, una volta dimostrata la violazione della normativa antitrust, l'autore della stessa sia ritenuto responsabile dei relativi (provati) danni, con una presunzione di colpa, salvo dimostrare che la

violazione sia stata il risultato di un errore scusabile, ravvisabile quest'ultimo quando una persona ragionevole, con un adeguato livello di diligenza, non avrebbe potuto essere consapevole che il suo comportamento fosse idoneo ad alterare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Nelle Osservazioni dello Stato Italiano sul Libro Bianco si osserva che «le autorità italiane non sono contrarie all'introduzione di una presunzione semplice di colpa, sulla falsariga di quanto previsto dalla normativa nazionale in materia di concorrenza sleale<sup>68</sup>» puntualizzando che «non sussiste nell'ordinamento italiano la necessità di innovare espressamente la materia, essendo applicabile in via analogica il disposto ex art 2600 c.c.».

Questo orientamento, particolarmente rigoroso per il convenuto, è stato fatto proprio dalla giurisprudenza sia comunitaria sia italiana<sup>69</sup>, rilevandosi che, per la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito antitrust, non si richiede la consapevolezza di violare un divieto, essendo piuttosto sufficiente che l'impresa non possa ignorare che il proprio comportamento è finalizzato a restringere la concorrenza<sup>70</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza ha più volte chiarito che «affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza

---

<sup>68</sup> Cfr. art. 2600 c.c. «Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o colpa l'autore è tenuto al risarcimento del danno. (...) Accertati gli atti di concorrenza la colpa si presume».

Cfr anche art 3 L. 689/1981 "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

<sup>69</sup> Cfr. ad esempio Corte di Giustizia, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104-105-108-110/82; Tribunale di I grado, 6 aprile 1995, causa T-141/89; Consiglio di Stato IV, 23 aprile 2002 n.2199.

<sup>70</sup> Cfr., ex multis, TAR Lazio, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, la quale, richiamando la giurisprudenza comunitaria, ha osservato che «affinché un'infrazione delle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, essendo sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento avesse come scopo la restrizione della concorrenza».

alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito»; sicché «l'abuso di posizione dominante, al pari dell'intesa anticoncorrenziale (...) è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico»<sup>71</sup>.

La prova della violazione, se da un lato è sufficiente per ottenere la condanna dell'autore dell'illecito alla sanzione irrogata dall'Agcm, non è invece di per sé sufficiente ad ottenere il risarcimento del danno antitrust, gravando sull'attore l'onere di provare il danno e il nesso di causalità. La giurisprudenza infatti esclude in modo unanime la teoria del *danno in re ipsa*, secondo la quale ad ogni violazione della normativa antitrust corrisponderebbe un danno per i consumatori. Tale principio è stato affermato sin dalla sentenza Manfredi, in cui la Corte di Giustizia ha statuito che «tutte le intese restrittive della concorrenza sono nulle ma non tutte comportano il sorgere del diritto al risarcimento del danno; soltanto se il ricorrente riesca a dar prova dell'esistenza del nesso di causalità tra l'illecito e il danno avrà diritto ad ottenere tale risarcimento».

In termini analoghi, la Corte di Cassazione ha statuito che per ottenere il risarcimento del danno il ricorrente deve allegare l'intesa asseritamente nulla e i suoi effetti pregiudizievoli, la cui mancata prova determina l'impossibilità di ottenere la tutela<sup>72</sup>; la Corte ha dichiarato che la teoria del *danno in re ipsa* deve considerarsi "aberrante"<sup>73</sup> e, più di recente, che «il danno cagionato mediante abuso di posizione dominante non è *in re ipsa*, ma, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve autonomamente provarsi secondo i principi generali in tema di responsabilità aquiliana»<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> TAR Lazio, Sez. I, 4 giugno 2007, n. 5115 (nello stesso senso TAR Lazio, Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 10678; 30 agosto 2006, n. 7807). Cfr. anche TAR Lazio, Sez. I, 30 ottobre 2006, n. 9878 e 15 gennaio 2007, n. 204).

<sup>72</sup> Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, caso *Unipol/Ricciarelli*.

<sup>73</sup> Cass. Civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, caso *Fondiarìa Sai*.

<sup>74</sup> Cass. Civ., 10 settembre 2013, n. 20695 e Cass. Civ., sez. I, sentenza del 28 maggio 2014, n. 11904.

Risulta dunque pacifico che il ricorrente debba dar prova del danno subito, nella sua duplice componente di danno emergente e lucro cessante, e del nesso causale. Il danno emergente è costituito da tutte le spese sostenute dall'attore per limitare gli effetti della condotta illecita, le spese sostenute per l'accertamento e la prova del danno e il danno da overcharge; il lucro cessante è costituito dal guadagno che il danneggiato non ha potuto conseguire a causa della condotta illecita, come tipicamente accade nel caso di abusi escludenti.

Per quanto riguarda la prova del nesso causale, si richiede all'attore di provare che l'illecito costituisce condizione necessaria del danno, in base ad un'analisi giuridico-economico, e che lo stesso sia stato conseguenza diretta ed immediata della condotta, escludendosi l'intervento di eventi ulteriori (o comportamenti posti in essere dal convenuto o da un terzo) che abbiano contribuito all'accadimento del danno. A tal fine la giurisprudenza ammette che il nesso causale possa essere provato «attraverso criteri di alta probabilità logica o attraverso il ricorso a presunzioni probabilistiche» che in ogni caso lascino spazio alla prova contraria del convenuto, il quale potrà dimostrare l'interruzione del nesso causale, cioè che «la sequenza causale risulti spezzata da uno o più fatti che sono stati idonei a procurare il danno o che abbiano assunto carattere di equivalenti causali nella produzione del danno»<sup>75</sup>.

I mezzi istruttori a cui l'attore può ricorrere per l'assolvimento dell'onere probatorio sono la prova testimoniale, la produzione documentale, l'interrogatorio della controparte, la CTU, la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, le ispezioni, il giuramento e la richiesta di ordine di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. Quest'ultimo mezzo assume particolare rilevanza nell'ambito del procedimento antitrust; si tratta di un provvedimento discrezionale del giudice che deve riguardare singoli documenti specificatamente individuati che risultino indispensabili ai fini della prova e che non siano

---

<sup>75</sup> Cass. Civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n.2305 caso *Fondiarìa Sai*.

altrimenti acquisibili dalla parte, nel rispetto in ogni caso dei principi di riservatezza e segretezza a tutela della controparte.

### **1.3 Le difficoltà in sede di quantificazione del danno antitrust**

Una volta accertata la sussistenza di tutti i presupposti dell'azione risarcitoria -come detto, coincidenti con gli elementi che caratterizzano l'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., vale a dire la violazione della normativa antitrust, il danno e il nesso di causalità- si pone la necessità di procedere alla quantificazione del danno risarcibile. Riscontrato il danno antitrust, il giudice nazionale dovrà quindi determinare l'importo da accordare all'attore a titolo risarcitorio.

Senonché la determinazione del *quantum* risarcibile è da sempre stata un'operazione che ha suscitato non poche difficoltà per i giudici dei vari paesi comunitari, anche in virtù della mancanza di una disciplina normativa, vincolante in materia, varata a livello comunitario.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha rimarcato alcuni principi di fondo di cui gli Stati membri devono tener conto nell'elaborazione normativa e giurisprudenziale in materia.

Anzitutto, una volta riconosciuto a livello comunitario il diritto al risarcimento del danno antitrust, i singoli ordinamenti nazionali devono elaborare delle proprie procedure di diritto interno tali da consentire l'effettivo esercizio del diritto conferito ai cittadini dall'ordinamento giuridico dell'UE (principio di effettività), peraltro secondo modalità che non siano meno favorevoli di quelle previste per il risarcimento del danno derivante da violazioni della normativa interna (principio di equivalenza)<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. sentenza Corte di Giustizia (CE), *Courage v. Crehan*, 453/99, per cui «in mancanza di una disciplina comunitaria vincolante, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di

In secondo luogo, la Corte ha sottolineato che la funzione del risarcimento è prima di tutto la compensazione, integrale e senza esuberi, della perdita economica sofferta dal danneggiato a causa dell'illecito; "risarcire il danno" significa riportare il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito; con la conseguenza che la liquidazione del danno si compone di due parti: il danno emergente e il lucro cessante.

Diviene a questo punto una questione di fondamentale importanza individuare il tipo di violazione riscontrata per stabilire chi sia il soggetto danneggiato dall'illecito antitrust (imprese concorrenti o consumatori) non solo ai fini della legittimazione ma anche ai fini dell'individuazione delle componenti del danno risarcibile.

Se ad essere danneggiata sia stata un'impresa concorrente, per danno emergente si dovrà intendere il danno reale patito dalla vittima, cioè la riduzione della consistenza del suo patrimonio, a causa dello stock addizionale di costi che ha dovuto sostenere per contrastare l'attività anticoncorrenziale altrui.

Nella prassi, il danno emergente è di regola abbastanza contenuto ed è costituito dalle spese sostenute per acquisire le prove dell'illecito concorrenziale (attraverso perizie, affidavit, ricerche di mercato, etc.); le spese per attenuarne o bloccarne gli effetti; le spese legali, di perizia e di giustizia sostenute per reagire all'altrui illecito (per esempio con diffide, smentite, etc.) e per ottenere la condanna risarcitoria. La giurisprudenza inoltre tende a far rientrare nella categoria del danno emergente anche i costi e gli investimenti "affondati", che si hanno nel caso in cui il comportamento illecito abbia vanificato spese e investimenti già sostenuti e non riutilizzabili per altre attività redditizie.

Per lucro cessante si intende il margine di profitto a cui la vittima ha dovuto rinunciare a causa dell'illecito anticoncorrenziale, cioè il guadagno che l'impresa danneggiata avrebbe potuto conseguire se avesse potuto operare in un contesto concorrenziale non viziato. Il lucro cessante è di regola la voce più rilevante della

---

equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)».

soddisfazione risarcitoria e al contempo è il profilo di quantificazione del danno più delicato e maggiormente problematico.

In materia di illecito antitrust, accanto alle tradizionali categorie di danno emergente e lucro cessante, va poi considerata una particolare forma di pregiudizio risarcibile, il c.d. danno da perdita di chance. Si intende la lesione dell'aspettativa maturata dalla vittima, rispetto al conseguimento di un futuro vantaggio economico; la definitiva perdita della possibilità, concretamente esistente nel patrimonio del danneggiato, di conseguire determinati vantaggi economici. Si tratta di una tipologia di lesione connessa al verificarsi di illeciti di natura escludente e, secondo l'orientamento maggioritario<sup>77</sup>, si tratta di un pregiudizio da qualificarsi in termini di danno emergente. Ai fini della stima della suddetta voce di danno, si dovrà procedere alla "attualizzazione" del valore dell'utilità futura non percepita, moltiplicando cioè il valore del vantaggio perduto per il grado di probabilità di conseguirlo. Il giudice, dunque, deve formulare un giudizio di carattere prognostico sulla concreta possibilità che aveva la chance di convertirsi in realtà, non potendosi accontentare della "ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole"<sup>78</sup>

Come è ormai consolidato in dottrina e in giurisprudenza di gran parte dei paesi comunitari, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno spetta non più soltanto alle imprese concorrenti, ma anche ai consumatori, nonché alle associazioni di consumatori<sup>79</sup>.

Nel caso in cui la tutela risarcitoria sia invocata dal consumatore, il danno risarcibile è in sostanza rappresentato da una voce di danno emergente

---

<sup>77</sup> Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sentenza del 25 settembre 1990, n. 9598, per cui «la perdita di chance costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro. Come tale, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno».

<sup>78</sup> Cass. Civ., sentenza del 22 aprile 1993, n. 4725.

<sup>79</sup> Cass. SS. UU. 4 febbraio 2005, n. 2207; cfr. anche Cass. Civ., sez. III, 25 gennaio 2011, n.1735.

consistente nel sovrapprezzo pagato a causa dell'illecito concorrenziale (in particolare in caso di cartello di fissazione dei prezzi o abuso di posizione dominante).

### *1.3.1 I mezzi probatori nella liquidazione del danno*

Come vedremo, i metodi usati nel procedimento di liquidazione del danno sono in prevalenza metodi economico-contabili, pertanto di centrale rilievo sarà la prova tecnica.

Questa esigenza è stata per la prima volta sottolineata nel sistema nordamericano, dalla Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) che ha raccomandato alle Corti, occupate nei giudizi in materia concorrenziale, di procedere alla nomina di un *technical advisor* che apportasse al processo le sue conoscenze tecnico economiche. La *ratio* del ricorso ad un esperto risiede, com'è ovvio, nell'esigenza di accelerazione dell'indagine tecnica e quindi del processo, vista la frequente inadeguatezza scientifico-economica del giudice.

Nel processo antitrust italiano, la prova tecnico-economico per eccellenza è la consulenza tecnica d'ufficio.

Sia a livello comunitario che nazionale è stata più volte sottolineata l'importanza di siffatto strumento nell'ambito del giudizio sul *quantum debeatur*.

Così, in particolare, Confindustria ha sottolineato l'opportunità di «prevedere specifiche norme che consentano e disciplinino le modalità attraverso le quali anche il consulente tecnico d'ufficio possa acquisire dalla Commissione o dall'Autorità elementi utili alla definizione della controversia, ovvero pareri dalle stesse. Riguardo la scelta del consulente tecnico d'ufficio, che rimane un ausiliario del giudice, si può ipotizzare un sistema per cui le parti possono proporre un elenco di esperti al giudice, il quale comunque mantiene il potere esclusivo di scelta in ordine all'esperto da nominare. Al fine di ridurre i tempi ed i costi del processo, potrebbe prevedersi la preventiva rinuncia alla nomina dei

consulenti tecnici di parte, qualora il giudice decida di nominare un consulente indicato congiuntamente dalla parti stesse»<sup>80</sup>.

Mentre ciò accade molto raramente nell'ambito del giudizio sull'*an*, volto all'accertamento dell'infrazione, nel procedere in concreto alla liquidazione del danno, invece, i giudici nazionali tendono ad affidarsi ad esperti in materie economiche, ricorrendo perciò all'istituto della CTU. Così si avrà di frequente la separazione del giudizio sull'*an* da quello sul *quantum*.

Nell'ambito del primo giudizio, relativo all'*an debeat*, il giudice, accertata la sussistenza di un danno risarcibile ma essendo ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, pronuncerà sentenza di condanna generica ex art. 278 c.p.c., statuendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione del danno, eventualmente disponendo il pagamento di una provvisoria, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. Nel prosieguo del processo, il giudice si avvarrà dunque di una CTU che gli fornisca gli elementi tecnici necessari al computo del risarcimento dovuto.

Il principale problema che pone l'istituto della CTU è senz'altro rappresentato dalla valutazione della consulenza da parte del giudice, il quale può essere considerato una sorta di "peritus peritorum" che mantiene dunque una certa discrezionalità nella valutazione e recepimento delle conclusioni presentate dal consulente, fermo restando l'obbligo di motivazione delle ragioni dell'eventuale dissenso.

Il principale strumento utilizzato dal giudice in tale valutazione è rappresentato dal *consistency test*: si tratta di accertare la coerenza interna tra le premesse e le conclusioni esposte nella relazione peritale e la coerenza esterna tra tali conclusioni e gli altri elementi di prova già acquisiti al processo.

---

<sup>80</sup> Osservazioni di Confindustria sul Libro Verde della Commissione "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie" del 19 Aprile 2006. Si veda anche Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo 2006/2207(INI); inoltre cfr. *Quantifying Antitrust Damages: towards non-binding guidance for courts* redatto dalla Commissione di studi Oxera presieduta da Komminos, pubblicata il 19 gennaio 2010; cfr. anche *Guidance Paper on calculation of antitrust damages*, Bruxelles, giugno 2011.

Per procedere alla liquidazione del danno, oltre allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio, il giudice può anche disporre (seppur ciò non si verifichi di frequente nella prassi) altri mezzi istruttori d'ufficio, come ispezioni, interrogatorio libero della parti, approfondimento della prova testimoniale, giuramento estimatorio.

Un cenno a sé merita la possibilità per il giudice, investito del giudizio risarcitorio, di procedere alla richiesta di informazioni alle pubbliche amministrazioni ex art. 213 c.p.c. Può infatti essere particolarmente importante per il giudice rivolgersi all'Autorità Antitrust o alla Commissione Europea qualora siffatte istituzioni abbiano svolto indagini che possano risultare utili ai fini della quantificazione del danno (nei casi in cui l'azione risarcitoria si presenti quindi come un'azione *follow-on*).

Importanti ai fini della liquidazione del danno possono poi essere anche i mezzi istruttori rimessi all'iniziativa della parte, quali prove testimoniali, produzioni documentali, richieste di ordine di esibizione di documenti o istanze per l'acquisizione di informazioni detenute dalla controparte.

Viste le significative difficoltà riscontrate nel processo liquidatorio, la giurisprudenza ritiene poi ammissibile, in applicazione della regola generale ex art. 1226 c.c., la valutazione equitativa del danno ad opera del giudice; ciò tuttavia solo nel caso in cui il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare.

A tal proposito, la giurisprudenza italiana ha stabilito: «Il giudice può addivenire alla liquidazione dei danni in via equitativa, tanto nell'ipotesi in cui sia mancata interamente la prova del loro preciso ammontare, per l'impossibilità della parte di fornire congrui ed idonei elementi al riguardo, quanto nell'ipotesi di notevole difficoltà di una precisa quantificazione. Nella ricorrenza delle su indicate condizioni, deve pur sempre il giudice indicare i criteri seguiti per

determinare, sia pure con l'elasticità propria dell'istituto e nell'ambito dell'ampio potere discrezionale che lo caratterizza, l'entità del risarcimento»<sup>81</sup>.

Nella celebre sentenza 23304/2007, la Suprema Corte ha affermato che «Il principio di insindacabilità della liquidazione equitativa del danno in sede di giudizio di legittimità non opera quando nella sentenza di merito non sia stato dato conto del criterio utilizzato, la valutazione risulti incongrua rispetto al caso concreto e la liquidazione del danno sia manifestamente sproporzionata per eccesso o per difetto». Nel caso in parola, la Corte ha ritenuto del tutto ingiustificata la liquidazione del danno da lucro cessante operata dalla Corte d'Appello di Roma, fondata su una testimonianza *de relato* dal contenuto generico in ordine alla futura ed incerta conclusione di un affare<sup>82</sup>.

Nell'esercizio di tale facoltà, nelle numerose azioni risarcitorie che hanno fatto seguito al caso RC Auto, i giudici di pace allora aditi, nell'esercizio di tale facoltà, hanno liquidato i danni su base equitativa, facendo riferimento al parametro del sovrapprezzo del 20% indicato dall'Autorità Antitrust<sup>83</sup>. Il ricorso al metodo equitativo, piuttosto che alla consulenza tecnica, è stato ivi giustificato con l'esigenza di un'accelerazione della procedura, una volta accertata, a livello pubblicistico, l'esistenza del cartello anticoncorrenziale.

È comunque evidente che la liquidazione in via equitativa del danno, per quanto essenziale per superare situazioni di impasse dovute alle difficoltà riscontrate in sede di accertamento, rappresenta un metodo abbastanza inadatto all'esatta quantificazione del danno, sia per la difficoltà di accertare i parametri

---

<sup>81</sup> Cass. Civ., sez. III, sentenza del 16 luglio 2002, n. 10271; negli stessi termini cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 19 febbraio 2013 n. 4017. La possibilità della valutazione equitativa del danno è confermata anche dal punto 8 del Documento di Orientamento elaborato dalla Commissione sulla "Quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dagli artt. 101 e 102".

<sup>82</sup> Corte d'Appello di Roma, sentenza del 25 novembre 2003, causa *Ciancarelli-Telecom Italia S.p.a.*

<sup>83</sup> Cfr. ad esempio Giudice di Pace Lecce, sentenza 30 gennaio 2003, in *Gius.* 2003, 869 ove si legge che «la quantificazione del danno va operata equitativamente attesa la notevole difficoltà di poter determinare, in relazione allo specifico caso concreto, l'esatto ammontare dell'ingiusta lievitazione del costo della singola polizza».

di riferimento dell'equità, sia soprattutto per il rischio di sovra o sotto compensazione del danno antitrust patito dalla vittima.

### *1.3.2 I metodi usati*

Nella prassi diffusa nei principali paesi dell'Unione Europea, si possono individuare alcuni metodi di valutazione del danno risarcibile particolarmente accreditati.

I principali sono tre:

- Il metodo analitico
- Il metodo “before and after”
- Il metodo del “benchmark”

Tutti questi metodi si basano su un approccio differenziale, cioè confrontano la situazione attuale del danneggiato con una situazione ipotetica - contro fattuale in cui si assume la vittima si sarebbe trovata in assenza del comportamento concorrenziale illecito.

I vari metodi di valutazione differiscono tra di loro unicamente per il diverso procedimento seguito nella costruzione di tale situazione ipotetica.

Come sottolinea la Commissione Europea, non è possibile individuarne uno migliore degli altri in senso assoluto; la scelta del modello da utilizzare dipende, piuttosto, dalla tipologia dei dati a disposizione e dalle dinamiche del mercato di riferimento.

Questo approccio differenziale deriva dall'accoglimento, come poi approfondiremo, del principio compensativo che si ritiene essere alla base della tutela risarcitoria, per cui il soggetto danneggiato deve essere ripristinato nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito altrui.

#### *1.3.2.1 Il metodo “analitico”*

Il metodo analitico (c.d. “metodo but-for”) consente una ricostruzione empirica dello scenario contro-fattuale sulla base di informazioni analitiche, di

natura contabile, economica e finanziaria, relative al reclamante e all'autore dell'infrazione.

I dati economici che può essere utile considerare in una simile valutazione, di natura empirica, sono in particolare: i costi di produzione industriale, i tassi di profitto, il mark-up concorrenziale, i prezzi di vendita, i piani previsionali di crescita aziendale e gli andamenti ragionevoli del mercato.

Dal punto di vista applicativo, il metodo empirico appare più utile, e per questo più frequentemente utilizzato nella prassi, nel caso di danni derivanti da abusi escludenti, dove l'esame analitico dei piani previsionali, redatti dall'impresa danneggiata, nel periodo antecedente l'abuso subito, accompagnato dall'esame dei suoi principali dati economici, consente di ricostruire un ragionevole scenario ipotetico.

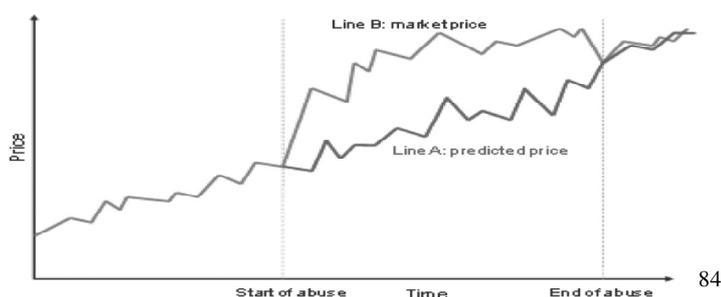
Invece, in caso di danni derivanti da abusi di sfruttamento, in particolare in caso di danni derivanti da intese anticoncorrenziali, l'applicazione del metodo analitico propone maggiori complessità, andandosi in tal caso a configurare come un "cost-based method", in cui sono evidenti le incertezze e le difficoltà nella stima dei prezzi che sarebbero stati praticati in assenza dell'intesa illecita.

Siffatte incertezze rendono l'uso di questo metodo, in relazione alle fattispecie in parola, poco affidabile e per questo sovente sostituito da altre metodologie, di natura comparativa, che presentino maggiori possibilità di successo.

Iniziando da questa seconda fattispecie, in caso di cartelli anticoncorrenziali, il danno risarcibile è di regola rappresentato dall'aumento di prezzo sofferto dall'impresa acquirente o dal consumatore finale e determinato dalla condotta illecita.

Nell'ipotesi in parola, diviene essenziale condurre un'analisi di prezzi e costi ai fini della determinazione dell'overcharge, vale a dire il differenziale di prezzo che rappresenta il quantum risarcibile.

L'overcharge è infatti dato dalla differenza tra il prezzo in concreto pagato e quello che sarebbe stato praticato in assenza del cartello illecito.



Nella stima del prezzo ipotetico, questo modello ricorre all'uso di modelli econometrici, che vanno a stimare il prezzo ipotetico sulla base di una molteplicità di variabili esogene, aggiunte alla mera considerazione dei costi di produzione e dei margini di profitto, quali in particolare il livello di domanda di mercato, l'elasticità incrociata, la variabilità dei prezzi di mercato, etc.

Una volta disponibili il prezzo attuale, il prezzo ipotetico e la durata dell'illecito sarà possibile determinare il danno da overcharge subito dalla vittima e quindi l'ammontare del risarcimento dovuto.

Tuttavia l'uso di tali sistemi è particolarmente complesso ed è stata più volte sottolineata la difficoltà incontrata dagli esperti a procedere a stime complete e accurate di tutte le variabili rilevanti. Infatti, se il modello non è costruito perfettamente, se anche una sola variabile è mal misurata, se vi è qualche errore o imprecisione nelle stime, ne risulterà compromessa (anche gravemente) la determinazione dell'overcharge con conseguenti sovrastime o sottostime del danno risarcibile. Da ciò, una tendenza dei giudici europei a considerare i risultati così ottenuti con scetticismo e una reticenza ad accettarli come elementi probatori nelle loro decisioni<sup>85</sup>. Inoltre vista la complessità, l'uso

<sup>84</sup> Grafico tratto da A. PEZZOLI *La quantificazione del danno antitrust*, Roma, 18 marzo 2014 reperibile online: [www.giustizia.lazio.it](http://www.giustizia.lazio.it).

<sup>85</sup> Cfr. England and Wales Court of Appeal, Civil Division, causa *Arkin v. Borchard Lines Ltd and others*, 26 maggio 2005, in cui la English High Court ha preferito affidarsi "al common sense".

di simili strumenti richiede il necessario intervento di un esperto in materie economiche con conseguenti innalzamenti dei costi della procedura.

Viceversa, nei tribunali americani c'è una maggior propensione ad assegnare valore probatorio a tali ragionamenti economici e di conseguenza l'uso di tali modelli econometrici è molto frequente.

In ogni caso, una volta che sia stato determinato, attraverso tali metodi economici, il prezzo ipotetico, occorre fare delle valutazioni ulteriori nella stima del danno risarcibile.

Anzitutto, deve essere valutato l'eventuale fenomeno di *passing-on*, cioè il trasferimento a valle degli extracosti praticato dall'impresa danneggiata. Si tratta quindi di stabilire se l'impresa abbia effettivamente patito un danno da overcharge o se lo abbia traslato sui consumatori finali, aumentando i prezzi dei propri prodotti. Nel caso sia ravvisabile una tale traslazione, non sarà configurabile alcun danno, avendolo l'impresa assorbito attraverso l'aumento dei prezzi. Il risarcimento del danno "indiretto" potrà in tal caso essere invocato dal consumatore finale. Si tratterà, al massimo, a questo punto, di valutare la voce del lucro cessante rappresentata dalla riduzione del livello di vendita causato dall'aumento dei prezzi a valle.

In secondo luogo è importante considerare le varie concause che possono essere alla base degli aumenti dei prezzi, non necessariamente in toto imputati alla condotta anticoncorrenziale, come in caso di aumento dei prezzi delle materie prime. In tal caso sarà necessario scindere il sovrapprezzo determinato dall'intesa da quello che si sarebbe comunque prodotto anche in un contesto di concorrenza non viziato<sup>86</sup>.

Come detto, il metodo analitico è più spesso utilizzato per la valutazione del danno derivante da abusi escludenti; in tal caso, il danno risarcibile è

---

<sup>86</sup> Cfr. Agcm, I-694 *Listino Prezzi della Pasta*, dove la difesa, rigettata, di UniPi si basava anche sull'assunto che l'aumento dei prezzi della pasta dipendesse non da un'intesa illecita bensì da un aumento dei costi di produzione.

rappresentato soprattutto dalla voce di lucro cessante e si tratterà quindi di comparare il guadagno che l'impresa avrebbe avuto in un contesto concorrenziale non viziato e quello conseguito nella situazione attuale, sul presupposto che la condotta illecita possa aver inciso sul mancato conseguimento degli obiettivi aziendali perseguiti.

Diviene qui essenziale l'analisi dei piani e previsioni di crescita dell'azienda danneggiata elaborati nel periodo antecedente l'infrazione, al fine di verificare se, e in quale misura, l'illecito escludente possa aver influenzato il mancato conseguimento degli obiettivi aziendali.

Sarà necessario accompagnare siffatta analisi dei piani con un'analisi critica di coerenza e sostenibilità, volta ad individuare i risultati che si sarebbero ragionevolmente potuti conseguire, in assenza dell'illecito, alla luce degli andamenti del mercato e della struttura aziendale, così da escludere dal computo del quantum risarcibile quelle defaillance non imputabili all'altrui condotta. Considerare l'incidenza di fattori diversi dalla condotta illecita è fondamentale per evitare di cadere nell'errore c.d. "*post hoc ergo propter hoc*", consistente nell'attribuire all'accertata condotta anticoncorrenziale altrui conseguenze che si sarebbero comunque realizzate a prescindere dall'infrazione.

In definitiva, si tratta quindi di comparare gli obiettivi di profitto e crescita aziendali, quali risultanti dai piani previsionali, e ritenuti, sulla base di un'analisi di mercato e di struttura aziendale, coerenti e sostenibili, con quelli conseguiti dall'impresa nel contesto attuale, onde individuare le deviazioni imputabili alla pratica anticoncorrenziale.

Un'importante applicazione di questo metodo analitico, basato sull'analisi dei piani di sviluppo aziendale del danneggiato, da parte della giurisprudenza italiana, è rappresentato dal caso Telsystem c. SIP<sup>87</sup>.

L'Autorità Antitrust Italiana ha accertato l'abuso di posizione dominante posto in essere da SIP Spa (ora Telecom), che, rifiutando di fatto a Telesystem la

---

<sup>87</sup> Corte d'Appello Milano, 24 dicembre 1996.

fornitura delle linee urbane indispensabili per l'espletamento della sua attività economica, le ha impedito o comunque ritardato l'accesso al mercato delle telecomunicazioni<sup>88</sup>. Il rifiuto, senza giustificato motivo, della fornitura di infrastruttura essenziale da parte di un monopolista, volto a riservare per sé un'attività su un mercato distinto, ma contiguo a quello riservato, costituisce senz'altro un abuso di posizione dominante.

A seguito del provvedimento dell'Agcm, la Corte d'Appello di Milano ha provveduto ad accertare gli effetti dannosi che la pratica escludente aveva determinato in capo a Telsystem e, in quella sede, si è limitata ad una pronuncia parziale sull'*an*, rimettendo a un collegio di esperti la determinazione del quantum, ritenendo al momento di non disporre di elementi sufficienti ai fini della liquidazione. L'accuratezza della CTU espletata in quella sede è stata esemplare. I periti hanno provveduto all'esame di un business plan pluriennale redatto dall'impresa danneggiata, in epoca anteriore all'infrazione subita, che indicava i profitti che sarebbero stati conseguiti (anche nel lungo periodo) dall'azienda in assenza della pratica. Il piano previsionale è stato sottoposto ad un'analisi critica estremamente analitica e dettagliata, al fine di valutarne le ragionevoli probabilità di realizzo, alla luce della peculiare struttura del mercato, degli investimenti aziendali e delle capacità organizzative dell'impresa. Al termine di tale analisi, il collegio peritale ha ritenuto che il piano presentasse delle stime di acquisizione dei profitti nettamente superiori alle sue reali potenzialità sul mercato e, anche in relazione alla perdita di chance lamentata, i periti ritenevano che, viste le deboli barriere all'entrata nel mercato, le previsioni di medio - lungo termine elaborate da Telsystem dovessero essere riviste al ribasso. A fronte di tutto ciò, è stato quantificato un danno risarcibile nettamente inferiore rispetto al *petitum*. La Corte, infatti, sulla base di questa relazione

---

<sup>88</sup> Agcm, procedimento A-71Telesystem, provvedimento n. 2662 del 10 gennaio 1995.

peritale, ha liquidato a favore di Telsystem un danno pari a 3,3 miliardi di lire -di cui 2,5 per perdita di chance- a fronte di un *petitum* di oltre 17 miliardi.

### 1.3.2.2 Il metodo “before and after”

Questo metodo di quantificazione del danno antitrust risarcibile, avente natura comparativa, trae origine dalle Corti americane da tempi abbastanza remoti<sup>89</sup> e risulta oggi frequentemente utilizzato in gran parte dei paesi europei, compresa l'Italia, soprattutto per la valutazione del danno derivante da intese anticoncorrenziali, mentre più difficilmente in relazione alle pratiche escludenti.

Si tratta di un metodo, di comparazione statica, che ricostruisce lo scenario contro-fattuale attraverso un confronto del valore della variabile di interesse (in particolare, il prezzo nel caso di danni derivanti da intese, e i profitti in caso di danni da abusi escludenti) tra due periodi di riferimento: il *damage period*, vale a dire il periodo durante il quale l'evento dannoso ha esplicato i suoi effetti, e il *base period*, che può essere identificato nel periodo precedente e/o successivo al primo.

Perché la comparazione offra dei risultati attendibili, consentendo di individuare il danno subito dalla vittima a causa dell'infrazione, occorre che i due periodi considerati siano effettivamente comparabili, nel senso che l'illecito deve rappresentare l'unico evento nuovo nel panorama di confronto, in assenza di fattori estranei che abbiano concorso all'alterazione del valore della variabile economica (quali ad esempio possono essere incrementi dei costi di produzione, aumento dei prezzi degli input produttivi, variazioni generali del mercato, alterazioni della struttura o comportamento dell'azienda, etc.) Di conseguenza, una valutazione preliminare da compiere necessariamente è rappresentata dall'individuazione di tutti i fattori che possono influenzare il valore della variabile al fine di determinare, sulla base di stime econometriche, l'incidenza effettiva di ciascuno di essi sui valori assunti dalla variabile di interesse. Solo se,

---

<sup>89</sup> Per una delle prime applicazioni giudiziarie del metodo, cfr. Court of Appeals, *Central Coal and Coke v. Hartmann*, 1901.

e in quanto, l'alterazione rispetto al periodo base sia imputabile alla condotta anticoncorrenziale, potrà parlarsi di danno derivante da illecito antitrust e in quanto tale risarcibile.

Un'altra difficoltà che può inficiare l'attendibilità dei risultati ottenuti, è data dalla difficoltà di individuare con esattezza il *damage period*, quindi il momento in cui gli effetti dell'illecito hanno avuto inizio e fine, e la conseguente imputabilità dell'alterazione all'altrui comportamento piuttosto che a variabili esterne.

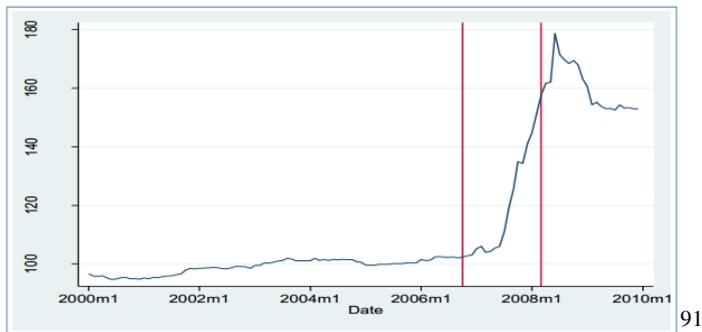
Il metodo "before and after" è usato molto frequentemente in materia di danni derivanti da intese anticoncorrenziali; in questi casi, la variabile di interesse sarà rappresentata dal prezzo e si tratterà di confrontare quindi il prezzo assunto dal bene durante il periodo d'esistenza dell'intesa e il prezzo dello stesso bene nel periodo anteriore e/o successivo all'intesa. In questo modo è possibile determinare il differenziale (l'aumento) di prezzo determinatosi in presenza e a causa dell'intesa anticoncorrenziale.

Come dicevamo, sono essenziali delle cautele in quanto, seppure la stima mostri un aumento dei prezzi in concomitanza con il cartello, è ben possibile che tale aumento non sia dovuto, o almeno non del tutto, all'intesa; con la conseguente necessità di attenzione onde evitare una sovrastima degli effetti dell'intesa e del danno risarcibile.

È fortemente improbabile, salvo il caso di intese di brevissima durata, che i periodi temporali considerati siano perfettamente comparabili, dovendosi dunque considerare, attraverso analisi di mercato econometriche, le eventuali variazioni dei prezzi degli input, i cambiamenti di mercato, le alterazioni dei processi produttivi, le innovazioni tecnico-produttive, le oscillazioni dei livelli di domanda e offerta sul mercato e tutte le altre variabili che possano in qualche modo alterare l'andamento dei prezzi. Questa analisi dell'azione dei fattori esterni, che andrà compiuta con tanta più attenzione quanto maggiore è il periodo di durata dell'intesa, consente appunto di scindere l'aumento del livello dei

prezzi determinato dalla condotta illecita da quello proprio dell'andamento del mercato, che si sarebbe cioè verificato anche in assenza dell'intesa.

Questo metodo, applicato con tutte le cautele necessarie, è stato seguito in relazione al caso Listino Prezzi della Pasta<sup>90</sup>. Nel relativo procedimento l'Agcm ha riscontrato l'esistenza di due intese anticoncorrenziali, la prima coinvolgente UniPi e 27 imprese produttrici di pasta di semola e la seconda consistente in una deliberazione di UnionAlimentari, volte al coordinamento delle politiche di prezzo degli operatori aderenti. Durante il periodo interessato dal cartello, da ottobre 2006 a marzo 2008, si è assistito a un significativo aumento del prezzo della pasta praticato dalle imprese produttrici agli acquirenti, pari a circa il 45%.



Tuttavia, è stato evidenziato che non tutto l'incremento di prezzo è stato causato dal cartello, in quanto in parte è stato determinato dall'aumento dei costi di produzione, in particolare del prezzo della farina, comportando un innalzamento dei costi totali di produzione di circa il 54%. Ciò porta a concludere che, anche in assenza del cartello illecito, si sarebbe determinato sul mercato un aumento significativo del prezzo della pasta; con la conseguenza che il danno derivante dal cartello andrà stimato non in misura pari al differenziale di prezzo rispetto al periodo precedente, bensì in misura pari a tale differenziale depurato dagli aumenti fisiologici di mercato. Inoltre si può notare che nel periodo successivo al cartello, il prezzo della pasta è diminuito ma senza tornare ai livelli pre-cartello; ciò mostra, da un lato, che l'aumento dei costi di

<sup>90</sup> Agcm, procedura I-694.

<sup>91</sup> Grafico tratto da G. NOTARO *Assessing methods for the quantification of antitrust damages. An application to the Pasta cartel in Italy* reperibile online: [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

produzione ha rappresentato una componente importante di tale differenziale e, dall'altro lato, che gli effetti del cartello si sono protratti anche dopo l'intervento dell'Autorità, attraverso comportamenti legittimi di collusione tacita.

Il metodo "before and after" può essere utilizzato, seppure nella prassi ciò accade più raramente, anche per la quantificazione del danno derivante da abusi escludenti; in tal caso, ovviamente, la variabile di interesse sarà rappresentata non dai prezzi bensì dai profitti, o da qualche altra variabile reddituale del danneggiato, quale il fatturato, i margini o la quota di mercato.

Valgono anche qui le osservazioni svolte prima circa la necessaria effettiva confrontabilità tra i periodi di riferimento e la considerazione dell'impatto di eventuali altri fattori di mercato che abbiano inciso su tali variazioni della situazione imprenditoriale della vittima dell'abuso. Si tratterà quindi di accertare che la riduzione dei profitti o della quota di mercato della vittima, rispetto al periodo antecedente l'infrazione, sia effettivamente dovuta al comportamento escludente e non, o meglio non anche, ad altri fattori esterni legati all'andamento del mercato, onde isolare il danno subito a causa dell'altrui condotta.

In caso di abusi escludenti, tuttavia, si tende ad attribuire a tali risultanze un valore meramente diagnostico che dovrà essere integrato, ai fini probatori, da valutazioni di natura analitico- economico. A differenza che nella fattispecie delle intese, infatti, qui sono molteplici le variabili strategiche e gestionali da prendere in considerazione quali possibili concause dall'alterazione della situazione economica della vittima.

A riprova di ciò si può considerare il caso *Inaz Paghe*<sup>92</sup>, in cui l'Agcm ha qualificato come illegittima, in quanto rappresentante una forma di boicottaggio, la pratica posta in essere dall'ANCL (Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) nei confronti della società *Inaz Paghe*, in quanto volta ad ostacolare la sua attività competitiva sul mercato dell'elaborazione delle buste paga. In questo contesto, la Corte d'Appello di Milano, nello stimare il danno subito da *Inaz*

---

<sup>92</sup> Agcm, procedura I-308, *Inaz Paghe*, provvedimento 7983 del 3 febbraio 2000.

Paghe, si è avvalsa di una CTU la quale, a sua volta, ha fatto applicazione del metodo “before and after”, stimando il danno derivante dal boicottaggio in rapporto al numero dei contratti stipulati e delle disdette intervenute, in confronto a quelle intervenute nel periodo antecedente l’abuso<sup>93</sup>.

La Corte tuttavia non ha accettato queste risultanze come elementi probatori, in quanto “prive del carattere di tendenziale certezza” e richiedeva dunque al collegio peritale di integrare siffatte analisi con altre di natura prettamente analitico-contabile. Ciò sul presupposto che l’aumento del numero di disdette contrattuali sarebbe potuto dipendere non solo dalla condotta anticompetitiva di ANCL ma più in generale dagli andamenti variabili di mercato propri di un settore caratterizzato da elevati tassi di mobilità.

#### 1.3.2.3 Il metodo “benchmark”

Il metodo “benchmark” o “yardstick” è un metodo di quantificazione del danno antitrust, anch’esso di natura comparativa, originariamente applicato dalle corti americane e oggi molto diffuso in Italia e in Europa, soprattutto come metodo di valutazione dei danni derivanti da abusi escludenti.

Questo metodo, di comparazione virtuale, stima l’ammontare del danno risarcibile sulla base della comparazione della situazione dell’impresa danneggiata dalla pratica anticoncorrenziale rispetto alla situazione in cui versa l’impresa *benchmark*. L’impresa benchmark è l’impresa di riferimento, vale a dire un’impresa con caratteristiche equivalenti, svolgente un’attività comparabile in un mercato merceologico e territoriale simile, che non sia stata coinvolta dall’infrazione.

Questo metodo si fonda sull’assunto che, in assenza dell’illecito, l’impresa si sarebbe trovata in una situazione equivalente a quella dell’impresa di riferimento rimasta immune dalla pratica anticoncorrenziale.

---

<sup>93</sup> Corte d’Appello di Milano, 10 dicembre 2004.

Perché questa comparazione dia risultati attendibili, occorre che le due imprese considerate presentino un elevato grado di similarità<sup>94</sup>. Le corti, sia americane che europee, adottano sul punto un atteggiamento molto rigoroso, richiedendo una somiglianza non solo in merito al settore merceologico di riferimento, ma anche in relazione alla collocazione geografica, dimensioni, tipologia del mercato, struttura dell'offerta, caratteristiche della domanda, attrattività del mercato e dell'offerta, normativa applicabile, costi operativi e organizzazione/gestione aziendale. Deve, in definitiva, trattarsi di imprese strettamente comparabili quanto a prodotto offerto, organizzazione imprenditoriale e mercato di riferimento inteso in tutti i suoi elementi determinativi. Il relativo onere probatorio grava sull'attore che invoca la tutela risarcitoria, il quale dovrà dimostrare la suddetta "product, firm and market comparability" rispetto all'impresa assunta come termine di paragone<sup>95</sup>.

Non di rado, l'impresa che richiede l'utilizzo del metodo yardstick, propone se stessa, in relazione all'attività svolta in un altro mercato geografico, come parametro di paragone, confrontando le sue quote e i suoi profitti nei due mercati, quello in cui la concorrenza risulta viziata e quello in cui non si è verificato l'abuso. Anche in questi casi sarà comunque necessaria un'attenta analisi circa l'attendibilità del risultato comparativo, che non riguarderà in tal caso l'organizzazione e la struttura aziendale quanto piuttosto le analogie tra i due mercati considerati.

In definitiva, si può dire che, affinché siano utilizzabili i risultati ottenuti col metodo benchmark, deve essere applicato quanto più fedelmente possibile il principio *coeteris paribus*, che richiede che non vi siano differenze tra le due imprese oggetto di comparazione o che tali differenze siano irrilevanti nella

---

<sup>94</sup> Cfr. U.S. Court of Appeals, *Eleven Line Inc. v North Texas State Soccer Association Inc.*, 26 maggio 2000 per cui «The plaintiff, who uses a yardstick method for determining lost profit, bears the burden to demonstrate the reasonable similarity of the business, whose earnings experience he would borrow».

<sup>95</sup> Cfr. U.S. Court of Appeals, *Home Placement Service Inc. v Providence Journal Co.*, 819 F(2)d, 1987.

deviazione dei relativi risultati o quanto meno siano, a livello empirico, evidenti e misurabili così da poterle scindere dall'analisi degli effetti dell'illecito.

Le corti tendono sempre a respingere tale metodo di quantificazione quando tra le due imprese a confronto esistano differenze nel prodotto, dato che tali differenze nell'offerta generano risultati economici difficilmente comparabili. Ma, una volta superato questo primo test di identità di prodotto, occorre un'ulteriore valutazione di comparabilità delle caratteristiche delle imprese (tecnologia, costi di produzione, tecnologie, attrattività, etc) e delle condizioni dei mercati in cui operano (domanda dei consumatori, livello di concorrenza, barriere strategiche, dati normativi, etc), fermo restando che, tanto minori siano queste differenze, tanto maggiore sarà l'attendibilità dei risultati comparativi.

Sono pochi i casi giurisprudenziali in cui si è invocato tale metodo per la valutazione dei danni derivanti da intese anticoncorrenziali, preferendosi in queste ipotesi ricorrere al metodo analitico o a quello di confronto temporale, che fanno riferimento a dati relativi all'impresa danneggiata, senza introdurre terze imprese come mezzo di raffronto. Applicare questo metodo per la valutazione di tali danni, significa sostanzialmente mettere a confronto i prezzi di un prodotto in un mercato in cui il cartello non opera con i prezzi di quello stesso prodotto nel mercato interessato dall'intesa. In questo genere di abusi, perché il metodo sia utilizzabile, è richiesto un livello di comparabilità meno rigoroso: occorre che i prodotti considerati siano i medesimi e che i mercati abbiano caratteristiche analoghe, mentre non è necessaria l'analisi di *firm comparability*.

Una volta provata la comparabilità dei due termini di paragone, la differenza tra il prezzo praticato nel mercato coinvolto dall'intesa e quello praticato nel mercato concorrenziale rappresenterà il danno risarcibile.

Più frequentemente, questo metodo è applicato nella quantificazione dei danni derivanti da pratiche escludenti, in cui si tratta di mettere a confronto i profitti e le quote di mercato dell'impresa comparabile nel mercato non inficiato dalla pratica con quelli propri dell'impresa danneggiata dall'abuso escludente.

Uno dei rari esempi tratti dalla giurisprudenza italiana di applicazione di tale metodo è offerto dal caso Avir c.Enel<sup>96</sup>. La Corte, dopo aver accertato l'abuso di posizione dominante da parte di Enel, consistente nella fissazione di prezzi eccessivamente elevati per le forniture di gas alle unità produttive di Avir Spa, ha affidato ad una CTU la liquidazione dell'ammontare del danno sofferto da Avir. Il collegio tecnico, per la determinazione del danno risarcibile, ha usato il metodo benchmark, comparando il prezzo praticato dall'impresa in posizione dominante con quello praticato in altri mercati non inficiati dalla pratica, secondo i dati del London Commodity Exchange. Si è dunque preso come parametro di riferimento il prezzo del gas sulla piazza di Londra, in quanto considerata internazionalmente come mercato indipendente di riferimento, dove operano una molteplicità di attori in pieno regime di trasparenza e di concorrenza. La Corte ha in tal caso accettato le risultanze del metodo di comparazione, ritenendo i due mercati comparabili e differenti tra di loro per il solo profilo dell'alterazione concorrenziale nel mercato italiano. Dalla differenza tra i prezzi praticati nei due mercati a confronto, si è evidenziata la differenza dei profitti per le imprese appartenenti ai due mercati, così da giungere alla determinazione del danno sofferto dal reclamante.

### *1.3.3 Il danno antitrust nell'esperienza statunitense: punitive damages e sentenza Manfredi*

Negli Stati Uniti, il public enforcement è ritenuto da tempo uno strumento da solo inadeguato ad assicurare un'efficace applicazione della normativa antitrust e la tutela risarcitoria rappresenta, dunque, un importantissima forma di sostegno al canale pubblico di tutela.

Nell'ordinamento statunitense, sin dal principio, quindi con molto anticipo rispetto al panorama europeo, si è ritenuto che, incentivando i privati ad incardinare cause civili in materia antitrust, si potesse ottenere un maggiore rispetto delle regole in materia di concorrenza da parte degli operatori economici,

---

<sup>96</sup> Corte d'Appello di Milano, 16 settembre 2006.

con un importantissimo effetto deterrente aggiuntivo a quello determinato dalla sola sanzione pubblica.

La norma che rappresenta il fondamento delle azioni risarcitorie nell'ordinamento statunitense è l'art. 4 del Clayton Antitrust Act del 1914 che prevede il diritto ad un'azione per il risarcimento del danno per coloro che provino di aver subito un danno nella propria attività commerciale derivante dalla violazione della normativa federale antitrust. La norma, sin dalla sua originaria formulazione, stabilisce che la misura del risarcimento debba (la norma usa il termine "*shall*") ammontare al triplo dei danni effettivamente subiti dalla vittima, oltre a prevedere un rimborso dei costi dell'azione, comprese le spese legali sostenute<sup>97</sup>.

Le azioni per il risarcimento del danno da violazioni della normativa federale antitrust hanno sempre avuto particolare importanza e successo negli Stati Uniti, soprattutto se si confrontano con i dati relativi alle azioni private europee, dove, nonostante i molteplici tentativi di incentivazione promossi, sia a livello comunitario, sia a livello dei singoli stati membri, il private enforcement non ha ancora raggiunto livelli sufficientemente adeguati tali da garantire un significativo effetto deterrente ausiliario al public enforcement.

Così, secondo alcune stime recenti<sup>98</sup>, negli USA circa il 90% delle azioni antitrust sono avviate da privati, imprese e consumatori, che chiedono il risarcimento dei danni subiti. In Europa invece, le azioni private presentano percentuali di gran lunga inferiori e in gran parte dei casi l'azione risarcitoria si atteggia come un'azione *follow-on*, successiva cioè al provvedimento di accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità Garante.

---

<sup>97</sup> Art. 4 Clayton Act: «any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the US and shall recover threefold the damages by him sustained, and the costo f suit, including a reasonable attorney's fee».

<sup>98</sup> Cfr. W.P.J. WILS *Self Incrimination in EC Antitrust Enforcement. A legal and economic analysis*, World Competition, 28 marzo 2004, pag. 567-68.

Sicuramente, una delle ragioni alla base del successo delle azioni risarcitorie negli Stati Uniti è la facoltà riconosciuta al danneggiato di ottenere, a titolo risarcitorio, una somma triplicata rispetto all'ammontare del danno effettivamente subito. Questa previsione dei c.d. danni multipli, prospettata sin dalle origini nel sistema americano, col Clayton Act, rappresenta un fondamentale incentivo al ricorso alle azioni private e, in definitiva, un rafforzamento complessivo del sistema di enforcement del diritto antitrust statunitense. La *treble damage action*, da un lato, ha la funzione di disincentivare le imprese dal tenere comportamenti dannosi, col timore di essere condannate a un risarcimento così gravoso e, dall'altro lato, mira a temperare le difficoltà proprie del procedimento di liquidazione dal danno subito, garantendo con maggiore certezza il pieno ristoro dell'attore.

Altro importante fattore di deterrenza proprio del panorama americano è dato dalla condanna di ciascuna impresa ritenuta solidalmente responsabile dell'infrazione a risarcire tre volte l'intero danno causato dalla violazione imputabile a una molteplicità di imprese. Questo comporta, a favore del danneggiato, la liquidazione di un danno extra compensativo e disincentiva ulteriormente le imprese a partecipare a cartelli, in quanto, in caso di accertamento dell'intesa, ciascuno dei partecipanti sarà condannato a risarcire il danno cagionato alla vittima per intero e non solo nei limiti della sua quota di responsabilità.

Ulteriore importante fattore di deterrenza da un lato e di incentivo alle azioni private dall'altro è rappresentato dai *punitive damages* (danni punitivi o esemplari), ossia quella somma che, in aggiunta al risarcimento del danno, le corti possono obbligare a corrispondere alla vittima di un illecito, allo specifico scopo di punire il danneggiante e di scoraggiare simili comportamenti futuri. In genere le corti americane tendono a ingiungere il pagamento di tali somme, a titolo punitivo, solo nei casi di violazioni più gravi e riprovevoli, quando

l'infrazione sia stata dettata da un "evil motive"<sup>99</sup> o quando sussistano circostanze di aggravio, scandalo o disprezzo dell'interesse altrui ("reckless indifference to the rights of others" ) o ancora quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri. I danni punitivi rappresentano una reazione dell'ordinamento rispetto a condotte particolarmente riprovevoli e il loro ammontare dipende non tanto dal danno effettivamente subito dalla vittima quanto piuttosto dalla gravità e disdicevolezza della condotta posta in essere.

Sembrerebbe che i danni multipli, ma soprattutto i danni punitivi, abbiano una funzione quasi penale, rappresentando un mezzo per punire il convenuto per i danni causati con la sua condotta, pur presentandosi nello strumento civilistico dell'azione risarcitoria privata.

Un simile sistema risulta ben funzionante nell'ordinamento statunitense, caratterizzato da una concezione in chiave penalistica della normativa in materia di concorrenza: gli illeciti antitrust sono infatti considerati *felony*, cioè crimini gravi puniti con pene detentive significative.

Inoltre, come dicevamo, nel sistema americano, circa il 90% degli illeciti antitrust non viene accertato dall'autorità pubblica (Department of Justice o Office of Fair Trading) ma dalle corti nell'ambito di azioni private, con la conseguenza che l'autore dell'infrazione non è esposto in questi casi a sanzioni penali o amministrative, ma al solo ristoro del danno nei confronti della vittima; con la conseguenza che, in assenza della previsione di danni tripli e di danni punitivi, l'effetto deterrente sarebbe molto limitato.

Da più parti, è stata criticata la razionalità e l'opportunità della liquidazione di danni punitivi in America e sono stati sollevati, in più occasioni, dubbi di

---

<sup>99</sup> Cfr. Second American Restatements of Torts, par. 908: «Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant».

costituzionalità su cui la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi. In particolare, nel 1989 la Corte suprema<sup>100</sup> ha esaminato la conformità degli *exemplary damages* rispetto all'VIII emendamento, secondo il quale «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted» ed ha ritenuto infondata l'eccezione di incostituzionalità, riferendosi l'emendamento alle pene irrogate dallo Stato e non alle controversie tra privati. In un'altra importante occasione<sup>101</sup>, è stata sciolta la questione di costituzionalità, affermando che la previsione di danni punitivi non rappresenta una violazione della due process clause di cui al XIV emendamento, a condizione però che i *punitive damages* non siano liquidati in una somma dieci volte o più superiore a quella accordata per il risarcimento del danno effettivo.

Affermata dunque la diffusione e la pacificità di tali strumenti nel contesto statunitense, si tratta di esaminare la possibilità e l'opportunità di introdurli negli ordinamenti europei.

Anzitutto va sottolineato che, a differenza del sistema statunitense, dove la maggioranza delle azioni private sono azioni *stand-alone*, nell'attuale scenario comunitario (e italiano, in particolare) gran parte degli illeciti concorrenziali vengono accertati e sanzionati a livello pubblicistico, dalla Commissione Europea o dalle Autorità Garanti nazionali, che irrogano all'autore dell'infrazione sanzioni amministrativo-pecuniarie. Le azioni risarcitorie, nella quasi totalità dei casi, si atteggiavano come azioni *follow-on*, successive all'accertamento e all'irrogazione della sanzione amministrativa. In un simile contesto, la liquidazione di danni extra compensativi (quali sono i danni multipli e i danni punitivi) si porrebbe in palese contrasto col principio del *ne bis in idem*, che esclude che l'impresa possa essere colpita con una duplice sanzione per lo stesso illecito, introducendo una componente ingiustificatamente vessatoria per l'autore dell'illecito.

---

<sup>100</sup> Supreme Court of United States, 26 giugno 1989, *Browning-Ferris v. Kelco*.

<sup>101</sup> Supreme Court of United States, 7 aprile 2003, *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece*.

Peraltro, nei casi di azioni risarcitorie *follow-on*, il riconoscimento di danni punitivi che vadano oltre la compensazione del danno realmente subito, in presenza di una decisione dell’Autorità, significherebbe porre in discussione l’adeguatezza delle scelte sanzionatorie compiute a livello pubblicistico, in contrasto con l’art. 16 del regolamento CE 1/2003<sup>102</sup>. Una simile duplicazione di momenti sanzionatori determinerebbe un’inefficiente sovrapposizione di ruoli e competenze tra giudici e autorità del public enforcement<sup>103</sup>.

Si aggiunga che le ammende irrogate dalle Autorità Antitrust col tempo hanno raggiunto valori significativi, andando a svolgere un reale effetto deterrente rispetto alla commissione di illeciti anticoncorrenziali<sup>104</sup>. Il timore di un provvedimento sanzionatorio dell’Autorità, delle relative spese legali, dei costi reputazionali conseguenti all’infrazione è già di per sé sufficiente a disincentivare le imprese dal tenere simili condotte. In quest’ottica le azioni risarcitorie dovrebbero avere un’mera funzione ripristinatoria della situazione del soggetto danneggiato dall’illecito, senza bisogno di ulteriori componenti deterrenti e punitive<sup>105</sup>.

Ulteriore fattore che porterebbe ad escludere la liquidazione dei danni punitivi nel nostro ordinamento va ravvisato nella peculiare tradizione giuridica

---

<sup>102</sup> Cfr. J. LEWISON, High Court of England and Wales, in *Devenish Nutrition v. Sanofi Aventis.*, 19 ottobre 2007.

<sup>103</sup> M. BOCCACCIO *Sanzioni e risarcimento del danno antitrust: quali rapporti?*, Roma, 13 giugno 2008, *Sanzioni e risarcimento del danno in materia antitrust: il diverso ruolo e le complementarietà* organizzato da Agcm e Assonime.

<sup>104</sup> In base a stime recenti pubblicate dall’Agcm nel 2012, l’importo medio di sanzione per un partecipante a un cartello si aggira intorno ai 70 milioni di euro

<sup>105</sup> Cfr. Osservazioni a seguito dell’approvazione del White Paper in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie della Corte di Cassazione alla Commissione Europea, Roma, 11 luglio 2008, paragrafo 5 (determinazione del danno): «Per l’ordinamento italiano il risarcimento ha soltanto una funzione ripristinatoria e non sanzionatoria, sì che il ristoro non può andare al di là del pregiudizio subito». Nello stesso senso cfr. anche art. 10:101 dei «Principles of European Tort Law» del 2005, elaborati dal ‘The European Group on Tort Law’, che recita: «Il risarcimento dei danni consiste nel pagamento di una somma di denaro per rimettere il danneggiato, nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l’illecito non fosse stato commesso»

di gran parte degli stati europei. In primo luogo, è orientamento diffuso che la tutela risarcitoria abbia soltanto una funzione compensativa e non sanzionatoria, sì che il ristoro non possa andare al di là del pregiudizio effettivamente subito, traducendosi altrimenti in un indebito arricchimento per il soggetto leso, col conseguente rischio di un moltiplicarsi di azioni private intentate a fini fraudolenti, allo scopo di conseguire ingiustificati vantaggi patrimoniali. In secondo luogo, l'applicazione di sanzioni penali nei casi di violazioni della normativa in materia di concorrenza è estranea alla tradizione giuridica europea. Come sappiamo, le Autorità Antitrust, a seguito dell'accertamento dell'infrazione, irrogano sanzioni amministrative-pecuniarie e gli illeciti concorrenziali non sono considerati crimini sanzionati penalmente. Introdurre in un sistema a impronta amministrativo-civilistico uno strumento con forti connotati penalistici-punitivi sembrerebbe dunque inopportuno.

Se tutte queste considerazioni porterebbero ad escludere l'ammissibilità dei danni extra compensativi, occorre ciononostante considerare il peculiare orientamento assunto sul punto dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza **Manfredi**<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Corte di Giustizia (CE), terza sezione, sentenza del 13 luglio 2006, n. 296, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, avente ad oggetto alcune domande pregiudiziali proposte, ex art. 234 TUE, con decisione del 30 Giugno 2004, alla Corte di Giustizia dal Giudice di Pace di Bitonto circa l'applicazione dell'art. 81 del Trattato. In particolare, innanzi al Giudice di Pace erano state proposte quattro azioni risarcitorie da parte di Manfredi ed altri (Sig. Tricarico, Sig.ra Murgolo e Sig. Cannito) al fine di ottenere la condanna di alcune società assicuratrici (Lloyd Adriatico, Assitalia e Fondiaria Sai) alla restituzione delle maggiorazioni dei premi assicurativi, applicate in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Agcm con provvedimento confermato anche dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, che causò un aumento del prezzo medio delle polizze RC auto del 20% rispetto a quanto che si sarebbe determinato in presenza di dinamiche concorrenziali non alterate dalla pratica concordata. L'Agcm, a seguito dell'anomalo aumento dei prezzi delle assicurazioni RC Auto verificatosi tra il 1994 e il 1999, avviava (con provvedimento dell'8 settembre 1999) un procedimento di infrazione (I-377) ex art. 2 L. 287/90, nei confronti di varie compagnie assicuratrici (tra cui quelle convenute nella causa risarcitoria) che si concludeva con provvedimento del 28 luglio 2000 n. 8546. Con tale provvedimento, l'Autorità accertava che le imprese coinvolte avevano posto in essere un accordo illecito avente ad oggetto lo scambio di informazioni relative a molteplici aspetti dell'attività assicurative (e in particolare prezzi, sconti, costi e incassi);

Delle varie questioni pregiudiziali sollevate dal giudice di rinvio di Bitonto, occorre considerare la quinta, per cui: «Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o pratiche concordate vietate dall'art. 81 del Trattato».

La Corte ha espresso il suo giudizio nei paragrafi 98 e 99 della sentenza, sancendo: «In mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta

---

accordo che aveva consentito a tali imprese di coordinare e fissare i premi assicurativi così da imporre agli utenti consistenti aumenti non giustificati dalle condizioni del mercato. A seguito di tale pronuncia, nel 2004, sono state proposte le azioni risarcitorie dinanzi al Giudice di Pace di Bitonto. In tale sede, le compagnie assicuratrici convenute hanno eccepito l'incompetenza del giudice di pace ex art. 33 L. 287/90 e la prescrizione del diritto al risarcimento. Il giudice di Bitonto ha sospeso il giudizio, investendo la Corte di Giustizia di alcune questioni pregiudiziali. La Corte ha ritenuto le questioni ricevibili, in quanto una simile intesa è idonea ad avere rilevanza ex art. 81 del Trattato, potendo essere idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ed ostacolare il mercato unico attraverso la compartimentazione dei mercati, condizionando la vendita di polizze assicurative nello stato da parte di operatori stranieri. Quando alla possibilità del consumatore danneggiato di ricorrere per fare accertare la nullità dell'intesa vietata ed ottenere il risarcimento del danno, la Corte ha richiamato la pronuncia del caso *Courage* statuendo che chiunque è legittimato ad agire in virtù della piena e diretta efficacia dell'art. 81 purchè esista un nesso di causalità tra l'illecito e il danno. La Corte richiama anche qui la competenza degli Stati membri a disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. Sulla questione relativa al giudice competente per il giudizio risarcitorio, in particolare sulla possibilità di derogare alla competenza della Corte d'Appello ex art. 33 al fine di ridurre i tempi e i costi dell'azione, la Corte si ritiene non competente a decidere sulla questione rimessa alla normativa nazionale. Infine sulla questione relativa alla decorrenza del termine di prescrizione, la Corte rileva anche qui la competenza nazionale nella regolamentazione degli aspetti procedurali ma sottolineando che, se esso iniziasse a decorrere dal giorno in cui l'infrazione è stata posta in essere, sarebbe gravemente pregiudicato il diritto risarcitorio.

all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentano la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (§ 98). Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto (§ 99)».

L'orientamento prospettato dalla Corte è abbastanza ambiguo, frutto del tentativo di conciliare due opposte esigenze: da un lato quella di evitare un indebito arricchimento del ricorrente, obiettivo questo evidentemente inconciliabile con la liquidazione di danni extra compensativi; dall'altro lato quella di estendere anche nell'ordinamento comunitario un risarcimento esemplare in un'ottica di deterrenza, obiettivo questo difficilmente conciliabile col principio di proporzionalità<sup>107</sup>.

In definitiva, in questa sentenza, la Corte di Giustizia, ha precisato che la possibilità di comminare danni punitivi non debba escludersi a priori in quanto di per sé non contrastante con l'ordinamento comunitario; ciò nonostante, ha sottolineato come tale strumento possa contrastare con le tradizioni giuridiche dei singoli Stati europei, ragion per cui essi sono da ritenersi ammissibili solo in quegli Stati nei quali siano legislativamente previsti nell'ambito delle azioni civilistiche in materia (anche) non concorrenziale<sup>108</sup>.

Alla luce di questa pronuncia ampiamente permissiva, il giudice di pace di Bitonto, invocando il principio di effettività e la finalità deterrente dei danni

---

<sup>107</sup> O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, II, 2007, pag. 320.

<sup>108</sup> In particolare, in Inghilterra il Competition Act del 1998 consente di liquidare gli *exemplary damages*.

multipli, ha ritenuto di poter riconoscere all'attore un risarcimento nella misura del doppio del danno realmente patito a causa dell'aumento dei prezzi determinato dall'intesa<sup>109</sup>. Si è trattato comunque di un approccio rimasto isolato nel panorama nazionale e peraltro criticato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 2305/2007.

A livello comunitario, in materia di danni punitivi si è recentemente pronunciata la Commissione Europea, nel Libro Bianco, abbandonando definitivamente l'idea, che pure era stata prospettata nel Libro Verde, di introdurre un "double damages award", a favore di un approccio di tipo compensativo e ripristinatorio, sicuramente più coerente con i principi propri della maggioranza degli stati europei, ribadendo che alle vittime di violazioni delle norme di concorrenza vada riconosciuto nient'altro che "il risarcimento completo della perdita subita".

#### *1.3.4 La Comunicazione della Commissione Europea*

Tutte le difficoltà finora analizzate in tema di quantificazione del danno antitrust, di recente, sono state fatte oggetto di attenzione da parte della Commissione Europea che, in data 13 giugno 2013, ha adottato un'apposita Comunicazione in materia<sup>110</sup> corredata da una Guida Pratica.

Nei primi paragrafi della Comunicazione, alla luce di quanto già affermato nel White Paper, la Commissione è tornata a sottolineare che, sebbene la funzione propria delle azioni di private enforcement sia il ripristino della situazione esistente anteriormente alla commissione dell'infrazione, senza alcuna finalità sanzionatoria (affidata quest'ultima esclusivamente alle ammende irrogate dall'Autorità), ciononostante la previsione di un adeguato ed efficace strumento risarcitorio «produrrebbe intrinsecamente effetti positivi anche in

---

<sup>109</sup> Giudice di Pace di Bitonto, sentenza 21 Maggio 2007.

<sup>110</sup> Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, 16/6/2013, (2013/C 167/07).

termini di dissuasione da violazioni future e garanzia di una maggiore osservanza delle norme in questione». Di qui la necessità, in mancanza di una disciplina comunitaria uniforme in materia di risarcimento del danno antitrust, che i singoli stati membri elaborino degli strumenti volti a garantire l'esercizio della tutela risarcitoria, che è espressamente configurata come uno dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione Europea a tutti i cittadini.

La Commissione Europea dunque rinvia alle normative nazionali dei singoli stati per la disciplina delle azioni risarcitorie, ponendo però due significativi limiti alla libertà statale, rappresentati dal principio di effettività e di equivalenza. In base al primo, tali normative non devono rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'UE e, in base al secondo, non possono essere meno favorevoli di quelle riguardanti azioni di risarcimento per la violazione di diritti analoghi conferiti dal diritto interno.

Sanciti questi principi generali, la Commissione percepisce le difficoltà cui i legislatori nazionali possono andare incontro nel disciplinare la tematica relativa alla quantificazione del danno risarcibile. Vista la funzione ripristinatoria del risarcimento, tale quantificazione richiede un confronto tra la posizione reale del soggetto danneggiato e la posizione ipotetica in cui tale soggetto si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione, e ciò evidentemente richiede “la ricostruzione di uno scenario verosimile”; opera tutt'altro che agevole per i giudici e che si presta inevitabilmente ad offrire una stima approssimativa, caratterizzata da un basso livello di certezza.

Proprio per ovviare a questi inconvenienti e rendere più agevole quest'opera di ricostruzione dello scenario ipotetico, la Commissione ha allegato alla suddetta comunicazione una Guida Pratica per la quantificazione del danno, “volta ad offrire un valido supporto ai giudici nazionali”. Questa Guida, avente una funzione meramente informativa e non vincolante, individua e descrive i principali metodi per la valutazione del quantum risarcibile, individuandone

punti di forza e di debolezza, al fine di rendere le azioni private maggiormente prevedibili e quindi accrescere il livello di certezza del diritto.

La Guida fa riferimento anzitutto ai metodi comparativi, volti alla determinazione del danno risarcibile sulla base di una comparazione tra la situazione reale e una situazione ipotetica, e descrive le principali tecniche per la determinazione dello “scenario di non infrazione”, individuandone punti di forza e di debolezza.

Tra questi, la Commissione dedica particolare attenzione al metodo “before and after”, sottolineando come il principale vantaggio di questa tecnica sia rappresentato dal fatto che esso si basa su un confronto temporale sullo stesso mercato geografico e merceologico; ma il principale problema di questo metodo è l’individuazione di un periodo di riferimento simile, comparabile e idoneo a fungere da parametro di confronto. Altro problema proprio di questa tecnica, sottolineato dalla Guida, è l’individuazione del periodo di durata dell’infrazione, cioè il suo inizio e la sua fine. Infine un ulteriore elemento di incertezza tende a prospettarsi nei casi in cui si confrontino i dati post-infrazione, in quanto, specie nei mercati oligopolistici, è frequente che, a seguito dell’accertamento di un cartello, le condizioni di mercato tendano a riattestarsi nuovamente a valori normali.

Successivamente, la Guida passa ad analizzare i punti di forza e debolezza del metodo “yardstick” in relazione al quale la principale difficoltà è data dall’individuazione di un mercato simile, tale da poter fungere da termine di paragone. Altro elemento di difficoltà può essere rappresentato dall’individuazione dell’ambito geografico dell’infrazione, cioè il luogo in cui l’illecito ha prodotto i suoi effetti.

Per poter ovviare alle difficoltà proprie di questi due metodi comparativi, la Commissione ne ha proposto un terzo, frutto della combinazione fra confronto temporale e tra mercati, chiamato “metodo della differenza nelle differenze”, che «analizza lo sviluppo della variabile economica rilevante (ad esempio, il prezzo) sul mercato dell’infrazione in un determinato periodo (differenza temporale sul

mercato dell'infrazione) e lo raffronta con lo sviluppo di questa variabile nello stesso arco di tempo, su un mercato di confronto non interessato dall'infrazione (differenza temporale sul mercato di non infrazione)... In questo modo si ottiene una stima del mutamento della variabile generato dall'infrazione e vengono esclusi tutti quei fattori che influivano allo stesso modo sia sul mercato dell'infrazione, sia su quello di confronto. Il metodo rappresenta quindi un modo per isolare gli effetti dell'infrazione da altri influssi sulla variabile rilevante comune a entrambi i mercati»<sup>111</sup>. Se questo metodo consente di ovviare alle difficoltà di quelli tradizionali, il suo principale punto di debolezza è sicuramente la necessità della disponibilità di una grandissima quantità di dati, molto spesso non facilmente reperibili.

La Guida sottolinea poi che, per aumentare l'attendibilità dei risultati prospettati dai metodi comparativi, può essere utile procedere ad una *analisi di regressione*, la quale consente di valutare con significativa precisione e certezza se, e in che misura, fattori diversi dall'infrazione abbiano influito sulla differenza tra il valore della variabile riscontrato sul mercato viziato durante l'infrazione e il valore osservato su un mercato di confronto o durante un periodo comparabile; è un modo di tenere conto di cause alternative alla base della differenza tra le serie di dati confrontate. L'analisi di regressione si basa su un'equazione, di natura statistica, (la c.d. equazione di regressione) e si articola in due fasi necessarie: la fase previsionale e la fase *dummy*. In primo luogo, si prendono in esame i dati del periodo (o mercato) di non infrazione, per prevedere una loro probabile evoluzione nel periodo interessato dall'illecito, così da isolare l'effetto causale di tali fattori rispetto alle alterazioni del valore della variabile di interesse. Ad esempio, nella stima dei danni da overcharge, per isolare l'impatto degli aumenti di costi di produzione sull'aumento dei prezzi di mercato, si individuano, tramite grafici e equazioni matematico-statistico, tutte le relazioni tra costo e prezzo per

---

<sup>111</sup> Paragrafi 56-58 della Guida pratica sulla quantificazione del danno nella azioni di risarcimento fondate sulla violazione degli articoli 101 o 102 TFUE che accompagna la relativa Comunicazione della Commissione

stimare il prezzo che i soggetti danneggiati avrebbero probabilmente pagato in assenza dell'infrazione. Nella seconda fase, si considera la variabile *dummy* (anche detta *variabile di comodo*) che valuta la presenza di una dinamica rialzista nella variabile di interesse nel corso del periodo di infrazione. La differenza tra questo prezzo presumibile di non infrazione e il prezzo effettivamente corrisposto dai soggetti danneggiati fornisce una stima del sovrapprezzo generato dall'infrazione. Questo metodo ha l'indubbio vantaggio, basandosi su equazioni statistiche, di elaborare, con un elevato livello di certezza e attendibilità, uno scenario di non infrazione con cui confrontare i dati reali, per arrivare ad una stima ragionevole e coerente del danno antitrust.

Infine, la Commissione propone un'ultima tecnica per la stima del danno risarcibile, costituita dai *modelli di simulazione*, che si basano su teorie economiche che studiano le relazioni tra i comportamenti e gli andamenti di mercato, come quelle elaborate nel XIX secolo dagli economisti Cournot e Bertrand. Sulla base di questi contributi teorici, a dire della Commissione, sarebbe possibile creare dei modelli di simulazione per stimare i prezzi (o altre variabili) che si sarebbero presumibilmente riscontrati sul mercato qualora non si fosse verificata l'infrazione. La ricostruzione dello scenario ipotetico, sulla base dei modelli simulatori, tuttavia, rappresenta una mera approssimazione della realtà, basata su ipotesi teoriche e apparentemente semplificative; con la conseguenza che l'impiego di simili tecniche può certamente rappresentare un ausilio nell'attività di valutazione del danno ma non è mai di per sé sufficiente a fungere da elemento probatorio attendibile.

La Guida si conclude ribadendo come non sia possibile individuare un metodo migliore degli altri in senso assoluto, dipendendo la scelta da molteplici fattori concreti, in primis la tipologia e quantità dei dati disponibili per condurre l'analisi. Viene sottolineato che i metodi ivi indicati non sono gli unici possibili, ma semplicemente quelli più frequentemente utilizzati nella prassi con esiti ragionevoli, ma nulla esclude che i giudici nazionali possano ricorrere a tecniche diverse o a combinazioni di una molteplicità dei metodi prospettati.

#### 1.4 Le finalità e le novità della Proposta di Direttiva comunitaria

A fronte di tutte le difficoltà ed incertezze che, come abbiamo visto, gravano sul procedimento di risarcimento del danno antitrust, in data 11 giugno 2013, la Commissione Europea ha presentato una Proposta di Direttiva, la n.185/2013<sup>112</sup>, basata sugli articoli 103 e 114 TFUE, che si prefigge un triplice obiettivo: garantire l'effettivo esercizio del diritto di risarcimento previsto dall'UE, promuovere una maggiore uniformità e armonizzazione delle regole che nei vari Stati membri disciplinano la materia e ottimizzare l'interazione fra l'applicazione a livello pubblico e a livello privato del diritto UE della concorrenza.

Quanto al primo obiettivo, la Commissione torna a sottolineare, come già aveva fatto nel Libro Bianco e in una Consultazione del 2011<sup>113</sup>, l'importanza del private enforcement per assicurare il più ampio rispetto della normativa comunitaria in materia di concorrenza e ribadisce come il diritto ad ottenere il risarcimento del danno derivante da violazioni antitrust sia ormai parte dell'*acquis* comunitario. Di qui la necessità di promuovere e incentivare, quanto più possibile, le azioni dei privati per rendere effettivo l'esercizio di tale diritto da parte dei cittadini comunitari, dal momento che, allo stato attuale, il canale privato di tutela risulta ancora insufficiente e male organizzato in gran parte dei paesi dell'UE.

Da recenti studi statistici, è risultato infatti che solo il 25% delle decisioni di condanna della Commissione Europea è seguito dalla proposizione di un'azione risarcitoria che sfoci in una pronuncia di condanna per danni. Tali dati, peraltro, si riducono ulteriormente in relazione alle azioni *stand-alone*.

---

<sup>112</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento dei danni a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, 11 giugno 2013, 2013/0185 (COD), reperibile on-line: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

<sup>113</sup> Cfr. Consultazione pubblica *Towards a coherent european approach to collective redress*, tenutasi dal 4 febbraio 2011 al 30 aprile 2011 e reperibile on-line: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011>.

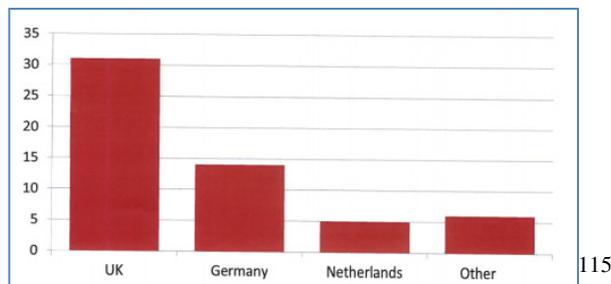
Sono infatti pochissime le azioni proposte dai privati in assenza di un previo provvedimento dell'autorità garante e, anche qualora promosse, difficilmente riescono a conseguire risultati positivi per il ricorrente, vista la maggior gravosità dell'onere probatorio per il danneggiato e il più approfondito esame richiesto al giudice adito.

Questi dati evidenziano dunque un'insufficienza del canale privato di tutela, l'effettivo ricorso al quale risulta essere osteggiato, non solo dalla mancanza di consapevolezza dei propri diritti, ma anche da un rapporto costi/benefici molto sfavorevole, a causa degli ostacoli procedurali e dei costi che comporta intentare un'azione. Obiettivo della Proposta di Direttiva è dunque quello di incrementare la tutela, attraverso semplificazioni delle norme e delle procedure applicabili e riduzione dei costi procedurali, per consentire ai soggetti danneggiati di accedere a meccanismi più efficienti di ottenimento del pieno risarcimento per il danno subito.

In particolare, i principali ostacoli che la Proposta di Direttiva si prefigge di rimuovere per rendere più agevole l'esercizio delle azioni risarcitorie sono: le difficoltà nell'adempimento dell'onere probatorio da parte del danneggiato; le incertezze in merito alla *passing-on defence*; la mancanza di una disciplina compiuta in materia di azioni risarcitorie collettive; le difficoltà in merito alla quantificazione del danno risarcibile. La Commissione si propone quindi di introdurre dei meccanismi volti a facilitare il conseguimento della tutela risarcitoria, eliminando i principali ostacoli che impediscono, o comunque ostacolano, l'attività del giudice ordinario.

Per quanto riguarda l'obiettivo della armonizzazione del diritto dei vari Stati membri, è evidente che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia risarcitoria, le azioni dei privati sono soggette alla normativa vigente in ciascun ordinamento giuridico, con conseguenti -anche significative- disparità di trattamento tra i cittadini dei diversi stati che invocano la tutela risarcitoria.

Queste difformità tra le varie normative determinano gravi problemi di incertezza giuridica, specie nei casi di controversie transfrontaliere<sup>114</sup>, e spiegano il motivo per cui vi siano dei paesi in cui il numero di azioni risarcitorie intentate contro gli autori di illeciti concorrenziali sia significativamente superiore a quello delle azioni promosse in altri paesi. In particolare, è stato osservato che le azioni private si concentrano soprattutto in Gran Bretagna, Germania e Paesi Bassi, dove la normativa interna applicabile per il giudizio dinanzi al Tribunale è considerata particolarmente rispondente alle esigenze del ricorrente, con conseguente maggiore possibilità di ottenere il soddisfacimento della pretesa invocata; ne discende che circa l'85% del totale delle azioni risarcitorie europee è promosso in questi paesi.



Si ritiene che questo squilibrio possa peraltro portare anche a distorsioni della concorrenza, visto che, nei paesi dove la tutela risarcitoria è meno efficace, le imprese potranno essere più inclini ad agire in via anticoncorrenziale, in virtù

---

<sup>114</sup> Nel caso di azioni transfrontaliere, la legge applicabile è individuata ex art. 6 par. 3 del regolamento 864/2007: «Qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice».

<sup>115</sup> Grafico tratto da LEAR LAB; *Il pacchetto europeo sul risarcimento del danno derivante da illeciti antitrust: impatto sull'ordinamento italiano*, Roma, 23 gennaio 2014, reperibile online: [www.learlab.com](http://www.learlab.com).

del minor grado di rischio di essere esposte a condanna risarcitoria; inoltre questa disomogeneità nella normativa potrà agire come disincentivo ad esercitare il diritto allo stabilimento e alla libertà di fornire beni o prestare servizi in Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace.

Per ovviare a questi inconvenienti, la Commissione ha avvertito la necessità di promuovere un ravvicinamento tra le varie normative nazionali, introducendo uno standard minimo di tutela omogeneo a livello comunitario, che impone agli Stati membri un intervento normativo volto a modificare certi aspetti della disciplina sostanziale e procedurale in materia risarcitoria.

Quanto al terzo obiettivo, la Commissione intende disciplinare l'interazione tra l'intervento delle autorità antitrust e quello dei giudici ordinari, assicurando la possibilità per le vittime delle violazioni di ottenere l'effettivo risarcimento del danno subito, senza compromettere il buon funzionamento dei programmi di clemenza.

Come meglio vedremo più avanti, la tutela risarcitoria si pone come uno dei principali ostacoli al buon funzionamento dei leniency programmes. In particolare, in base all'attuale disciplina, l'autore dell'illecito antitrust che si autodenunci per accedere al programma di clemenza, è facilmente esposto ad azioni risarcitorie da parte dei privati, il cui onere probatorio sarà certamente semplificato dalle dichiarazioni di autodenuncia del leniency applicant. Questo rischio rappresenta certamente un forte disincentivo alla richiesta di accesso ai programmi di clemenza, e di conseguenza ostacola l'accertamento e la repressione, a livello pubblicistico, degli illeciti anticoncorrenziali.

Per questo motivo, la Commissione, già da tempo, ha cercato di promuovere misure volte a favorire la coesistenza e l'interazione tra lo strumento civilistico e quello pubblicistico, quali componenti al contempo essenziali per garantire l'effetto deterrente e la repressione degli illeciti concorrenziali.

Così, nella Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese<sup>116</sup>, si sottolinea la necessità che le dichiarazioni rese dalle imprese nell'ambito di procedimenti di clemenza siano protette contro il loro utilizzo in azioni civili di risarcimento danni, statuendo che «simili iniziative (con riferimento alle forme di collaborazione con le autorità) si sono rivelate utili ai fini dell'efficacia delle indagini e per porre fine alle infrazioni costituite dai cartelli, e non vanno scoraggiate con ordini di esibizione delle prove documentali nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. I potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione, se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. Un tale inauspicabile effetto danneggerebbe gravemente il pubblico interesse ad assicurare l'effettiva applicazione dell'articolo 81 CE da parte dell'autorità pubblica nei casi di cartelli e, quindi, la sua effettiva applicazione, conseguente o parallela, in sede privata».

La Proposta di Direttiva della Commissione prosegue su questa linea, proponendo strumenti concreti volti a limitare questo disincentivo e ad offrire una protezione per il leniency applicant, con una dettagliata disciplina in materia di divulgazione delle prove.

#### *1.4.1 L'efficacia delle decisioni delle autorità antitrust*

Come abbiamo visto, in base alla vigente disciplina, il soggetto danneggiato che agisce per ottenere il risarcimento è gravato da uno stringente onere probatorio, dovendo dar prova della sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, del danno subito e del nesso di causalità. Per il ricorrente, specie nel caso in cui si tratti di un singolo consumatore, può essere particolarmente difficile provare la sussistenza di un cartello o di un abuso di posizione dominante senza far appello

---

<sup>116</sup> Comunicazione della Commissione Europea dell' 8 dicembre 2006, (2006/C 298/11).

ai provvedimenti di accertamento emanati dalle competenti autorità antitrust nazionali o comunitarie.

Il legislatore europeo ha percepito tale difficoltà introducendo, all'art. 16 del regolamento 1/2003, il principio della vincolatività delle decisioni della Commissione Europea, con la conseguenza che il provvedimento di condanna emesso dalla Commissione abbia efficacia vincolante per i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su cause risarcitorie conseguenti (*azioni follow-on*)<sup>117</sup>.

La norma, a suo tempo, ha sollevato seri dubbi di incostituzionalità, in virtù della compressione della discrezionalità dei giudici nazionali che comporta, vincolandoli al rispetto delle decisioni di un'autorità amministrativa, in violazione dell'indipendenza costituzionalmente riconosciuta ai magistrati<sup>118</sup>.

Tale eccezione di costituzionalità, sollevata sia in Italia sia in molti altri ordinamenti, è stata ritenuta infondata in considerazione del fatto che l'ordinamento comunitario stesso, ex art. 85 TCE, ha attribuito alla Commissione la competenza a definire i principi fissati dagli articoli 81 e 82 del Trattato e la competenza esclusiva di orientamento della politica di concorrenza<sup>119</sup>, in virtù del carattere sovranazionale e autonomo della Commissione rispetto agli Stati membri e degli specifici obblighi di controllo e cooperazione tra autorità nazionali e comunitarie. Inoltre il rigore della norma viene temperato dalla previsione della possibilità per il giudice nazionale, che dubiti della corretta applicazione da parte della Commissione delle norme sulla concorrenza, di

---

<sup>117</sup> Art. 16 comma 1 Reg. 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli articoli 81 o 82 del Trattato, che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

<sup>118</sup> Cfr. G.L.TOSATO *Il processo di modernizzazione in Il nuovo diritto europeo della concorrenza; aspetti procedurali*, pag. 47 ove è statuito che «L'obbligo delle giurisdizioni nazionali di allinearsi alle decisioni della Commissione ripropone la questione del se e in quale misura sia costituzionalmente legittimo comprimere l'autonomia degli organi decisionali nazionali per garantire l'unità del sistema europeo».

<sup>119</sup> Cfr. Corte di Giustizia (CE), 14 dicembre 2000, caso *Masterfoods*, C 344-98.

proporre questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, avviando così una forma di controllo sull'operato dell'autorità amministrativa.

Affermata dunque l'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione Europea nell'ambito delle azioni risarcitorie, il regolamento nulla dice in merito alla vincolatività delle decisioni della Autorità Garanti nazionali. Sul punto si è pronunciata la Commissione nel Libro Bianco statuendo che anche le decisioni definitive emesse dalle autorità antitrust nazionali appartenenti all'European Competition Network nonché le sentenze definitive delle corti d'appello che confermino tali decisioni dovrebbero essere accettate dai giudici, investiti del giudizio risarcitorio, come prova dell'infrazione<sup>120</sup>. La Commissione raccomanda dunque la necessità di prevedere l'effetto vincolante anche delle decisioni delle autorità garanti nazionali che accertino l'esistenza dell'infrazione, al pari di quanto il regolamento 1/2003 prevede per le pronunce della Commissione. La *ratio* di questa regola andrebbe ravvisata nell'esigenza di evitare duplicazioni procedurali, con conseguenti dispendi di tempo e risorse, e nell'opportunità di agevolare l'onere probatorio per il ricorrente danneggiato.

La Commissione è tornata a riproporre tale regola anche nella Proposta di Direttiva dove, all'articolo 9<sup>121</sup>, viene sollecitata l'introduzione, da parte degli

---

<sup>120</sup> Punto 2.3 del Libro bianco del 2 aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, relativo all'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza: « I giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 81 o 82 sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possono prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere».

<sup>121</sup> Art. 9 della Proposta di Direttiva, nella versione approvata dal Parlamento Europeo in data 17 Aprile 2014: «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato o ai sensi del diritto della concorrenza nazionale».

Stati membri, di una norma nazionale che impedisca ai giudici civili di prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione definitiva con cui un'autorità garante nazionale abbia constatato un'infrazione, la quale deve dunque costituire piena prova dell'illecito in sede risarcitoria.

La Proposta dunque, attribuendo a tali decisioni un'efficacia vincolante analoga a quella delle pronunce della Commissione, sembra voler andare ben oltre al principio, ormai consolidato in giurisprudenza, che attribuisce alle decisioni dell'Agcm valore di prova privilegiata dell'illecito concorrenziale nel giudizio risarcitorio.

In molteplici pronunce, infatti, la Suprema Corte ha stabilito che «le eventuali determinazioni dell'Autorità circa la sussistenza di un illecito concorrenziale non possono condizionare le decisioni dei giudici né sul piano processuale né su quello sostanziale», ma, pur non essendo vincolanti, deve essergli riconosciuto il valore di prova privilegiata, nel senso che «non è possibile, in sede civile, rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa concorrenziale in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede»<sup>122</sup>.

Da ultimo, con l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 5327/2013<sup>123</sup>, relativa ad una causa sul cartello delle compagnie assicuratrici per la responsabilità civile delle autovetture, i giudici hanno riconosciuto al consumatore-assicurato il diritto ad ottenere il risarcimento del danno patito a causa dell'incremento dei premi determinato dal cartello assicurativo accertato e sanzionato dall'Agcm. I giudici della Cassazione hanno accolto il ricorso, cassando una pronuncia della Corte d'Appello, sulla considerazione che gli atti

---

<sup>122</sup> Cfr. anche Corte di Cassazione, sentenza n.3640 del 13 febbraio 2009; sentenza n. 12486 del 20 giugno 2011; sentenza n. 10211 del 10 maggio 2011; sentenza n. 6269 del 20 aprile 2012; sentenza n. 2305/2007; sentenza n. 11610 del 26 maggio 2011; da ultimo, Tribunale di Milano, caso *Brennercom-Telecom* del 27 dicembre 2013.

<sup>123</sup> Cassazione civile, sez. VI, ordinanza del 4 marzo 2013, n. 5327.

del procedimento amministrativo svoltosi davanti all'Agcm con cui è stata accertata l'esistenza dell'infrazione costituiscono una prova privilegiata particolarmente solida con la conseguenza che l'assicurato può avvalersi della presunzione che il premio pagato sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo delle società assicuratrici oggetto del provvedimento dell'autorità. In questa sede, la Corte, pur riconoscendo valore di prova privilegiata all'accertamento dei fatti compiuto dall'Agcm, non attribuisce comunque alla decisione amministrativa alcuna efficacia vincolante per il giudice, consentendo all'impresa convenuta la possibilità di fornire la prova contraria che dovrà però necessariamente consistere in allegazioni nuove e diverse rispetto a quelle già prese in esame nel procedimento pubblicistico, che saranno rimesse al libero apprezzamento del giudice.

Rispetto a tale panorama giurisprudenziale, la Proposta della Commissione Europea ha una portata innovativa molto forte, che ha suscitato non poche critiche ed opposizioni da parte degli Stati membri, Italia compresa. Il primo ordine di considerazioni si basa sul già citato dubbio di costituzionalità circa il rispetto dell'art. 101 Cost sull'indipendenza dei giudici rispetto al potere amministrativo. Rispetto all'art. 16, qui il dubbio di costituzionalità è avvertito in maniera più grave visto che non possono farsi valere per l'Agcm le considerazioni in merito al primato della posizione della Commissione.

In secondo luogo una simile soluzione rischierebbe di comprimere le garanzie del giusto processo, visto il minor grado di tutela dei diritti di difesa dei destinatari della decisione di un'autorità antitrust rispetto a quello assicurato al convenuto nel giudizio civile ordinario<sup>124</sup>. Infatti nel procedimento amministrativo, non c'è una rigida separazione tra la funzione inquirente e quella

---

<sup>124</sup> In tal senso cfr. S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè 2009: «Se tale misura fosse accolta, sarebbe minacciato il diritto di agire in giudizio davanti al giudice precostituito per legge, che è principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale (art. 24 Cost.) e diritto fondamentale dell'uomo garantito della CEDU».

giudicante/sanzionatoria ed esistono significativi limiti al sindacato del giudice amministrativo in conseguenza dei quali alcuni aspetti della decisione dell'autorità antitrust non possono essere soggetti a verifica alcuna. L'impossibilità per il giudice civile di discostarsi dalla decisione amministrativa andrebbe dunque a compromettere gravemente e definitivamente la posizione del soccombente nel procedimento antitrust.

Sul piano delle criticità, si può ancora osservare che il vincolo di cui all'art. 9 opererebbe soltanto per le decisioni di accertamento dell'illecito e non anche per quelle di accertamento negativo, risolvendosi così in un favore per l'attore. Non va inoltre sottovalutato l'effetto che esso avrebbe in termini di incentivi alla proposizione di ricorsi contro le decisioni delle autorità da parte dell'impresa sanzionata, anche nei casi in cui quest'ultima non avrebbe avuto interesse a farlo, proprio in considerazione dell'efficacia vincolante attribuita all'accertamento dell'autorità stessa<sup>125</sup>.

La Proposta peraltro, nella sua versione originaria, prevedeva, come già nel Libro Bianco, che la vincolatività non riguardasse soltanto le decisioni dell'Autorità garante nazionale ma le decisioni di tutte le autorità dell'ECN, per conseguire un elevato standard di certezza giuridica transfrontaliera e una significativa riduzione degli accertamenti nazionali. Sul punto tuttavia è intervenuto il Consiglio eliminando l'effetto vincolante a livello transazionale delle decisioni nazionali e obbligando gli Stati membri unicamente ad accertarle come mezzo di prova, in conformità con le norme procedurali nazionali applicabili<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> È stato alla luce di tutte tali considerazioni che Confindustria ha espresso parere negativo rispetto all'attribuzione di un effetto automaticamente vincolante alle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza.

<sup>126</sup> Il nuovo secondo comma dell'art. 9 della Direttiva 185/2012 statuisce che «gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 emessa in un altro Stato membro possa, conformemente alla rispettiva legislazione nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali almeno a titolo di prova prima facie del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altri elementi presentati dalle parti».

In merito a questa parte della Proposta dunque sono ancora molteplici le criticità da risolvere, che porteranno probabilmente ad una ulteriore revisione del testo prima dell'approvazione definitiva da parte del Consiglio, senza escludere la possibilità che il testo definitivo della direttiva vada a codificare la diffusa prassi giurisprudenziale della “prova privilegiata”, come peraltro auspicato dalle delegazioni italiana e francese.

#### *1.4.2 Il regime di divulgazione delle prove*

Già nel Libro Bianco, la Commissione ha evidenziato come uno dei principali ostacoli per il corretto funzionamento del private enforcement sia dato dall'asimmetria informativa tra il soggetto danneggiato (attore nel giudizio risarcitorio) e il responsabile della violazione (convenuto).

Molto spesso infatti le vittime possono non disporre a costi ragionevoli di tutte le informazioni necessarie a dimostrare l'illecito e il danno subito; spesso molti documenti che consentono di provare la condotta abusiva sono in possesso del solo convenuto o di terze persone. Questa difficoltà di accesso alle prove può dissuadere il soggetto danneggiato dal promuovere un'azione risarcitoria o determinarne la sconfitta in giudizio, tanto più nei casi di azioni *stand-alone*, dove manca un accertamento dell'autorità quale elemento probatorio.

A fronte di questo profilo di criticità, la Commissione Europea ha ritenuto necessario prevedere un regime di accesso alle prove che consenta ai soggetti danneggiati di ottenere le informazioni pertinenti di cui hanno bisogno per intentare l'azione di risarcimento danni. Non si è optato, tuttavia, per una forma di *pre-trial discovery* a tutto campo, come quella prevista nell'ordinamento americano, bensì si è solo richiesto un “livello minimo di divulgazione *inter partes*” che avvenga all'interno del processo sotto lo stretto controllo del giudice.

Nel Libro Bianco, o meglio nel Working Paper, viene prospettato un meccanismo non troppo diverso dall'ordine di esibizione dei documenti, già presente nel nostro codice di procedura civile e strutturato analogamente a quello

previsto nell'art. 156-*bis* della Legge sul diritto d'autore<sup>127</sup> e nell'art. 121 del Codice della proprietà industriale<sup>128</sup>. Questo accesso alle prove deve comunque avvenire nel massimo rispetto del principio di proporzionalità, per cui la divulgazione deve essere pertinente, necessaria e proporzionata e sotto lo stretto controllo del giudice, tenuto conto delle informazioni riservate e dei segreti aziendali nonché della protezione dei documenti presentati alla Commissione dai richiedenti di trattamento favorevole.

Ponendosi su questa linea, la Proposta di Direttiva, dedica ampio spazio al regime di divulgazione delle prove<sup>129</sup>. L'art. 5, nell'attribuire al giudice il potere di ordinare alle parti del processo o a terzi l'esibizione di documenti, stabilisce una serie di limitazioni generali che sostanzialmente riproducono il regime di cui all'art. 210 c.p.c., analogamente a quanto già prospettato nel Libro Bianco. In particolare, affinché il giudice, su istanza dell'attore, possa ordinare la disclosure, devono ricorrere una serie di condizioni: il *fumus boni juris*, che per l'attore consiste nell'onere di allegare fatti ed elementi di prova sufficienti a sostenere la plausibilità della sua pretesa risarcitoria; la specificazione delle categorie di prove pertinenti di cui si richiede la disclosure; la dimostrazione da parte del richiedente che le prove possedute dalla controparte -o da un terzo- sono rilevanti per sostenere le proprie ragioni nel processo, per garantire il massimo rispetto del principio di proporzionalità; la dimostrazione, fornita dal richiedente, di non essere in grado di produrre tali prove "con un ragionevole sforzo".

La Proposta dunque prevede che gli Stati membri introducano una normativa che imponga ai giudici, in presenza di dette condizioni, di emanare, su istanza dell'attore, un ordine di esibizione delle prove in possesso del convenuto e viceversa, su istanza del convenuto, un ordine di esibizione impartito al ricorrente, garantendo così che in tutti gli Stati vi sia un livello minimo di

---

<sup>127</sup> Legge 22 aprile 1941 n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, in G.U. del 16 luglio 1941.

<sup>128</sup> D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, Codice della proprietà industriale.

<sup>129</sup> Cfr. articoli da 5 a 8 della Proposta di Direttiva 185/2013.

accesso effettivo alle prove necessarie a dimostrare la fondatezza della propria pretesa risarcitoria o della propria difesa.

Va ora precisato che tale diritto alla disclosure non è assoluto, dovendo essere interpretato alla luce di un criterio di proporzionalità che tenga conto degli altri interessi in gioco. Per questo motivo, si prevede che il giudice valuti, nel contraddittorio degli interessati, anche i costi della disclosure e l'eventualità che le prove possano contenere informazioni riservate. Quest'ultimo rappresenta un profilo particolarmente delicato, poiché è evidente il rischio di abusi di questo strumento di agevolazione probatoria, che potrebbe essere strumentalmente utilizzato per accedere a segreti industriali o ad altre informazioni riservate relative ad un'impresa.

Per quanto riguarda i rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza, dall'art. 13 del D.P.R. 217/1998 emerge la necessità di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato la garanzia del contraddittorio e il diritto ad un ampio accesso agli elementi probatori funzionale all'esercizio del diritto di difesa; dall'altro la tutela della riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a soggetti coinvolti nei procedimenti. Secondo la norma, qualora i documenti detenuti dall'Autorità contengano informazioni riservate, il diritto d'accesso potrà essere consentito solo nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. I documenti contenenti segreti commerciali sono di regola sottratti all'accesso ma, qualora essi forniscano elementi di prova dell'illecito antitrust o elementi essenziali alla difesa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a detti elementi, tenendo in debita considerazione l'interesse dei titolari delle informazioni secretate alla loro non divulgazione. La norma precisa che i soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza delle informazioni fornite devono farne espressa richiesta, indicando i documenti o le parti di documenti da sottrarre all'accesso con le relative motivazioni.

Sui delicati equilibri tra diritto di accesso e tutela della riservatezza si è in più occasioni espressa la giurisprudenza, nazionale e comunitaria, enunciando il

principio della “parità delle armi” per cui in una causa di concorrenza l’impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo procedimentale pari a quella di cui dispone l’autorità, affinché possa esercitare il suo diritto di difesa<sup>130</sup>; non si può dunque ammettere che l’autorità, pronunciandosi sull’infrazione, sia l’unica ad avere a disposizione determinati documenti da poter usare contro l’impresa interessata, senza che quest’ultima vi abbia accesso. La giurisprudenza ha al contempo precisato che tale principio non può estendersi al punto di comportare che il diritto di accesso prevalga sempre sulle esigenze di riservatezza<sup>131</sup>; ma implica che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell’intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati, e che, in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o richiesti per l’esercizio del diritto difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle “parti sensibili” del documento.

La giurisprudenza ha poi considerato l’eventualità che un’autorità abbia consentito l’accesso a documenti secretati, riconoscendo al soggetto il cui diritto alla riservatezza sia stato violato la facoltà di chiedere il ripristino della posizione giuridica soggettiva lesa, ottenendo la paralisi di ulteriori ostensioni da parte dell’autorità, la inopponibilità degli elementi desunti da documenti indebitamente ostentati nonché il diritto al risarcimento del danno derivante dalla indebita diffusione dei dati riservati<sup>132</sup>.

La Proposta di Direttiva conferma questa giurisprudenza consolidata richiedendo che gli Stati membri «introducano misure volte a tutelare i segreti aziendali e le informazioni riservate contenute in documenti probatori al fine di limitarne la divulgazione nel corso del procedimento, senza che ciò tuttavia impedisca l’esercizio del diritto al risarcimento del danno». Tra le misure

---

<sup>130</sup> Cfr. Tribunale (CE), sentenza 29 giugno 1995, *Carbonato di sodio* T30-91, T36-91, T37-91.

<sup>131</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652 e, più recentemente, TAR Lazio, 10 febbraio 2012, n. 1344 sul caso *Rifornimenti aeroportuali*; cfr. anche TAR Lazio, 11 aprile 2012 n. 3269 nel caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*.

<sup>132</sup> TAR Lazio, sentenza del 3 settembre 2012, n. 7467, caso *Ratiopharm v. Pfizer*.

menzionate dalla Commissione vi è la possibilità di revisionare parti sensibili di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone aventi diritto a prendere conoscenza delle prove e il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata<sup>133</sup>.

Infine, in materia di divulgazione delle prove, è particolarmente importante l'introduzione da parte della Proposta di Direttiva di una "black list" di documenti di cui non può mai essere chiesta l'esibizione e, tra questi, in particolare, le dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza, i c.d. *leniency corporate statements*. Come meglio vedremo nel prosieguo della trattazione, il fatto che un'impresa benefici di un programma di clemenza non la pone al riparo dalle eventuali conseguenze civilistiche, potendo essere chiamata a risarcire il danno derivante dall'illecito per cui abbia ottenuto la leniency.

È sempre stata questione controversa l'utilizzabilità, nell'ambito nelle azioni risarcitorie, delle dichiarazioni di colpevolezza fornite dal leniency applicant ai fini dell'accesso al programma. Superando le incertezze della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Pfleiderer, la Direttiva assume una chiara posizione a sostegno di una rigorosa tutela dei programmi di clemenza, ritenuti di interesse fondamentale per l'accertamento di cartelli segreti, adottando una soluzione volta ad evitare che un regime di intensa disclosure possa disincentivare le imprese dalla collaborazione con le autorità.

Tuttavia la limitazione di cui alla Proposta di Direttiva non elimina integralmente le incertezze. Innanzitutto potrebbe incontrare delle difficoltà in sede di applicazione pratica dal momento che spesso il contenuto dei leniency corporate statements viene trasferito in altri documenti, come la CRI o la decisione finale, liberamente accessibili in sede civile. Inoltre la norma esclude la disclosure solo relativamente ai leniency statements, senza invece porre al riparo i documenti predisposti dal leniency applicant nell'ambito del programma di

---

<sup>133</sup> Cfr. considerando n. 17 del testo della Proposta di Direttiva approvato dal Parlamento Europeo il 17 aprile 2014.

clemenza né le c.d. contemporaneous evidence, cioè i documenti preesistenti ma forniti dal richiedente al momento della richiesta di trattamento favorevole.

Oltre ai leniency statements, la direttiva esclude in maniera assoluta dalla disclosure le proposte di transazione, presentate ex art. 10-bis del Reg. 773/2010, con cui un'impresa riconosce la propria colpevolezza in cambio di una procedura di accertamento accelerata. Questa limitazione è evidentemente volta a favorire le procedure di transazione, di evidente importanza anch'esse per l'accertamento delle infrazioni concorrenziali.

#### 1.4.3 *Il trasferimento del sovrapprezzo (passing-on)*

Molto spesso accade che l'acquirente diretto di un'impresa partecipante ad un cartello, che si trova costretto ad acquistare il bene ad un prezzo superiore a quello praticato in un contesto concorrenziale non viziato, trasferisca il sovrapprezzo anticompetitivo a valle della catena produttiva o distributiva, mediante un aumento del prezzo da egli praticato ai propri clienti, i c.d. acquirenti indiretti. Questo fenomeno traslativo, noto come *passing-on*, è estremamente frequente nella prassi dove le logiche di mercato impongono che ciò che avvenga a un determinato livello della catena produttiva si vada a ripercuotere nei livelli successivi.

Nei casi in cui si verifichi tale traslazione del sovrapprezzo, si pongono due questioni particolarmente delicate che si riflettono sulla disciplina del risarcimento del danno antitrust e che sono state prese in esame dalla Proposta di Direttiva. Anzitutto, ci si è chiesti se l'acquirente indiretto, su cui è stato traslato il sovrapprezzo, sia o meno legittimato ad agire in giudizio per il risarcimento (c.d. *passing-on* offensivo); in secondo luogo se l'impresa responsabile dell'illecito antitrust, convenuta in giudizio dall'acquirente diretto per il risarcimento del danno, possa eccepire che questo non abbia subito alcun danno (o abbia subito un danno inferiore a quello lamentato) in conseguenza della traslazione del sovrapprezzo agli acquirenti indiretti (c.d. *passing-on* difensivo).

In merito al secondo punto, come era già stato anticipato dalla Commissione nel Libro Bianco, la Proposta di Direttiva introduce, all'art. 13<sup>134</sup>, l'eccezione di traslazione del danno. Questa misura è evidentemente volta ad evitare che l'autore dell'infrazione sia esposto ad una responsabilità multipla e che, correlativamente, il soggetto danneggiato possa ottenere un indebito arricchimento, in deroga al principio per cui il risarcimento deve avere una funzione compensativa del danno realmente subito. Riconosciuta l'ammissibilità dell'eccezione, la Proposta pone il relativo onere della prova, circa l'esistenza e l'entità della traslazione, in capo al convenuto, in coerenza con le ordinarie norme procedurali (art. 2697 comma 2 c.c.).

Tale misura si ritiene che non creerà problemi in sede di recepimento nazionale in quanto una simile soluzione si era già affermata, pur nel silenzio della legge e della Corte di Giustizia, nella giurisprudenza italiana. In particolare, nella causa *Indaba v. Juventus*<sup>135</sup>, la società Indaba lamentava di essere stata vittima di un abuso di posizione dominante da parte della Juventus, consistente tra le altre cose nell'aver imposto alla Indaba di acquistare i biglietti per una trasferta internazionale insieme con altri servizi, quali il trasporto aereo ed il pernottamento in albergo. La Corte d'Appello di Torino, ritenendo che la società avesse integralmente traslato il sovrapprezzo sui consumatori acquirenti finali del pacchetto, ha negato la tutela risarcitoria, sull'assunto che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno avrebbe una mera funzione compensativa volta al ripristino dello *status quo ante*.

La Proposta ha risolto, coerentemente a quanto già esposto nel Libro Bianco, anche la questione relativa al *passing-on* offensivo, riconoscendo agli

---

<sup>134</sup> Art. 13 (eccezione del trasferimento): «Gli Stati membri provvedono affinché il convenuto in un'azione per il risarcimento del danno possa invocare, contro una domanda di risarcimento del danno, il fatto che l'attore abbia trasferito in parte o in toto il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza. L'onere della prova del fatto che il sovrapprezzo sia stato trasferito spetta al convenuto che può ragionevolmente richiedere che l'attore e terzi presentino delle informazioni».

<sup>135</sup> Corte d'Appello di Torino, 6 giugno 2000, causa *Indaba Incentive Company S.r.l. c. Juventus F.C. S.p.a.* Cfr. anche Corte d'Appello di Cagliari, 23 gennaio 1999 causa *Unimare S.r.l. c. Geasar S.p.a.*

acquirenti indiretti la legittimazione ad agire in via risarcitoria contro l'autore dell'infrazione antitrust<sup>136</sup>.

La Commissione ha ritenuto contraria ai principi comunitari una normativa nazionale che escludesse a priori la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti, compresi i consumatori finali, volta ad ottenere la tutela risarcitoria. Tale limitazione, analoga a quanto previsto nel panorama americano<sup>137</sup>, sarebbe incompatibile col principio di effettività della tutela risarcitoria che impone che “chiunque” abbia subito un danno debba poterne ottenere il risarcimento<sup>138</sup>. Inoltre la Commissione nel Libro Bianco sottolinea che vi sono dei casi in cui l'acquirente indiretto potrebbe avere interesse ad agire in via risarcitoria a fronte di un'inerzia dell'acquirente diretto, il quale potrebbe essere disincentivato dall'intraprendere l'azione per timore di pregiudicare la propria relazione d'affari con la controparte, oppure per aver esso beneficiato dell'aumento dei prezzi reso possibile dall'intesa, nonostante non vi abbia preso parte direttamente. In tutti questi casi, la regola che nega a priori la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti avrebbe l'effetto indesiderabile di pregiudicare la forza deterrente della responsabilità civile.

Nonostante la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti non possa essere esclusa a priori, essa potrebbe essere esclusa nel caso concreto per mancanza del nesso di causalità giuridica tra il danno e l'infrazione, come la giurisprudenza ritiene nel caso in cui il danno sia troppo “remoto” rispetto all'infrazione, cioè quando il cartello ha interessato un livello della filiera produttiva molto lontano rispetto al ricorrente.

La Proposta non si limita a riconoscere la legittimazione degli acquirenti indiretti ma introduce una presunzione legale relativa a loro favore, per

---

<sup>136</sup> Art. 12 comma 1 della Proposta di Direttiva: «Per garantire la piena efficacia del diritto al pieno risarcimento di cui all'articolo 2, gli Stati membri provvedono affinché, in conformità alle norme stabilite nel presente capo, il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti».

<sup>137</sup> Cfr. U.S. Supreme Court, *Illinois Brick*, 720/1977.

<sup>138</sup> Cfr. pronunce Corte di Giustizia (CE) sui casi *Courage e Manfredi*.

agevolarne l'onere probatorio<sup>139</sup>. Secondo le regole ordinarie, l'acquirente che agisce in via risarcitoria dovrebbe provare l'avvenuta traslazione del sovrapprezzo, ripercorrendo tutti i passaggi della catena produttiva e distributiva, con gravi difficoltà sul piano probatorio. Per agevolare la sua posizione, la direttiva introduce la presunzione che il sovrapprezzo sia stato traslato per intero sull'acquirente indiretto, il quale quindi dovrà soltanto provare l'avvenuta violazione concorrenziale (ad esempio l'esistenza del cartello), l'entità del sovrapprezzo praticato al livello dell'acquirente diretto, e l'avvenuto acquisto dei prodotti o servizi oggetto dell'intesa anticoncorrenziale. Trattandosi di una presunzione relativa, resta salvo il diritto del convenuto di dimostrare che il sovrapprezzo non è stato trasferito o non interamente.

L'impostazione dell'articolo 13, che rappresenta un'assoluta novità nel nostro ordinamento, se da un lato tutela l'acquirente indiretto, al quale in effetti può risultare difficile dimostrare l'esistenza e la portata di un *passing-on*, dall'altro finisce col pregiudicare la posizione del convenuto, in capo al quale viene posta una sorta di *probatio diabolica*: la prova negativa di un evento (il mancato trasferimento a valle del sovrapprezzo) che nella maggior parte dei casi egli non sarà in grado di fornire.

Inoltre, la capacità degli acquirenti diretti di traslare su quelli indiretti il sovrapprezzo risultante da un illecito antitrust dipende dalle caratteristiche del mercato di riferimento in cui essi operano; per cui appare semplicistico presumere che il sovrapprezzo venga trasferito a valle, integralmente e in ogni caso, col rischio di incorrere nel rischio di riconoscere indebiti risarcimenti. Ciò

---

<sup>139</sup> Art. 14 comma 2 della Proposta di Direttiva: «Si ritiene che l'acquirente indiretto abbia dimostrato l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo su di sé qualora mostri:

- a) che il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
- b) che la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; e
- c) che ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi derivanti o contenenti beni o servizi oggetto della violazione».

ha portato una dottrina autorevole a ritenere che tale presunzione andrebbe sostituita con altre modalità in grado di agevolare la prova del danno per l'acquirente indiretto. In particolare, si potrebbe affidare al giudice il potere di modulare, caso per caso, l'onere probatorio in capo all'attore, sulla base della documentazione presentata dalle parti e delle caratteristiche del mercato interessato, così assicurando la necessaria flessibilità.

Ad oggi, in attesa dell'approvazione definitiva e del recepimento della direttiva, nel nostro ordinamento è pacificamente riconosciuta la legittimazione degli acquirenti indiretti e la loro posizione probatoria è agevolata col ricorso allo strumento delle presunzioni semplici; con tale meccanismo processuale, il giudice potrebbe ritenere provata la traslazione del sovrapprezzo, quando l'attore abbia provato certi fatti secondari (c.d. indizi), i quali facciano presumere che la traslazione del danno sia avvenuta con un certo grado di probabilità; in particolare, l'insieme degli indizi dovrebbe essere tale da far ritenere che il fatto della traslazione sia "più probabile che no", secondo la regola della *probabilità preponderante*.

#### *1.4.4 La sorte della Proposta nel panorama comunitario e italiano*

I lavori del Consiglio Europeo per l'adozione di un testo di compromesso sono stati abbastanza rapidi; in poco meno di sei mesi, dal luglio del 2013, data della prima riunione del competente gruppo di lavoro, al 3 dicembre 2013, il Consiglio Competitività è stato in grado di approvare un testo sul quale sono stati poi acquisiti i pareri delle commissioni parlamentari competenti.

In questa sede, il testo della direttiva, come era stato proposto dalla Commissione, ha subito alcune modifiche, in conseguenza della presentazione di emendamenti da parte delle delegazioni nazionali, mantenendo comunque inalterata la sua struttura e ideologia di fondo.

In data 21 gennaio 2014, è stato reso il parere della Commissione Giuridica che ha accolto favorevolmente la Proposta della Commissione nella parte in cui propone un ravvicinamento delle normative nazionali, dato che «l'assenza di

norme nazionali che disciplinino adeguatamente le azioni per il risarcimento del danno o, d'altro canto, la divergenza delle legislazioni nazionali, pone in una posizione di disuguaglianza non solo i soggetti danneggiati ma anche i responsabili delle violazioni del diritto della concorrenza, determinando alterazioni della concorrenza e squilibri nel corretto funzionamento del mercato interno»; da pari sono state accolte con favore le proposte di semplificazione delle procedure e riduzioni dei costi nonché la promozione di meccanismi facoltativi di composizione amichevole delle liti<sup>140</sup>. La Commissione Jury però ha proposto emendamenti agli articolo 6 e 7 della Proposta di Direttiva, ravvisando l'opportunità di un regime di più ampia divulgazione delle prove, visto che «la cooperazione delle imprese, attraverso i programmi di clemenza, non dovrebbe essere scoraggiata; tuttavia, tali programmi non dovrebbero proteggere le imprese più del necessario. In particolare, non dovrebbero assolvere gli autori dell'infrazione dal pagamento dei danni ai soggetti danneggiati, né comportare una protezione eccessiva delle informazioni di cui gli attori necessitano quali prove per intentare un'azione per il risarcimento del danno».

Confermati questi emendamenti da parte della Commissione Affari Economici e Monetari, in data 27 gennaio 2014, in un'evidente ottica di tutela dei soggetti danneggiati, per non compromettere eccessivamente l'accesso alla tutela risarcitoria, la Proposta di Direttiva è stata infine approvata dal Parlamento Europeo il 17 aprile 2014<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Parere della Commissione Giuridica sulla Proposta di Direttiva in materia di azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle norme di diritto della concorrenza (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)), relatore Bernhard Rapkay.

<sup>141</sup> Cfr. Risoluzione legislativa del Parlamento Europeo del 17 aprile 2014 sulla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (COM(2013)0404., reperibile online: [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu)).

Il testo della Direttiva votato dal Parlamento, dovrà ora essere approvato ufficialmente dal Consiglio perché la procedura legislativa giunga a compimento; gli Stati membri avranno quindi tempo due anni per trasporre la Direttiva nella normativa nazionale.

Nel nostro ordinamento, sono state condivise le finalità generali del progetto, ritenuto conforme all'interesse nazionale, ai principi fondamentali delle tradizioni giuridiche europee e alle attuali esigenze di rilancio della crescita e competitività nazionale e comunitaria.

L'Italia ha incentrato la propria posizione, a sostegno della Proposta, in particolare, sull'importanza dell'equilibrio tra private e public enforcement, del bilanciamento tra diritto al risarcimento del danno e tutela dei programmi d'immunità (essenziali alla denuncia dei cartelli) e delle misure di semplificazione volta a facilitare l'accesso alla tutela risarcitoria.

Tuttavia sono stati sottolineati due punti di grave criticità, che hanno formato oggetto di osservazioni dettagliate presentate dalla delegazione italiana in occasione di tutte le consultazioni pubbliche.

*In primis*, è stata contestata l'opportunità della misura ex art. 9 sulla vincolatività delle decisioni delle autorità antitrust nazionali, ritenuta "incompatibile coi principi costituzionali in materia di indipendenza del giudice e separazione dei poteri", nonché superflua, data la già diffusa prassi giurisprudenziale a non discostarsi, nell'ambito del libero apprezzamento delle prove, dalle risultanze contenute nei provvedimenti delle autorità garanti nazionali.

In secondo luogo, si è criticata la presunzione prevista a favore degli acquirenti indiretti introdotta ex art. 13 in merito al trasferimento a valle del sovrapprezzo, ritenendo semplicistico assumere che tale trasferimento si possa verificare in presenza di qualsiasi condizione del mercato e contestando l'eccessiva gravosità dell'onere probatorio riversato sul convenuto in merito alla

prova contraria, ritenendo perciò preferibile affidare al giudice il compito di modulare l'onere probatorio in base alle circostanze del caso concreto<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. Relazione del Ministero di Giustizia del 19 luglio 2013.

## CAPITOLO SECONDO

### 2 I programmi di clemenza

#### **2.1 Obiettivi e struttura dei programmi di clemenza (leniency programmes)**

In questo secondo capitolo, cercheremo di approfondire la tematica relativa ai programmi di clemenza (leniency programmes), concentrandoci sugli aspetti principali della disciplina comunitaria ed italiana dell'istituto, in un'ottica comparativa rispetto al modello statunitense, patria e culla della leniency application.

In particolare, in questo primo paragrafo saranno analizzati profili di diritto positivo, quali il campo di applicazione, le funzioni, i presupposti di ammissione, i benefici premiali ed, in generale, il funzionamento del programma, con particolare attenzione alle esperienze applicative.

Successivamente, nel secondo paragrafo, si passerà invece all'analisi relativa all'applicazione pratica dell'istituto, analizzando le principali cause alla base dell'insuccesso della clemenza nell'ordinamento italiano.

##### *2.1.1 Il campo di applicazione: la lotta agli "hardcore cartels"*

Come avremo modo di approfondire nel prosieguo, i programmi di clemenza sono uno strumento preordinato alla lotta, e in particolare alla scoperta, degli illeciti concorrenziali ritenuti di maggior gravità e pericolosità sociale, le c.d. hardcore restrictions.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, definendo l'ambito di applicazione dell'istituto in parola, ha statuito che «la presente comunicazione si applica alle intese orizzontali segrete, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle

vendite e nella ripartizione dei mercati»<sup>143</sup>. Dunque, nell'ordinamento italiano possono accedere ai programmi di clemenza le imprese che contribuiscano, autodenunciandosi e fornendo informazioni o prove, alla scoperta di intese orizzontali segrete di particolare gravità quali quelle indicate dalla norma, i c.d. hardcore cartels. La norma include anche le imprese che denuncino comportamenti collusivi aventi oggetto o effetto anticoncorrenziale tenuti nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti di opere o servizi. Al paragrafo 1-*bis* della Comunicazione, l'Autorità precisa che «la segretezza non implica che tutti gli aspetti della condotta delle imprese siano segreti, mentre occorre che non siano noti al pubblico o a clienti e/o fornitori gli elementi che rendono più difficile da rilevare la piena portata della condotta e il fatto che essa costituisca un cartello», evidenziando con chiarezza l'intento di limitare l'accesso al programma alle imprese che contribuiscano alla scoperta dei cartelli caratterizzati da particolari connotati di segretezza, in relazione ai quali il loro accertamento da parte dell'Autorità risulterebbe particolarmente gravoso, se non addirittura impossibile, in assenza di informazioni fornite dagli stessi partecipanti al cartello. In quest'ottica, l'Agcm esclude espressamente dal campo di applicazione dell'istituto -salvo casi particolari- le intese verticali e le altre restrizioni orizzontali diverse dai cartelli in quanto esse «sono generalmente meno difficili da individuare e/o indagare e non giustificano pertanto la loro inclusione nell'ambito di un programma di trattamento favorevole». Si evince chiaramente come l'Autorità nazionale abbia voluto limitare l'accesso al beneficio della immunità o riduzione della sanzione ai soli casi in cui la collaborazione da parte dell'impresa coinvolta nell'illecito abbia effettivamente

---

<sup>143</sup> Cfr. Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 comma 2-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013.

comportato considerevoli vantaggi per la procedura, escludendone invece le imprese che si siano limitate a fornire informazioni in merito a fattispecie che sarebbero state comunque facilmente rinvenibili da parte delle Autorità. La limitazione del campo di applicazione dell'istituto alle sole intese orizzontali, di cui alla Comunicazione dell'Agcm e presente anche nell'ordinamento statunitense<sup>144</sup>, non figura invece nella Comunicazione della Commissione né nell'ECN MLP<sup>145</sup>; la mancanza del riferimento testuale tuttavia non ha particolare rilevanza pratica dal momento che, nel valutare la possibilità di ammissione al programma, viene in ogni caso compiuto dalla Commissione un puntuale bilanciamento di interessi: da un lato il sacrificio dell'interesse a sanzionare le condotte illecite e dall'altro l'utilità che lo sconto di pena può comportare al sistema, con la conseguenza che il sacrificio potrà essere inequivocabilmente ritenuto giustificabile solo per le violazioni oggettivamente più gravi e difficilmente accertabili.

Per quanto riguarda la nozione di *hardcore cartels*, si tratta di accordi tra imprese aventi un oggetto manifestamente restrittivo della concorrenza, che si presumono dunque anticompetitivi per cui l'Autorità è sollevata dall'onere di provare la loro potenzialità restrittiva nel caso concreto. Queste intese dotate di particolare pericolosità per il mercato sono gli accordi di fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali, gli accordi di ripartizione dei mercati o di contingentamento della produzione o degli scambi, le pratiche di *big rigging* in sede di gare d'appalto, gli scambi di informazioni sensibili e le intese volte alla fissazione verticale dei prezzi o dei prezzi minimi. Come rilevato dalla Commissione queste intese hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 101, dare prova concreta della loro potenzialità anticompetitiva<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. US Corporate Leniency Policy del 10 agosto 1993.

<sup>145</sup> Model Leniency Programme dell'ECN (European Commission Network) del 29 settembre 2006, poi modificato in data 22 novembre 2012.

<sup>146</sup> Cfr. par. 21 delle Linee direttrici sull'applicazione dell'art 81, par. 3 del Trattato, (2004/C 101/08).

### 2.1.2 *Le origini dell'istituto*

Prima di analizzare nel dettaglio la disciplina dei programmi di clemenza, consideriamo brevemente la loro origine. Il primo programma di leniency è stato adottato dall'Antitrust Division del Department of Justice statunitense nel 1978, poi modificato in misura sostanziale nel 1993 per accrescere l'incentivo delle imprese a cooperare con le autorità. Sino all'agosto 1993, soltanto in Canada era stato adottato un analogo programma di clemenza per le imprese che collaboravano alla scoperta dei cartelli. Da allora, lo strumento ha conosciuto un'ampia diffusione.

La Commissione europea ha adottato un programma di leniency nel 1996 poi modificato due volte, nel 2002 e da ultimo nel 2006<sup>147</sup>. La *ratio* che spinge la Commissione ad introdurre tale strumento è da ravvisarsi nelle difficoltà che le autorità incontrano in sede di accertamento delle condotte anticoncorrenziali e nell'esigenza di incentivare le imprese a cessare la partecipazione al cartello per collaborare con la giustizia. La Commissione infatti ha avuto cura di precisare che «il vantaggio che i consumatori e la società in generale traggono dalla certezza che le intese segrete siano scoperte e sanzionate è primario rispetto all'interesse ad infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese»<sup>148</sup>.

Il programma del '96 in realtà non ha prodotto risultati troppo soddisfacenti a causa dell'eccessiva discrezionalità in capo alla Commissione nel valutare le domande di ammissione e a causa delle modiche riduzioni di pena previste a favore del leniency applicant che non costituivano un adeguato incentivo alla collaborazione. Il programma del 2002 è risultato nettamente più efficace, come si evince anche dal notevole incremento delle richieste di ammissione al trattamento favorevole. Se infatti, nel periodo 1996-2001, i casi avviati a seguito di collaborazione di un'impresa corrispondevano a circa il 44% del totale (16

---

<sup>147</sup> Comunicazione Commissione n. 207 del 18 luglio 1996, poi modificata con la Comunicazione Commissione n. 45 del 19 febbraio 2002 e infine con la Comunicazione Commissione n. 298 dell'8 dicembre 2006.

<sup>148</sup> Cfr. punto 3 della Comunicazione della Commissione n. 298 del 2006.

casi su un totale di 36), nei due periodi successivi (2002-2005 e 2006-2009) la Commissione si è avvalsa della cooperazione delle imprese in più dell'80% dei casi (39 casi su 48)<sup>149</sup>.

Successivamente la revisione del 2006 ha avuto il merito di chiarire ulteriormente le condizioni che le imprese devono rispettare per beneficiare dell'immunità o della riduzione della sanzione; di introdurre lo strumento del *marker*; e di introdurre misure volte alla salvaguardia delle informazioni fornite dal leniency applicant alla Commissione.

Ad oggi 26 degli Stati membri dell'UE si sono dotati di un programma di clemenza, ispirandosi al modello elaborato dalla ECN (European Commission Network), composta dalla Commissione Europea e dalle Autorità di concorrenza degli Stati membri, che ha pubblicato un Model Leniency Programme, volto ad individuare i principali elementi che dovrebbero accomunare i programmi delle autorità di concorrenza nazionali per evitare che le differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri scoraggino il ricorso allo strumento della leniency, specie nei casi in cui il cartello abbia effetti su più mercati nazionali. Si tratta comunque di una *soft harmonization* che non preclude alle autorità nazionali di applicare un trattamento più favorevole ai richiedenti nell'ambito del proprio programma di clemenza se ritengono che ciò sia necessario per assicurarne un'efficace applicazione.

In definitiva dunque si può rilevare che nell'Unione Europea non esiste un sistema unitario di clemenza ma una pluralità di programmi (26 programmi nazionali + il programma della Commissione) tra loro autonomi e con notevoli profili di difformità, seppure tutti ispirati al modello comune dell'ECN.

In Italia i programmi di clemenza sono stati introdotti di recente, con l'art. 14 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248, che

---

<sup>149</sup> Dati tratti da R. SICCA, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

ha inserito il nuovo comma 2-*bis* all'art. 15 della L.287/1990 relativo alle sanzioni che statuisce: «L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario». In attuazione di tale norma, in data 7 dicembre 2006, l'Autorità ha pubblicato un progetto di programma di leniency, sottoponendolo a una consultazione pubblica che si è conclusa l'8 gennaio 2007. Il 15 febbraio 2007 il programma di leniency è stato definitivamente adottato dall'Autorità con la pubblicazione di una Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/1990.

### *2.1.3 Il regime normativo nazionale e comunitario dei programmi di clemenza*

Passando all'esame della disciplina nazionale dei programmi di clemenza, la Comunicazione dell'Agcm statuisce che «l'impresa che intenda beneficiare della non imposizione o della riduzione delle sanzioni debba presentare all'Autorità una domanda, corredata di informazioni significative e documenti rilevanti». In dettaglio, l'impresa che intenda ottenere l'ammissione al programma è tenuta a fornire all'Autorità una descrizione dettagliata ed esaustiva della presunta intesa oggetto di denuncia, indicandone la natura, lo scopo perseguito, le modalità di realizzazione, i soggetti coinvolti, i beni che ne formano oggetto, il mercato coinvolto, la durata e ogni altro elemento utile alla configurazione del cartello anticoncorrenziale, corredando tale descrizione con ogni elemento probatorio del cartello di cui il leniency applicant disponga e con tutte le informazioni e chiarimenti occorrenti per favorire l'accertamento del cartello da parte dell'Autorità<sup>150</sup>.

La Comunicazione prevede la possibilità di ottenere l'autorizzazione alla presentazione delle domande in forma orale, salva la loro registrazione e

---

<sup>150</sup> Cfr. paragrafi 8 e 3 della Comunicazione Agcm sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni.

trascrizione a cura degli uffici e fermo restando l'onere della produzione delle prove documentali. Questa facoltà, riconosciuta anche dalla Comunicazione della Commissione nella versione modificata nel 2006, è funzionale ad evitare, come meglio vedremo in prosieguo, che il timore di esporsi ad azioni risarcitorie possa operare come disincentivo alla collaborazione; infatti dichiarazioni scritte di autodenuncia si prestano più agevolmente a formare oggetto di ordini di esibizione documentale nell'ambito di eventuali procedimenti civili di danno; in questo modo invece il documento che viene inserito nel fascicolo costituisce non già un atto di parte, bensì un documento dell'ufficio e ciò può assumere rilievo in caso di richiesta di accesso al fascicolo da parte di terzi o di ordine di esibizione da parte di un giudice.

È previsto che, su richiesta dell'impresa, l'Autorità rilasci una ricevuta che confermi la data e l'ora di ricezione della domanda di ammissione con il relativo numero d'ordine, nell'ambito di un sistema di prenotazione in cui le domande di trattamento favorevole relative alla medesima intesa vengono valutate dall'Agcm nell'ordine in cui le pervengono, con possibilità di concessione della totale immunità dalla sanzione solo nei confronti dell'impresa *first-comer*<sup>151</sup>.

Tale limitazione nella concessione dell'immunità a chi per primo si offra di collaborare con le autorità risponde ad una duplice finalità: da un lato opera in un'ottica di deterrenza e di accrescimento del grado di sfiducia tra i partecipanti all'intesa; tale previsione aumenta la convenienza per le imprese a presentare tempestivamente l'istanza, al fine di evitare il rischio di arrivare seconde ed incombere in sanzioni, accrescendo in definitiva il livello di instabilità del cartello; in assenza di una siffatta previsione sarebbe infatti conveniente per le imprese partecipanti all'illecito attendere ed attivarsi solo in

---

<sup>151</sup> Cfr. paragrafo 3 della Comunicazione Agcm sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni, per cui «l'Autorità non applica le sanzioni previste all'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, per la violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90 o dell'articolo 101 del TFUE, all'impresa che, per prima, fornisca spontaneamente all'Autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa».

seguito all'eventuale iniziativa di un'altra parte<sup>152</sup>. Dall'altro lato, tale regola evita che si determini un'eccessiva compressione del sistema sanzionatorio, con conseguente riduzione del livello di deterrenza. Infatti, se tutti i partecipanti ad un'intesa avessero potuto aspirare al beneficio dell'immunità dalla sanzione, a prescindere dalla tempestività della collaborazione, sarebbero state indotte a continuare la partecipazione in un'ottica di "wait and see".

Per quanto concerne le imprese che presentano istanza di ammissione successivamente alla prima, l'Autorità ritiene di dover comunque riconoscere dei benefici in termini di riduzione dell'ammontare della sanzione, sul presupposto che una siffatta ulteriore collaborazione da parte di altre imprese coinvolte potrebbe giovare agli accertamenti, garantendo l'emersione di ulteriori profili illeciti della fattispecie o in generale facilitando in qualunque modo l'accertamento del cartello<sup>153</sup>. Tale previsione contribuisce ad incentivare le imprese partecipanti all'intesa alla cooperazione con l'Agcm e quindi alla rimozione della fattispecie anticompetitiva; in assenza di una simile previsione, infatti, le imprese, a fronte del rischio di non qualificarsi come prime nella graduatoria e non ottenere alcun beneficio, sarebbero invece restie ad offrire la propria collaborazione e ad abbandonare l'intesa.

La riduzione della sanzione, in misura di regola non superiore al 50% della sanzione applicabile ai sensi dell'articolo 15 comma 1 della legge n. 287/90,

---

<sup>152</sup> Alcuni studi hanno evidenziato che maggiore è il trattamento favorevole concesso alla prima impresa, più alta sarà la probabilità che il cartello diventi instabile. Cfr. ad esempio J.E. HARRINGTON, *Optimal Corporate Leniency Programmes*, 2008, reperibile online: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington>; negli stessi termini cfr. anche Z. CHEN, P. REY, *Optimal design of leniency mechanism*, 2006.

<sup>153</sup> La Corte di Giustizia, nella sentenza 3 settembre 2009, procedimenti riuniti C-322/07P, C-327/07P e C-338/07 *Papierfabrik August Koehler AGe altri c. Commissione*, stabilisce che la prima impresa collaborante «non deve aver fornito l'insieme degli elementi atti a provare tutti i dettagli del funzionamento dell'intesa, ma che le basta fornire elementi determinanti». Non è richiesto, peraltro, che «gli elementi forniti siano, di per sé, "sufficienti per la redazione di una comunicazione degli addebiti o addirittura per l'adozione di una decisione definitiva che accerta l'esistenza di un'infrazione». In senso analogo si è pronunciata l'Autorità Antitrust italiana nel caso I-722 *Logistica Internazionale*. Da ciò si evince l'importanza della collaborazione di ulteriori imprese.

viene concessa dall’Autorità a favore dei successivi richiedenti nel caso in cui la collaborazione sia in grado di «rafforzare in misura significativa, in ragione della sua 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». La valutazione da parte dell’Agcm circa l’opportunità di concessione del beneficio e circa la misura della riduzione è particolarmente delicata per tre ordini di ragioni.

Anzitutto una troppo vasta concessione del beneficio a tutte le imprese che presentino domanda potrebbe avere ripercussioni negative in termini di deterrenza degli illeciti, vista la prospettiva di un trattamento favorevole a seguito di presentazione tardiva di una domanda in caso di eventuale “tradimento” di un altro partecipante all’intesa. In secondo luogo un’eccessiva riduzione della sanzione potrebbe rendere meno appetibile la proposizione di un’istanza tempestiva di immunità e incentivare piuttosto le imprese ad una strategia di *wait and see*<sup>154</sup>.

E’ infine opportuno che l’Autorità valuti attentamente il materiale probatorio fornito dai successivi richiedenti, il quale potrebbe risultare meno attendibile, in quanto i successivi applicant «may try to obtain such reductions by wrongly incriminating other parties»<sup>155</sup>. È proprio a causa di tali pericoli che il leniency programme statunitense limita il beneficio della clemenza esclusivamente al primo applicant, escludendo riduzioni di pena a favore dei successivi, salvo il caso dell’*amnesty plus* per cui il richiedente che, pur avendo presentato istanza per secondo, abbia fornito elementi probatori tali da rivelare

---

<sup>154</sup> Cfr. C. ELLIS, W. WILSON, *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn’t Kill Us Make Us Stronger*, University of Oregon, 2001, in cui si osserva che tale policy ha l’effetto di diluire i benefici per il primo applicante, di conseguenza, rende meno vantaggioso procedere tempestivamente alla confessione. Cfr. anche PAGNOLO, G., in *Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes*, pag. 27, dove si fa riferimento alla strategia delle imprese partecipanti al cartello che, con la prospettiva di beneficiare comunque di significativi sconti di pena, sarebbero indotti ad adottare una tale strategia di “don’t report first, but be ready to report if somebody else does it”.

<sup>155</sup> Cfr. W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, pag. 41.

l'esistenza anche di un diverso cartello coinvolgente le stesse (o anche altre) imprese, può beneficiare di uno sconto della pena inflitta in ragione all'accordo già da altri rivelato.

Al contrario, nell'ordinamento italiano, come in quello comunitario, è espressamente prevista la possibilità di una riduzione di pena per i dichiaranti successivi al primo<sup>156</sup>. Tuttavia, mentre nella Comunicazione della Commissione è previsto, a livello normativo, un preciso ordine di riduzione della pena in rapporto alla tempestività della collaborazione<sup>157</sup>, il programma di clemenza italiano si limita a prevedere una riduzione "di regola non superiore al 50% della sanzione applicabile" con maggiore discrezionalità in capo all'Agcm nello stabilire la concreta misura della riduzione.

Nella prassi applicativa si può osservare un atteggiamento dell'Agcm particolarmente incentivante, con il riconoscimento di riduzioni per il *secondo arrivato* pari, in media, al 50% e per il *terzo arrivato* pari, in media, al 45%. Questa discrezionalità in capo all'Autorità, se da un lato si presta a una miglior valutazione delle evidenze del caso concreto, può comportare un duplice rischio; da un lato il rischio di un contenzioso tra le imprese e l'Agcm circa la misura della riduzione e dall'altro il pericolo di forme di leniency collusive, volte a massimizzare collettivamente i benefici della collaborazione<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Cfr. paragrafi 4-6 della Comunicazione Agcm sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni e paragrafo 26 della Comunicazione Commissione UE relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese 2006.

<sup>157</sup> Par. 26 della Comunicazione Commissione UE, per cui: « La prima impresa che fornisca elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione del 30-50 %, la seconda impresa che fornisca elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione del 20-30 %, le altre imprese che forniscano elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione fino al massimo del 20%. Al fine di definire il livello della riduzione all'interno di queste forcelle, la Commissione tiene conto della data in cui gli elementi probatori le sono stati comunicati e del grado di valore aggiunto che detti elementi hanno rappresentato». Nell'applicazione pratica della norma, la Commissione Europea ha concesso sconti in media pari rispettivamente al 42,5%, 25,5% e 12,20%.

<sup>158</sup> Cfr. ECN Model Leniency Programme, *Report on assessment of the state of convergence*, par. 32 per cui: «Il programma di clemenza europeo suggerisce di limitare lo sconto entro il 50% della sanzione, sul

Sia il programma comunitario che quello nazionale prevedono inoltre la possibilità di concessione, a favore dei successivi applicant, del beneficio dell'immunità parziale<sup>159</sup>. Secondo tale disposizione, se l'impresa successivamente richiedente è la prima a fornire elementi probatori nuovi e aggiuntivi, idonei a consentire l'accertamento di altri fatti o circostanze rilevanti, questi ultimi non saranno addebitati, in sede di irrogazione dell'eventuale sanzione, all'impresa che ne abbia consentito l'accertamento.

L'Autorità nazionale, in linea con le novità apportate dalla Comunicazione della Commissione del 2006, introduce anche la possibilità di presentare domande di ammissione in forma semplificata con riserva di integrarle successivamente, entro il termine assegnato dall'Autorità, con i relativi elementi probatori, ottenendo frattanto una ricevuta da parte dell'Agcm con funzione di *marker*, attraverso cui la domanda prende data dal giorno della presentazione di quella in forma semplificata.

La funzione di questo istituto è evidente: salvaguardare per un certo periodo di tempo il posto dell'impresa nell'elenco dei candidati al beneficio

---

presupposto che all systems shall ensure that there is a significant difference between immunity and reductions, in order to make applications for immunity significantly more attractive». Negli stessi termini V. MELI *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, pag. 433, per cui uno dei presupposti per il successo dei programmi di clemenza è la previsione di un considerevole scarto tra immunità e massima riduzione.

<sup>159</sup> Cfr. punto 6 della Comunicazione dell'Autorità per cui «in ogni caso, qualora tale materiale probatorio consenta all'Autorità di stabilire fatti nuovi e aggiuntivi che abbiano una rilevanza diretta ai fini del computo della sanzione, anche come circostanze aggravanti, tali fatti non saranno addebitati ai fini della determinazione della sanzione da applicarsi all'impresa che ha fornito questo materiale». Cfr. anche par. 26 della Comunicazione UE del 2006 per cui «se l'impresa che chiede una riduzione dell'ammenda è la prima a presentare elementi probatori concludenti ai termini del punto 25, che serviranno alla Commissione per accertare altri fatti tali da accrescere la gravità o la durata dell'infrazione, la Commissione non terrà conto di questi elementi nel determinare l'importo di eventuali ammende da infliggere all'impresa che li ha forniti».

dell'immunità, nei casi in cui l'impresa voglia presentare la domanda con la massima tempestività ma non sia ancora in grado, per qualsiasi motivo, di disporre di adeguati ed esaurienti elementi probatori. Per poter ottenere il *marker*, il richiedente deve fornire, oltre ai propri dati identificativi, anche alcune informazioni relative all'intesa denunciata, in particolare deve indicarne almeno natura, durata, oggetto e ambito territoriale (secondo la Comunicazione della Commissione devono essere sin da subito indicati anche i presunti partecipanti) nonché devono essere fornite informazioni circa l'avvenuta o l'auspicata futura presentazione, in relazione al presunto cartello, di domande di trattamento favorevole ad altre autorità di concorrenza.

A differenza di quanto previsto nell'ordinamento americano, il rilascio del *marker* da parte dell'Agcm (e della Commissione) deve formare oggetto di una richiesta motivata e la sua concessione non è automatica ma discende da una valutazione discrezionale dell'Autorità, che "può" rilasciare il numero d'ordine, ma non è tenuta a farlo. Se esso è stato concesso e la domanda viene perfezionata entro i termini indicati essa si considera pervenuta alla data del deposito della domanda semplificata mentre, se alla scadenza di detto termine non sono stati forniti sufficienti elementi probatori, la domanda potrà al più essere valutata ai fini di una mera riduzione della sanzione applicabile.

Un punto controverso relativo alla presentazione di domande di ammissione alla clemenza è quello concernente la possibilità di presentare domanda di ammissione a seguito dell'avvenuto avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità o della Commissione (le c.d. domande di tipo *IB*). È evidente che il contributo offerto dall'impresa collaborante sia nettamente superiore nei casi in cui la domanda con il relativo supporto probatorio intervenga in assenza e antecedentemente all'avvio di un'istruttoria da parte dell'Autorità (domande di tipo *IA*); in una fase cioè in cui essa non disponga ancora di elementi tali da giustificare l'avvio di un'indagine.

Una collaborazione offerta in tale sede consentirà alle autorità di acquisire un impianto probatorio che permetta di avviare un'istruttoria ed addivenire all'accertamento dell'illecito.

L'immunità dalla sanzione sarà concessa esclusivamente alle imprese che presentino domanda di trattamento favorevole in una fase in cui l'Autorità non disponga ancora di informazioni o evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione.

Di conseguenza, dato che normalmente l'Agcm avvia l'istruttoria *a colpo sicuro* sulla base del materiale acquisito nella fase pre-istruttoria, più difficilmente sarà configurabile la possibilità di concessione dell'immunità al leniency applicant che abbia offerto collaborazione a seguito dell'avvio delle indagini<sup>160</sup>. Questa incertezza circa la possibilità di ottenere il trattamento favorevole dovrebbe indurre le imprese ad una collaborazione tempestiva, anteriore all'apertura dell'istruttoria.

Tuttavia, le Comunicazioni dell'Agcm e della Commissione, nonché il leniency programme statunitense nella versione del 1993, prevedono espressamente la concessione di un beneficio anche a favore delle imprese che offrano la loro collaborazione a seguito dell'avvio dell'istruttoria. In particolare, può essere concessa l'immunità nei casi in cui la collaborazione, seppur tardiva, abbia consentito l'emersione di elementi decisivi per le indagini, come accade

---

<sup>160</sup> Si può comunque osservare che non sono mancati casi in cui la Commissione e l'Agcm hanno concesso l'immunità totale a imprese che hanno collaborato solo a seguito dell'apertura dell'istruttoria. Ad esempio, nel caso I-700, *Prezzo del GPL per Riscaldamento Regione Sardegna*, il leniency applicant ha presentato l'istanza dopo che l'Autorità aveva avviato un'istruttoria su un'intesa di carattere regionale, a seguito di una denuncia esterna al cartello. Il richiedente offriva elementi da cui emergeva che il cartello avesse una più ampia estensione geografica (nazionale); da ciò un ampliamento dell'istruttoria (provvedimento n. 19442, del 22 gennaio 2009). È evidente che in questo caso la collaborazione, seppure sia stata successiva all'avvio dell'istruttoria, ha consentito l'accertamento di un illecito di più ampia portata in relazione ai quali elementi aggiuntivi l'Autorità non disponeva di adeguato materiale probatorio.

nei casi in cui l'autorità disponga soltanto di indizi tali da consentire l'avvio dell'istruttoria ma non tali da addivenire ad una pronuncia di condanna.

Altrimenti, il leniency applicant tardivo può aspirare, seppure non all'immunità, ad una riduzione della sanzione applicabile, qualora abbia fornito «elementi probatori della presunta infrazione che costituiscano un valore aggiunto significativo rispetto agli elementi probatori già in possesso della Commissione o dell'Agcm, rafforzando in misura notevole, in ragione della loro natura o del livello di dettaglio l'impianto probatorio già acquisito dall'autorità, contribuendo in misura apprezzabile alla possibilità di fornire la prova dell'infrazione»<sup>161</sup>.

D'altronde, ammettere l'applicazione di programmi di clemenza anche dopo l'avvio dell'istruttoria potrebbe consentire all'Autorità di *giocare d'anticipo*; l'Autorità potrebbe cioè aprire l'istruttoria anche nei casi in cui l'impianto probatorio disponibile sia non troppo solido e scommettendo sul fatto che la fiducia interna al cartello si incrina e si scateni la corsa alla denuncia, proprio perché sulle imprese inquisite pesa l'incertezza in ordine a quali prove disponga già in concreto l'Autorità. L'impresa che ritenga probabile l'irrogazione di una sanzione avrà un incentivo più forte a presentarsi per prima innanzi all'Autorità, fornendole prove decisive delle quali quest'ultima non era in possesso<sup>162</sup>.

Una volta presentata la domanda di ammissione al programma di clemenza, si apre la fase di valutazione della stessa da parte dell'autorità al fine di accertare la sussistenza delle condizioni per la non imposizione o per la riduzione delle sanzioni.

Ai fini della concessione dell'immunità dalle ammende, l'Agcm deve valutare la rilevanza probatoria del materiale e delle prove documentali fornite

---

<sup>161</sup> Par 24 Comunicazione Commissione UE e par 4 Comunicazione Agcm. Cfr, ex multis, decisione Commissione UE del 19 settembre 2007, Caso COMP/E-1/39.168 – PO/Hard Haberdashery in cui il leniency applicant fa la denuncia dopo la comunicazione degli addebiti da parte della Commissione ottenendo comunque una riduzione della pena nella misura del 30%.

<sup>162</sup> Cfr. M.CLARICH *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, paragrafo 5, in *Diritto Amministrativo* vol.2 pagg.265-291.

dal richiedente, verificando che esse siano “decisive per l’accertamento dell’infrazione, eventualmente attraverso un’ispezione mirata” e che l’Autorità non disponga già di informazioni o evidenze sufficienti a provare l’esistenza dell’infrazione.

Occorre inoltre che il leniency applicant rispetti una serie di obblighi comportamentali<sup>163</sup>; anzitutto l’impresa deve impegnarsi a cessare immediatamente la propria partecipazione al cartello, salvo che l’Agcm non ne abbia espressamente autorizzato la continuazione ai fini del buon esito delle indagini. In secondo luogo, deve cooperare con l’Autorità, in modo completo e continuativo, fornendo tempestivamente tutte le informazioni e i materiali rilevanti di cui sia in possesso; deve astenersi dal distruggere, alterare o celare informazioni e documenti rilevanti e deve mantenere la segretezza circa la presentazione (o l’intenzione di presentare) la domanda di trattamento favorevole, salvo diversa autorizzazione dell’Agcm.

Come già rilevato, nel caso in cui non sussistessero i requisiti per ottenere l’immunità, l’impresa può comunque beneficiare della riduzione della sanzione, fornendo materiale probatorio che rafforzi in misura significativa l’impianto probatorio di cui l’Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla sua capacità di fornire la prova dell’infrazione. La misura della riduzione, pur non essendo predeterminata come a livello comunitario, dipenderà in relazione alla tempestività della collaborazione e della rilevanza del materiale fornito.

Il provvedimento con cui l’Autorità decide in merito alla domanda di trattamento favorevole è un provvedimento amministrativo, in quanto tale soggetto al sindacato del giudice amministrativo, cioè del TAR Lazio in primo grado e del Consiglio di Stato in secondo grado.

Tuttavia, visto che le comunicazioni con cui l’Autorità informa l’impresa istante circa l’ammissione o l’esclusione dai benefici rivestono natura

---

<sup>163</sup> Cfr. par 7 Comunicazione Agcm.

endoprocedimentale, esse non sono immediatamente e autonomamente impugnabili, bensì lo sono soltanto al termine del procedimento istruttorio congiuntamente al provvedimento finale. Ad avviso del giudice amministrativo, «quelli adottati prima della decisione finale costituiscono atti con i quali viene resa edotta l'impresa circa la sussistenza o meno delle condizioni per la concessione dei benefici di cui al programma di clemenza e che, intervenendo nella fase anteriore alla finale determinazione dell'Autorità, danno la rappresentazione della regolazione delle posizioni delle parti nella fase pre-istruttoria e istruttoria, posizioni che sono suscettibili di modifica in relazione al concreto comportamento tenuto dai collaboratori ed all'andamento dell'indagine (...) e quindi destinate ad essere riesaminate, con possibili esiti difformi rispetto alle iniziali determinazioni, cosicché alle stesse deve annettersi inevitabilmente carattere provvisorio e rilevanza interinale, cristallizzandosi le posizioni delle imprese unicamente con l'adozione della determinazione conclusiva del procedimento, dalla quale discende la definitiva portata lesiva della posizione delle imprese»<sup>164</sup>.

Altro punto controverso in relazione al regime impugnatorio dei provvedimenti dell'Autorità di concessione della clemenza riguarda l'interesse

---

<sup>164</sup> Cfr. ricorso 7577/2011 promosso innanzi al TAR Lazio da DHL Global Forwarding Italy Spa e DHL Express Italy Srl avverso il provvedimento 15 giugno 2011, n. 22521, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, procedimento I-722 *Logistica internazionale*; provvedimento che accertava l'esistenza di un cartello tra i principali operatori sul mercato delle spedizioni internazionali, operante dal marzo 2002 all'autunno 2007, con l'obiettivo e l'effetto di determinare un incremento dei prezzi. Con tale provvedimento conclusivo l'Agcm irrogava alle 19 imprese coinvolte ammende di ammontare complessivo pari a 76,5 milioni di euro e concedeva l'immunità totale dalla sanzione alla società Schenker Italiana Spa. in qualità di prima classificata nella graduatoria di priorità dell'offerta di collaborazione; alla seconda classificata Agility Logistics International BV veniva concessa la parziale immunità limitatamente alla sanzione relativa all'illecito perpetrato in un determinato arco temporale e la riduzione della pena applicabile nella misura del 50%; a DHL terza classificata la riduzione del 49% e alla quarta classificata SITTAM la riduzione del 10%. Complessivamente, le imprese che hanno collaborato con l'Autorità hanno risparmiato circa 40 milioni di € in termini di mancata ammenda.

all'impugnazione da parte delle altre imprese partecipanti al cartello denunciato dal leniency applicant. È da ritenersi pacifico il riconoscimento di tale interesse in capo alle altre imprese parti dell'intesa richiedenti il trattamento favorevole, per questioni inerenti all'ordine di priorità nella graduatoria di tempestività dell'offerta di collaborazione<sup>165</sup>.

Si ritiene pertanto che un'impresa possa eccepire la mancata sussistenza delle condizioni richieste per la concessione dell'immunità, al fine di collocarsi in una posizione più vantaggiosa nella graduatoria di priorità dell'offerta di collaborazione. Al contrario, il giudice amministrativo ritiene che le imprese partecipanti al cartello, non aventi richiesto il trattamento favorevole, non abbiano alcun interesse attuale alla proposizione del ricorso avverso il provvedimento di concessione del beneficio della immunità o della riduzione della sanzione, posto che non sussisterebbe alcun nesso eziologico tra l'ammissione (di un'impresa) alla misura premiale e la quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata alle imprese responsabili dell'illecito<sup>166</sup>.

#### *2.1.4 Uno sguardo ad alcune esperienze applicative*

A livello comunitario, una delle più importanti applicazioni del programma di clemenza ad illeciti concorrenziali è rappresentata dal caso Vitamine. Con provvedimento del novembre 2001<sup>167</sup>, conclusivo di un'indagine avviata dalla Commissione Europea nel 1999, è stato appurato che 13 imprese europee e non hanno preso parte a cartelli volti ad eliminare la concorrenza in 12 diversi mercati di vitamine, attraverso la fissazione dei prezzi dei prodotti vitaminici e

---

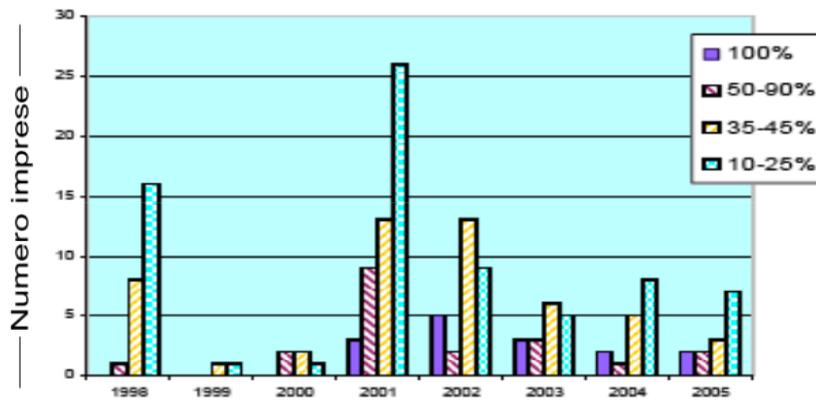
<sup>165</sup> Nel citato ricorso al Tar, DHL impugna il provvedimento dell'Agcm contestando il posizionamento al terzo posto nella graduatoria di priorità e la conseguente mancata concessione della totale immunità dalla sanzione. A loro volta, le prime due classificate presentano ricorso incidentale per contestare l'infondatezza del ricorso principale al fine di salvaguardare il loro posizionamento in graduatoria.

<sup>166</sup> Cfr. TAR Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*.

<sup>167</sup> Cfr. Commissione UE, 21 novembre 2001, IP01/1625, caso COMP/E-1/37, *Vitamins*.

l'assegnazione di quote di vendita, determinando significativi aumenti di prezzo di tali prodotti con grave danno per i consumatori<sup>168</sup>.

A seguito dell'accertamento dell'illecito, la Commissione ha irrogato ad otto delle imprese partecipanti ai cartelli ammende complessivamente pari a 855.22 milioni di euro<sup>169</sup>. Questo caso ha rappresentato la prima occasione in cui la Commissione ha concesso ad un beneficiario del trattamento favorevole la totale immunità dalla sanzione, inaugurando così una nuova linea di tendenza volta al superamento del precedente atteggiamento che aveva visto la Commissione, dal 1996 (anno di introduzione del programma di clemenza comunitario) fino al 2000, limitarsi a concedere soltanto riduzioni di pena e mai la totale immunità.



170

Nel caso in analisi, la Commissione, col provvedimento conclusivo del relativo procedimento, ha concesso la totale immunità dalla sanzione alla società Aventis con riguardo ai cartelli aventi ad oggetto le vitamine A ed E, per aver

<sup>168</sup> Il Commissario Mario Monti ha dichiarato che «si tratta della serie di cartelli più dannosi a causa della gamma di vitamine coinvolte, che sono presenti in moltissimi prodotti, molti dei quali peraltro necessari per il sostentamento e la normale crescita degli esseri viventi, dai biscotti alle bibite, al cibo per animali ai cosmetici fino ai prodotti farmaceutici. Tale comportamento collusivo ha comportato un anomalo aumento di prezzi, danneggiando i consumatori e comportando per le imprese indebiti profitti».

<sup>169</sup> Alle altre 5 imprese coinvolte (quattro giapponesi e una tedesca) non sono state irrogate ammende, per aver partecipato soltanto a cartelli aventi ad oggetto le vitamine H, B1, B5 e Acido Folico, cessati di esistere prima dell'avvio delle indagini e caduti in prescrizione.

<sup>170</sup> Grafico reperibile online: [www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/1776-152bis-clemenza-contributi-programma-di-clemenza.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/1776-152bis-clemenza-contributi-programma-di-clemenza.html).

offerto tempestivamente, cioè prima delle altre società e prima dell'avvio delle indagini da parte della Commissione, le informazioni e le prove decisive per l'accertamento dei cartelli internazionali; è stata invece assoggettata ad ammenda con riferimento al cartello della vitamina D3 relativamente al quale, nonostante la sua partecipazione allo stesso, non ha fornito alcun materiale probatorio. Alle alte imprese partecipanti ai cartelli sono state invece concesse riduzioni delle sanzioni applicabili, in virtù della collaborazione, seppur tardiva, prestata alla Commissione dopo l'avvio delle indagini e avente avuto una rilevanza decisiva per l'accertamento di significativi aspetti illeciti dell'intesa<sup>171</sup>.

A livello nazionale, uno dei principali procedimenti antitrust che hanno visto l'applicazione del programma di clemenza è il caso Prezzo del GPL per riscaldamento della Regione Sardegna<sup>172</sup>. Nell'aprile 2008, a seguito di segnalazioni da parte dei consumatori che denunciavano un anomalo aumento dei prezzi del GPL in bombola per uso domestico nell'ambito della regione Sardegna, l'Autorità avviava istruttoria volta ad accertare un comportamento collusivo tra i principali operatori del mercato in sede di fissazione dei prezzi di vendita e di altre condizioni contrattuali applicate ai rivenditori. A seguito dell'avvio delle indagini, in data 31 ottobre 2008, la società Eni Spa, assoggettata ad istruttoria insieme ad altre sei imprese del settore, presentava domanda di ammissione al trattamento favorevole, offrendo all'Agcm informazioni ed elementi probatori relativi all'esistenza di un'intesa tra Eni Spa, Butangas Spa e Liquigas Spa avente una portata più ampia rispetto a quanto risultante dal materiale acquisito dall'autorità in sede pre-istruttoria; in particolare Eni denunciava l'esistenza di un'intesa tra essa e le altre due società operante dal 1995 al 2005 volta alla determinazione congiunta dei listini del prezzo al pubblico del GPL in bombole e in piccoli serbatoi su tutto il territorio nazionale, consentendo così all'Agcm di estendere l'istruttoria ad un oggetto e ad un ambito

---

<sup>171</sup> A Hoffmann-La Roche e BASF è stato concesso uno sconto del 50%; a Daiichi, Solvay e Takeda del 35%; a Eisai del 30%; a Merck del 15%.

<sup>172</sup> Agcm, procedimento I-700, concluso con provvedimento n. 20931 del 24 marzo 2010.

territoriale più esteso. Il 24 marzo 2010, l'Autorità concludeva il procedimento confermando quanto denunciato dalla società collaborante, confermando che gli amministratori delle tre società si incontravano in maniera regolare e ricorrente per deliberare il coordinamento delle condotte e deliberando che le società Butangas, Liquigas e Eni hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza determinando congiuntamente, dal 1995 al 2005, le variazioni dei listini dei prezzi al pubblico del GPL in bombole e in piccoli serbatoi su tutto il territorio nazionale, con effetti negativi sui consumatori finali. Ad Eni, che ha collaborato con l'Autorità denunciando il cartello segreto, è stato riconosciuto il trattamento favorevole con la non imposizione delle sanzioni. Alle altre due società coinvolte, Butangas e Liquigas, sono state invece comminate, alla luce della gravità e della durata dell'intesa, multe pari rispettivamente a 4,8 milioni di euro e 17 milioni euro.

Altro caso celebre in cui l'Agcm ha concesso il trattamento favorevole è il caso Cosmetici<sup>173</sup>. In questo caso, l'Autorità ha avviato le indagini a seguito della denuncia da parte di una delle imprese partecipanti al cartello, la Henkel Italia Spa, che portava all'attenzione dell'Agcm l'esistenza di una concertazione tra i principali operatori del settore della cura e dell'igiene personale. Il leniency applicant ha portato a conoscenza dell'Autorità l'esistenza di ripetuti e costanti scambi di informazioni tra 16 società di produzione di cosmetici, protrattisi dal 2000 al 2007, attraverso riunioni presso l'associazione di categoria Centromarca, finalizzati all'allineamento dell'aumento dei prezzi di listino. Confermando quanto denunciato da Henkel, l'Agcm, nel dicembre 2010, conclude le indagini con l'accertamento dell'intesa anticompetitiva e con l'irrogazione alle 16 aziende di ammende complessivamente pari a 81 milioni di euro. Alla società Henkel, per la tempestiva e pervasiva collaborazione, è stata concessa la piena esenzione dalla sanzione mentre ad altre due società coinvolte, Colgate-Palmolive e Procter&Gamble è stata concessa la riduzione della sanzione applicabile nella

---

<sup>173</sup> Agcm, procedimento I-701, concluso con provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010.

misura rispettivamente del 50% e del 40%, in ragione della loro collaborazione all'accertamento dell'intesa dopo l'autodenuncia di Henkel, fornendo autonomi e rilevanti elementi di prova.

#### 2.1.5 *La funzione repressiva dei programmi di clemenza: l'accertamento*

I programmi di clemenza sono sistemi premiali aventi una funzione fondamentale nella lotta ai cartelli segreti.

Essi hanno, in particolare, una duplice funzione: da un lato si tratta di strumenti di accertamento *ex post* di cartelli anticoncorrenziali, costituenti un fondamentale ausilio per l'autorità antitrust nella scoperta delle infrazioni concorrenziali in atto; dall'altro lato si tratta al contempo di strumenti destabilizzanti che, minando la fiducia reciproca tra coloro che vi partecipano, esplicano una significativa funzione deterrente, disincentivando la costituzione e/o la continuazione delle fattispecie illecite anticoncorrenziali.

Quanto alla prima, è evidente che tale strumento, con il suo contenuto premiale, incentiva le imprese parti di un cartello alla denuncia e quindi alla collaborazione con l'autorità, fornendole così materiale e informazioni probatorie fondamentali ai fini dell'attività istruttoria e del successivo accertamento del cartello.

Tale collaborazione è di evidente rilevanza se si considera che i programmi di clemenza sono volti all'accertamento di cartelli aventi carattere di segretezza, che difficilmente cioè potrebbero venire scoperti in assenza di informazioni *ab interno*. In virtù di tale carattere di segretezza, connaturato nell'esistenza e nello scopo dei cartelli stessi, diviene per l'autorità estremamente difficile rinvenire le prove necessarie al loro accertamento e, anche qualora essa riesca ad acquisire elementi di prova per l'avvio dell'istruttoria, difficilmente riuscirà ad acquisire adeguato materiale probatorio in merito all'effettiva estensione geografica dell'intesa e alla precisa identificazione dell'oggetto e di tutti i membri della stessa, con la conseguenza che difficilmente il procedimento istruttorio si

concluderà positivamente con l'accertamento dell'illecito e la conseguente irrogazione della sanzione.

In questo senso dunque prevedere degli incentivi premiali a favore delle imprese che offrono un ausilio all'autorità preposta all'accertamento garantisce, in un'ottica di *ravvedimento operoso*, una maggiore probabilità di scoprire e sanzionare le intese antitrust, con effetti positivi per il public enforcement del diritto antitrust. Si capisce dunque come i programmi di clemenza si inquadrino oggi tra gli strumenti istruttori più importanti a disposizione dell'autorità, accanto a quelli più tipici ed ordinari delle segnalazioni, richieste ad altre autorità, ispezioni e ricerche di mercato.

In conclusione, si può affermare che la *ratio* primaria dei leniency programmes sia quella di favorire la scoperta e la repressione delle condotte restrittive della concorrenza, inquadrandosi perfettamente in quello che è l'obiettivo perseguito dal public enforcement.

In relazione a ciò, si spiega la previsione, di cui alla Comunicazione sia dell'Agcm che della Commissione Europea, del requisito della rilevanza probatoria del materiale fornito dal leniency applicant ai fini della concessione del beneficio della esenzione o riduzione dell'ammenda; infatti solo qualora l'autorità ritenga rilevante l'apporto probatorio fornito dall'istante il trattamento favorevole, potrà concedere il beneficio, per avere il partecipante all'intesa, con la autodenuncia, favorito l'attività dell'autorità stessa.

Per ciò che concerne la valutazione del materiale probatorio fornito dal leniency applicant ai fini della concessione del trattamento favorevole, la Comunicazione della Commissione Europea consente la concessione del beneficio della esenzione solo laddove il materiale fornito consenta alla Commissione di effettuare un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello ovvero di constatare una violazione della normativa antitrust<sup>174</sup>. Per l'esenzione da sanzione sono quindi previste due diverse soglie di rilevanza probatoria delle

---

<sup>174</sup> Cfr. punto 8 lettere a) e b) della Comunicazione (CE) sulla immunità dalle ammende.

informazioni offerte. Quella più alta (8b) prevede l'immunità a fronte dell'offerta tempestiva di materiale sufficiente a consentire la constatazione di un'infrazione antitrust; l'impresa è quindi gravata da un onere particolarmente difficoltoso, essendo tenuta a fornire una dichiarazione ufficiale contenente elementi probatori, contemporanei ed incriminanti, relativi al presunto cartello, indicando informazioni ed elementi specifici e dettagliati che consentano alla Commissione di accertare, senza ulteriori attività istruttorie, l'esistenza dell'illecito.

L'esenzione può comunque essere concessa anche qualora le informazioni offerte presentino una soglia di rilevanza probatoria inferiore e cioè quando il materiale offerto sia semplicemente idoneo a consentire una *targeted inspection* (8a), e ciò si ritiene accada quando tale materiale consenta alla Commissione di venire in possesso di informazioni sufficienti per avviare un'istruttoria; si pensi ad esempio ad indicazioni relative allo specifico ufficio presso il quale potrebbe essere trovato materiale rilevante ai fini dell'accertamento dell'intesa. Per evitare facili elusioni del requisito di rilevanza probatoria con la conseguente eccessiva facilità a conseguire il beneficio, la Comunicazione del 2006 ha indicato puntualmente gli elementi che il leniency è tenuto a fornire affinché il requisito dell'idoneità a consentire l'ispezione mirata si possa considerare soddisfatto; il richiedente deve presentare, in forma scritta o orale, un *corporate statement* che descriva dettagliatamente e puntualmente il presunto cartello denunciato (tra cui oggetto, estensione geografica, parti, scopo, modalità di funzionamento e durata) e tutte le spiegazioni inerenti agli elementi probatori forniti a supporto della domanda di cui l'impresa disponga al momento della presentazione della domanda o che rientrino nella sua sfera di disponibilità. L'idoneità delle informazioni e degli elementi probatori forniti dall'impresa a consentire alla Commissione di effettuare un'ispezione mirata viene valutata *ex ante*, esclusivamente sulla base della natura e della qualità delle informazioni comunicate dal richiedente, non rilevando dunque, ai fini della concessione del beneficio dell'immunità, se l'ispezione sia stata poi portata a termine e con quale esito.

In termini analoghi, in merito alla non imposizione delle sanzioni, la Comunicazione dell'Agcm richiede che «le informazioni e le evidenze fornite siano decisive per l'accertamento dell'infrazione, eventualmente attraverso un'ispezione mirata». È evidente che le autorità dispongono di un elevato grado di discrezionalità nel valutare la decisività del contributo probatorio, in relazione alla natura, alla qualità e al livello di dettaglio dello stesso.

Per ciò che concerne il beneficio della riduzione delle sanzioni invece è sufficiente che il leniency applicant abbia fornito elementi probatori circa la presunta infrazione che abbiano un valore aggiunto significativo rispetto a quelli già in possesso della Commissione e che cioè rafforzino, vista la loro stessa natura e il loro grado di precisione, la capacità della Commissione di provare l'esistenza del presunto cartello. In termini equivalenti, l'Agcm richiede che «il materiale offerto rafforzi in misura significativa l'impianto probatorio di cui l'Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione». È chiaro quindi che tanto maggiore sarà tale valore aggiunto, tanto maggiore sarà l'entità della riduzione concessa, con la conseguenza che agli elementi probatori idonei di per sé a costituire prova concludente (*compelling evidence*) sarà accordato un maggior valore probatorio.

È evidente peraltro che il programma di clemenza, oltre a favorire l'emersione in sé delle intese anticoncorrenziali, contribuisce ad un migliore e più efficiente funzionamento dell'autorità, consentendole di pervenire più agevolmente e rapidamente alla conclusione dell'istruttoria con significativo risparmio di tempo e risorse da destinare ad altre attività investigative.

#### *2.1.6 La funzione preventiva dei programmi di clemenza: la deterrenza*

I programmi di clemenza, oltre ad agevolare l'accertamento degli illeciti concorrenziali, rendendo più probabile e più rapida l'emersione di cartelli segreti da parte dell'autorità che si avvalga della cooperazione delle imprese coinvolte nell'infrazione, svolgono peraltro un'importantissima funzione di deterrenza,

disincentivando le imprese dal prendere parte alle intese anticoncorrenziali o comunque incentivandole ad una tempestiva collaborazione e quindi ad una deviazione dal cartello.

In particolare, la consapevolezza che altri partecipanti all'intesa possano accedere al trattamento favorevole, denunciando e portando a conoscenza dell'autorità l'esistenza del cartello, genera un clima di diffidenza reciproca tra le imprese parti dell'accordo collusivo, contribuendo a "gettare semi di sfiducia" tra i partecipanti<sup>175</sup>, portati a temere a maggior ragione il rischio di tradimento da parte degli altri e inducendoli quindi a "tradire prima che altri lo facciano".

Il principio del "first to come", che accorda la piena immunità dalla sanzione esclusivamente al primo denunciante, sicuramente contribuisce ad agevolare tale meccanismo di deterrenza sotto un duplice punto di vista; da un lato, come si è già avuto modo di sottolineare, costituendo un incentivo alla tempestiva cooperazione con l'autorità per il conseguimento della piena esenzione dalla pena; dall'altro lato, amplificando il timore di un tradimento da parte delle altre imprese colluse che appunto sarebbero maggiormente propense al tradimento in virtù di tali significativi benefici e quindi in conclusione contribuendo a destabilizzare l'apparato collusivo alla base del cartello.

I programmi di clemenza dunque rappresentano un mezzo particolarmente efficace di destabilizzazione dei cartelli, incrementando il livello di sfiducia e diffidenza tra le parti dell'intesa. Ciò contribuirebbe a ridurre la propensione delle imprese ad aderire a siffatti accordi collusivi aventi carattere di segretezza e nell'ambito dei quali la lealtà e la fiducia reciproche giocano un ruolo di primo piano ai fini della loro instaurazione e del loro mantenimento. A minare tale fiducia reciproca, il contenuto premiale particolarmente appetibile caratterizzante i programmi di clemenza ed incentivante le imprese alla cooperazione e quindi al tradimento ed alla destabilizzazione dell'intesa, in un circolo virtuoso.

---

<sup>175</sup> Marcello Clarich parla a proposito di "sow seeds of distrust".

Tale carattere premiale dei benefici concessi al leniency applicant infatti, da un lato, spinge le imprese alla collaborazione e quindi all'accertamento e alla conseguente cessazione dell'illecito, dall'altro lato porta le imprese ad avere un ridotto livello di fiducia verso gli altri operatori del mercato e quindi ad essere restie rispetto alla conclusione di accordi collusivi; il tutto con effetti positivi per l'enforcement del diritto antitrust, con la conseguenza che i leniency programmes sono percepiti come uno strumento di public enforcement particolarmente importante, tale da rafforzare l'effetto deterrente già garantito dalle sanzioni amministrative e dalle azioni civili risarcitorie.

#### 2.1.6.1 I rapporti di fiducia tra le parti del cartello e il dilemma del prigioniero

Richiamando l'analisi svolta da Clarich<sup>176</sup> in merito ai legami fiduciari intercorrenti tra le parti di un cartello, si può spiegare la portata destabilizzante dei programmi di clemenza rispetto ai cartelli segreti attraverso il richiamo alla teoria dei giochi e in particolare al dilemma del prigioniero.

Clarich evidenzia che alla base di un'intesa illecita (*pactum sceleris*) deve necessariamente esistere fiducia, lealtà e cooperazione reciproca tra le parti.

Nel tipico esempio di un cartello di prezzi, esse si impegnano infatti a rispettare in modo uniforme e costante i vincoli concordati in sede collusiva, applicando quindi il livello di prezzo e le altre condizioni contrattuali prestabilite.

Le imprese si trovano quindi di fronte ad un'alternativa: mantenere fede agli impegni assunti, confidando nel fatto che anche gli altri lo facciano, perseguendo quindi la massimizzazione del profitto nel lungo periodo oppure defezionare occultamente dal cartello e praticare prezzi più bassi del livello concordato per accaparrarsi quote di mercato aggiuntive e quindi massimizzare l'utile individuale nel breve periodo.

In un contesto, quale quello caratterizzante le intese, in cui nessun partecipante ha piena consapevolezza dei comportamenti altrui, e le cui decisioni

---

<sup>176</sup> M. CLARICH, 2007, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto Amministrativo* Vol. 2, pagg. 265-291.

sono dunque riconducibili alla teoria dei giochi e in particolare allo schema del *dilemma del prigioniero*, si può osservare come la strategia dominante sia lo “scartellamento” cioè la deviazione dall’intesa.

Infatti, ipotizzando un cartello tra due imprese volto al contingentamento dei livelli di produzione per derivarne un aumento dei prezzi, se entrambe le parti cooperassero, rispettando l’accordo, ciascuna avrebbe un profitto elevato; se nessuna delle imprese rispettasse i termini dell’intesa, producendo ad un livello di produzione superiore a quanto concordato, entrambe avrebbero un profitto basso; se invece un’impresa riuscisse a defezionare dal cartello ad insaputa dell’altra la quale continuerebbe invece a rispettare i vincoli cartellistici, allora la prima avrebbe guadagni nettamente superiori con grave danno in capo alla seconda. Ne consegue che ciascuna impresa è portata alla defezione in quanto da un lato i guadagni ad essa connessi sono decisamente elevati e dall’altro i rischi dell’altrui scartellamento sono assai ingenti.

		Marco	
		40 litri	30 litri
Matilde	40 litri	Entrambi guadagnano 1600 euro	Marco guadagna 1500 Euro Matilde guadagna 2000 euro
	30 litri	Marco guadagna 2000 Euro Matilde guadagna 1500 euro	Entrambi guadagnano 1800 euro

Dai dati riportati nel grafico, si può derivare che la strategia dominante dell’impresa *Matilde* sarà il defezionamento; se infatti riuscisse a deviare l’intesa, eludendo il monitoraggio di controparte, riuscirebbe ad acquisire maggiori quote di mercato e quindi a conseguire maggiori profitti; se invece continuasse a rispettare i termini dell’accordo sarebbe esposta al grave rischio di un defezionamento dell’impresa *Marco* con sottrazione delle proprie quote di mercato e quindi di utile. La strategia dominante dunque non risulta coincidere

con la soluzione ottima possibile, rappresentante l'equilibrio di Nash, la quale si raggiungerebbe nel caso in cui entrambe le parti rispettassero, senza defezioni, i termini del cartello.

Tuttavia è possibile che la strategia dominante si avvicini a quella ottima di equilibrio con una tendenza alla stabilizzazione del cartello nel caso di legami di lunga durata, in cui il "gioco" si ripete per un elevato numero di volte con accrescimento del livello di fiducia tra le imprese. Inoltre la stabilizzazione del cartello potrebbe essere favorita dall'esistenza di un adeguato sistema di monitoraggio endogeno che consenta alle imprese partecipanti all'intesa di individuare agevolmente e quindi reagire prontamente ad eventuali defezioni altrui.

A questo primo grave fattore di sfiducia connaturato nell'esistenza stessa di un'intesa tra una pluralità di partecipanti, si aggiunge quello determinato dal timore dell'altrui adesione al programma di clemenza. L'adesione di un membro dell'intesa al trattamento favorevole comporterebbe, infatti, da un lato, il più agevole accertamento del cartello da parte dell'autorità e quindi la più probabile irrogazione delle ammende e, dall'altro lato, la perdita del beneficio dell'immunità dalla sanzione, spettante soltanto al primo arrivato.

Ciascun membro del cartello si trova dunque di fronte ad un secondo dilemma: restare leali nei confronti degli altri aderenti al cartello allo scopo di beneficiare dei vantaggi di lungo periodo ad esso connessi, confidando che gli altri membri facciano altrettanto, oppure autodenunciare alle autorità competenti la propria adesione cartello (*confessing*) guadagnando in cambio l'immunità dall'ammenda.

La scelta in questione può ancora una volta essere analizzata con la bimatrice del dilemma del prigioniero<sup>177</sup>. Quest'ultimo può essere così enunciato: "Due sospettati, A e B, sono arrestati dalla polizia. La polizia non ha prove

---

<sup>177</sup> Il Dilemma del Prigioniero costituisce uno dei teoremi più importanti della teoria dei giochi, formulato nel 1950 da Merrill Flood e Melvin Dresher e successivamente formalizzato da Albert W. Tucker, tramite la matrice dei payoff (Poundstone, 1992).

sufficienti per trovare il colpevole e, dopo aver rinchiuso i due prigionieri in due celle diverse, interroga entrambi offrendo loro le seguenti prospettive: se uno confessa (C) e l'altro non confessa (NC) chi non ha confessato sconterà 10 anni di detenzione mentre l'altro sarà libero; se entrambi non confesseranno, allora la polizia li condannerà ad un solo anno di carcere; se, invece, confesseranno entrambi la pena da scontare sarà pari a 5 anni di carcere. Ogni prigioniero può riflettere sulla strategia da scegliere tra, appunto, confessare o non confessare. In ogni caso, nessuno dei due prigionieri potrà conoscere la scelta fatta dall'altro prigioniero".

		B	
		Confessa	Non Confessa
A	Confessa	5	10
	Non Confessa	10	0
B	Confessa	0	1
	Non Confessa	10	1

Dai dati indicati in matrice, è evidente che la soluzione ottima di equilibrio è data da NC-NC che consentirebbe per entrambe le parti la minimizzazione della sanzione applicabile. Tuttavia, giova ricordare che il giocatore non è in grado di conoscere il comportamento dell'altro ed è quindi continuamente esposto al rischio di tradimento. Da ciò discende che la strategia dominante sarà ancora una volta discordante rispetto alla strategia ottimale e consisterà nel payoff C-C; infatti la scelta di non confessare risulterebbe estremamente rischiosa dal momento che se l'avversario confessasse (come è razionale che faccia) allora

chi non ha confessato sconterebbe ben 10 anni di carcere, mentre l'altro sarebbe libero.

Nel caso dei cartelli segreti, a questo schema devono necessariamente essere apportati dei correttivi. In primo luogo, si deve considerare il fatto che le autorità potrebbero non essere affatto in grado di scoprire autonomamente la sussistenza di un cartello segreto o non avere prove sufficienti ai fini della condanna; di conseguenza è possibile che, in assenza di qualsiasi confessione da parte dei membri del cartello, l'autorità non venga a conoscenza dell'illecito e quindi non commini alcuna sanzione ad alcuno dei partecipanti allo stesso.

Nella scelta comportamentale dunque assume un rilievo essenziale la valutazione della probabilità di un autonomo accertamento del cartello da parte dell'autorità. In un ordinamento caratterizzato dall'esistenza di un sistema di indagine poco efficiente, dove la probabilità che l'autorità pervenga all'accertamento dell'illecito in assenza di elementi provenienti *ab interno* è bassa, le imprese saranno maggiormente orientate verso una strategia cooperativa di non confessione, in quanto se nessuno dei partecipanti desiste dall'intesa è molto probabile che tutti andranno esenti da sanzione. È quindi importante che l'autorità preposta all'accertamento degli illeciti concorrenziali abbia una certa reputazione e sia percepita come temibile *enforcer*, affinché i membri dell'intesa percepiscano il rischio di una pena anche in assenza della loro collaborazione, così da ritenere vantaggioso l'accesso al programma di clemenza.

Tale ragionamento spiega senz'altro la ragione per cui sono decisamente più frequenti i casi in cui le domande di accesso alla clemenza seguano l'avvio delle indagini da parte dell'Agcm rispetto ai casi in cui l'istruttoria prenda avvio da una autodenuncia di un leniency applicant.

Altri elementi che rilevano nella decisione dei membri del cartello tra confessare e non confessare sono sicuramente la valutazione dell'entità della sanzione applicabile all'impresa non cooperante e il valore dei benefici concessi al beneficiario della clemenza. È evidente infatti che quanto maggiori tali due

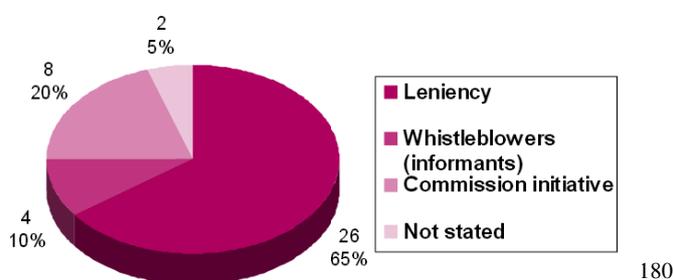
fattori siano, tanto maggiore sarà l'incentivo al tradimento del cartello attraverso l'autodenuncia e quindi la c.d. "race to the court house".

## 2.2 I limiti all'effettiva utilità dello strumento nell'ordinamento italiano

Se si osservano i dati pubblicati sul sito dell'Agcm<sup>178</sup>, si può agevolmente notare come i casi di istruttoria avviati a seguito di domanda di accesso alla clemenza, o comunque seguiti da una autodenuncia rilevante per l'autorità, siano stati davvero esigui.

Dal 2006 (anno di entrata in vigore della Comunicazione dell'Agcm sulla non imposizione delle sanzioni) ad oggi, soltanto cinque casi di cartelli antitrust hanno visto la presentazione di domande di ammissione al trattamento favorevole<sup>179</sup>. Un numero davvero irrisorio.

La situazione nel contesto comunitario è invece differente. Dai dati pubblicati sul sito della Commissione Europea relativamente all'anno 2012 risulta un significativo numero di procedimenti istruttori avviati a seguito di domanda di clemenza.



<sup>178</sup> Cfr. <http://www.agcm.it/concorrenza/concorrenza-delibere/open.html>.

<sup>179</sup> Agcm, caso *Produttori di pannelli truciolati in legno*, I-649, provvedimento 17 maggio 2007; Agcm, caso *Prezzo del GPL per riscaldamento della Regione Sardegna*, I-700 provvedimento del 24 marzo 2010; Agcm, caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, I-701, provvedimento del 15 dicembre 2010; Agcm, caso *Logistica internazionale*, I-722, provvedimento del 15 giugno 2011; Agcm, caso *Servizi di agenzia marittima*, I-733, provvedimento del 2 febbraio 2012.

<sup>180</sup> Grafico tratto dalla Relazione del Convegno *I programmi di clemenza nel diritto antitrust; il punto di vista delle imprese*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile online: <http://www.agcm.it/component/joomdoc>.

Sulla base dei dati relativi al periodo compreso tra il 1 gennaio 2003 e il 31 dicembre 2009, risulta che circa il 65% delle indagini avviate dalla Commissione si fonda sui *corporate statements* dei leniency applicant.

In questo paragrafo, andremo ad analizzare le ragioni alla base dell'insuccesso dei programmi di clemenza in Italia. Tali ragioni sono sostanzialmente quattro:

- Un approccio culturale poco propenso al *pentitismo*;
- Un trade-off poco favorevole tra le conseguenze negative della condanna per illecito antitrust e quelle connesse allo scartellamento;
- La mancanza di un regime unitario a livello comunitario che rende rischiosa la presentazione della domanda di clemenza ad una sola autorità nazionale;
- Il timore di essere esposti ad azioni penali e/o risarcitorie a seguito della autodenuncia.

### *2.2.1 La mancanza di un regime unitario*

Un primo limite significativo che inficia il corretto funzionamento dei programmi di clemenza è rappresentato dalla mancanza di un sistema centralizzato ed unificato a livello europeo di ricezione e valutazione delle domande di clemenza (c.d. one stop shop).

Questa carenza ha delle ripercussioni negative sostanziali, nel senso che, a fronte di un cartello avente (come peraltro sovente accade) portata sovranazionale e coinvolgente una molteplicità di Stati membri, la domanda di accesso alla clemenza presentata ad una autorità nazionale non è idonea a rilevare come domanda presentata anche alla Commissione ed alle altre autorità dell'ECN; ciò comporta un onere particolarmente gravoso in capo al leniency applicant, che sarà tenuto quindi a presentare domande multiple alle autorità dei vari stati interessati dalla condotta illecita, con evidente aggravio di spese e rischi per il richiedente.

È molto frequente nella prassi che i cartelli segreti più gravi, cioè quelli alla cui repressione sono finalizzati i programmi di clemenza, abbiano una portata sovranazionale, coinvolgendo imprese operanti in diversi stati membri o comunque, in virtù del loro oggetto, determinando alterazioni del corretto funzionamento di molteplici mercati concorrenziali nazionali. Si pensi, soltanto a titolo esemplificativo, al cartello Vitamine che ha coinvolto ben 13 imprese di diversi Stati membri e anche alcune imprese extracomunitarie; peraltro il cartello ha visto la partecipazione dell'impresa Hoffman-La Roche, il più grande produttore di vitamine del mondo, detenente circa il 50% del relativo mercato globale, e i cui dirigenti, nell'ambito del cartello, hanno assunto il ruolo di promotori e motori propulsivi. Una simile articolazione del cartello ha indubbiamente comportato degli effetti distorsivi della concorrenza a livello globale, determinando un anomalo incremento dei prezzi delle vitamine sul mercato internazionale, con ingente danno per i rivenditori ed i consumatori di tutto il mondo.

È evidente che, in simili circostanze, in assenza di un sistema centralizzato di leniency, il richiedente il trattamento favorevole dovrebbe presentare domande multiple alle varie autorità nazionali coinvolte che, in ragione della portata internazionale del cartello, potrebbero aver titolo per intervenire a reprimere l'illecito ed irrogare le relative sanzioni pecuniarie. Un simile sistema rischia evidentemente di compromettere gli incentivi premiali dei programmi di clemenza, visto che il leniency applicant, per conseguire effettivamente l'esenzione dalla pena, dovrebbe presentare tempestivamente la domanda di ammissione a tutte le autorità, con evidente maggior rischio di non riuscire ad arrivare per primo e comunque con costi nettamente superiori a quelli connessi ad un eventuale sistema centralizzato di clemenza nell'ambito dell'ECN.

Per mitigare tale inconveniente, l'ECN Model Leniency Programme del 2006 ha introdotto un apposito strumento di semplificazione e di coordinamento, perseguendo espressamente lo scopo di "alleviate the burden of multiple filings".

Questo strumento, chiamato *uniform summary application*, è stato recepito dall'ordinamento nazionale ai paragrafi 16-18 della Comunicazione dell'Agcm, appositamente dedicati alla domanda redatta in forma semplificata.

Il MLP, come modificato in data 22 novembre 2012, statuisce che tutti coloro che presentano una domanda di ammissione al trattamento favorevole rivolta alla Commissione Europea, in casi coinvolgenti più di tre Stati membri, potranno presentare la domanda di clemenza alle Autorità nazionali in forma semplificata (*summary application*). Nella versione del MLP del 2006 questa facoltà era concessa soltanto al primo richiedente, aspirante all'immunità dalla sanzione; con la riforma del 2012, recependo ciò che numerosi legislatori nazionali già avevano previsto nei rispettivi ordinamenti, tale facoltà è stata estesa a tutti i leniency applicant richiedenti l'accesso al trattamento favorevole, e non più limitatamente al primo.

Nella Comunicazione dell'Agcm, ai paragrafi 16-18, si legge che «qualora l'impresa abbia già presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione Europea una domanda volta ad ottenere la non imposizione o la riduzione delle sanzioni, può presentare all'Autorità un'analogo domanda di trattamento favorevole, redatta in forma semplificata, qualora essa ritenga che anche l'Autorità sia in una posizione idonea per intervenire nella fattispecie». In tal caso, la domanda semplificata dovrà quantomeno contenere i dati identificativi del richiedente, la descrizione della natura, della durata e della portata territoriale e soggettiva dell'intesa e l'indicazione degli stati membri in cui possono presumibilmente essere rinvenuti gli elementi di prova dell'infrazione, nonché infine informazioni relative ad altre domande di trattamento favorevole che l'impresa abbia già rivolto o intenda rivolgere ad altre autorità di concorrenza in relazione alla medesima infrazione.

A fronte di una fattispecie rilevante per il dritto antitrust comunitario che coinvolga più di tre Stati membri, producendo effetti distorsivi della concorrenza nei vari territori nazionali, è frequente che l'impresa parte del cartello che intenda ottenere l'accesso al trattamento favorevole avverta la necessità di presentare la

relativa domanda alla Commissione Europea, in quanto ritenuta essere nella posizione più idonea ad accertare l'illecito e a perseguirlo; al contempo, è altamente probabile che la stessa impresa aspirante al beneficio della clemenza, presenti in via precauzionale la medesima domanda anche alle varie autorità antitrust nazionali aventi titolo ed interesse per avviare il procedimento sanzionatorio, onde evitare che, a seguito della collaborazione e concessione del beneficio da parte della Commissione, l'impresa possa essere sottoposta ad accertamento e sanzione da parte dell'Agcm, vanificando così in gran parte la portata del programma di clemenza.

A fronte di ciò, prevedere una domanda rivolta alle autorità nazionali avente contenuto semplificato e ridotto, va sicuramente ad alleviare l'onere gravante sull'impresa, riducendo i tempi e i costi di ammissione al programma nei vari ordinamenti nazionali.

Per l'eventualità in cui il leniency applicant presenti domanda di ammissione all'Agcm prima di presentarla alla Commissione, l'ECN MLP, come confermato anche dalla Comunicazione dell'Agcm al paragrafo 18, ha cura di fare una precisazione volta ad evitare usi distorti e fraudolenti dell'istituto della *summary application*, statuendo che «se un leniency applicant ha ricevuto un *summary application marker* da parte di un'Autorità nazionale, ed in seguito fornisce informazioni e prove alla Commissione che indichino che il cartello è sostanzialmente diverso da quello descritto alle Autorità nazionali con la *summary application* (per esempio perché riguarda prodotti aggiuntivi), l'impresa deve presentare all'Autorità nazionale le medesime informazioni fornite alla Commissione, così da assicurare che le domande di clemenza presentate coprano esattamente gli stessi fatti». Quindi viene anzitutto chiarita la possibilità di presentare la domanda in forma semplificata all'Agcm prima che alla Commissione, ricevendo dall'autorità nazionale un *marker* rilevante ai fini della datazione della domanda rivolta alla Commissione. Peraltro la norma, nella versione del 2012, richiama l'obbligo per il leniency applicant di aggiornare la domanda di clemenza nazionale qualora abbia successivamente fornito

informazioni e prove alla Commissione da cui si evinca una diversa portata dell'illecito (ad esempio in merito alla sua estensione geografica, soggettiva o oggettiva) rispetto a quanto originariamente riferito all'autorità interna; questa previsione è evidentemente volta ad evitare che l'impresa, attraverso lo strumento della domanda semplificata, possa riuscire a conseguire l'immunità per differenti illeciti compiuti, riconducendoli impropriamente tutti sotto la medesima fattispecie, approfittando del minor livello di dettaglio richiesto dalla summary application.

In definitiva, comunque, lo strumento della domanda semplificata, funge da mitigazione al disincentivo che la mancanza di un regime di *one stop shop* determina in relazione alla presentazione di domande di accesso alla clemenza aventi ad oggetto illeciti coinvolgenti molteplici stati membri; tuttavia esso non appare ancora sufficiente a superare la ritrosia delle imprese italiane parti di un cartello internazionale a procedere alla denuncia, (anche) per timore dell'inutilità della collaborazione prestata e della conseguente soggezione all'ammenda di autorità straniera.

### 2.2.2 *La propensione al pentitismo in Italia*

Guardando all'esperienza nazionale, un altro fattore che riduce l'appetibilità, e quindi l'effettività, del programma di clemenza è la scarsa propensione al *pentitismo* accompagnata dall'assenza di adeguati incentivi alla collaborazione.

Infatti, è evidente come, nella valutazione circa l'opportunità di collaborare con l'Autorità deviando dal cartello, giochi un ruolo di primo piano il bilanciamento tra i benefici economici connessi alla prosecuzione del rapporto collusivo e quelli invece connessi con l'ammissione al programma di clemenza.

Se dunque i vantaggi premiali conseguenti alla autodenuncia non siano adeguatamente convenienti ed allettanti, oppure non siano adeguatamente certi e facilmente prevedibili, per l'impresa non vi sarà interesse a defezionare dal cartello.

Nell'apparato culturale nazionale, si deve rilevare una scarsa propensione al pentitismo, derivante anche dalle conseguenze economico-sociali del tradimento in termini di affidabilità sul mercato del leniency applicant. Nel momento in cui, a seguito della collaborazione con l'Agcm, si diffonda nel mercato la reputazione di un'impresa come partner inaffidabile e propenso al tradimento, non solo quell'impresa difficilmente riuscirà a mantenere rapporti commerciali con le altre imprese parti del cartello oggetto della denuncia ma incontrerà anche delle ingenti difficoltà ad instaurare relazioni con imprese ad esso estranee che potrebbero a ragione temere una futura defezione di un'impresa a ciò propensa.

Aderendo al programma di clemenza, dunque, l'impresa deve fare i conti con il rischio di esclusione dai rapporti commerciali con le imprese del settore, col rischio di subire la perdita di quote di mercato e addirittura di essere costretta ad abbandonare il settore; rischi di una perdita di lungo termine che richiedono un'attenta valutazione di tutti gli elementi in gioco e che spesso, da soli, sono idonei a dissuadere l'impresa dal defezionamento.

Nella relativa ponderazione, i fattori presi in esame da ogni impresa sono sostanzialmente tre: la probabilità di essere scoperti dall'autorità e quindi assoggettati ad ammenda, l'ammontare della sanzione applicabile in caso di eventuale accertamento del cartello e il valore del profitto premiale connesso alla collaborazione. All'aumentare di questi fattori, aumenterà dunque l'incentivo per l'impresa parte dell'intesa allo *scartellamento* ed alla collaborazione con l'Agcm. In particolare, la dottrina più recente<sup>181</sup> ha sottolineato come un cartello anticoncorrenziale abbia una maggiore stabilità allorquando i profitti derivanti dalla collusione siano maggiori rispetto a quelli ottenibili attraverso un comportamento deviante.

---

<sup>181</sup> Cfr. P. BUCCIROSSI, G.SPAGNOLO, *Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, in *Lear Search Paper*, 12 dicembre 2005.

Il che viene comunemente espresso con la formula seguente:

$$\begin{aligned} & (\text{profitti collusivi}) - [(\text{probabilità di essere scoperti}) \times (\text{sanzione attesa})] \\ & > \\ & (\text{profitti deviazione}) - [(\text{danno da reputazione e credibilità sul mercato})] \end{aligned}$$

Per quanto concerne la probabilità di accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, è palese che al suo aumentare, aumenterà il rischio per l'impresa di subire una condanna e quindi di essere sottoposta a sanzione e, di conseguenza, si accrescerà la propensione per l'impresa alla collaborazione. È quindi intuitivo come, per rendere effettivo il contributo destabilizzante offerto dai leniency programmes e garantirne il successo, debba in radice essere assicurato un sistema di enforcement adeguato e funzionante; è necessario che l'Autorità abbia una capacità di accertamento in proprio delle pratiche anticoncorrenziali tale da farla percepire dalle imprese partecipanti (o in procinto di partecipare) ad un'intesa antitrust come un "controllore temibile" in grado di scoprire il cartello anche in assenza di qualsivoglia forma di cooperazione *ab interno*.

L'attuale e concreta minaccia di essere scoperte e sanzionate, infatti, funge da valido deterrente sia *ex ante*, disincentivando la partecipazione ai cartelli sia, soprattutto, per ciò che ci riguarda, *ex post* minando la tendenza alla fedeltà all'accordo collusivo; l'aumento del grado di probabilità infatti va a ridurre il valore dei profitti collusivi (di cui alla prima parte della formula) riducendo la stabilità dei cartelli e accrescendo, al contrario, la tendenza alla autodenuncia.

In concreto, alla luce di tutto ciò, un primo intervento essenziale per rendere funzionante ed efficiente il programma di clemenza è accrescere le probabilità di accertamento e condanna dei cartelli antitrust, senza l'uso della clemenza, intervenendo sulla capacità investigative/ispettive dell'Autorità. Si può quindi osservare una sorta di circolo virtuoso in cui all'aumentare della capacità di accertamento degli illeciti antitrust aumenta il ricorso alla leniency e, a sua volta, ciò contribuisce ad incrementare ulteriormente il tasso di scoperta dei cartelli

anticoncorrenziali, con complessivi effetti positivi per il public enforcement del diritto antitrust.

Dai dati pubblicati nel sito dell'Unione Europea<sup>182</sup> emerge che, relativamente al periodo 1996-2009, ben il 35% dei procedimenti antitrust sono stati avviati dalla Commissione, senza impulso di leniency applicant (eventualmente con l'ausilio di mere leniency post-avvio). Dunque si evince che la Commissione dispone di un apparato istruttorio efficiente che le consente di pervenire alla scoperta dei cartelli antitrust anche in assenza di collaborazione da parte dei membri dello stesso, avvalendosi di sofisticati strumenti di cooperazione e scambio di informazioni con altre autorità, di meccanismi di segnalazione di infrazioni da parte di imprese e consumatori e di strumenti investigativi/ispettivi adeguati.

Nella Relazione sulla Politica di Concorrenza della Commissione Europea, si legge che: «Per quanto la politica di trattamento favorevole adottata dalla Commissione rappresenti uno strumento efficace nell'individuazione di cartelli, i recenti casi [...] dimostrano che tale individuazione non è condizionata, per la Commissione, alle prove fornite dai richiedenti di trattamento favorevole. La Commissione continua ad attribuire notevole importanza alle indagini *ex officio* che possono derivare dal controllo del mercato, da indagini settoriali e denunce, nonché dall'azione di autorità nazionali garanti della concorrenza nell'ambito della REC»<sup>183</sup>.

Nel contesto nazionale, invece, i dati reperibili sul sito dell'Agcm mostrano una più ridotta capacità dell'Autorità a pervenire all'autonomo accertamento di cartelli, in assenza di domande di clemenza. Dai dati riportati dall'Agcm relativamente all'anno 2014 risulta infatti che, in materia di cartelli, sono stati

---

<sup>182</sup> Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>.

<sup>183</sup> Par. 6 della Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione europea del 16 giugno 2008.

emessi soltanto due provvedimenti di accertamento di intese antitrust<sup>184</sup>. Il fatto che difficilmente l'Agcm sia in grado di attivare l'istruttoria autonomamente e che, anche qualora lo faccia, non sia in grado di reperire adeguati elementi probatori per pervenire ad una condanna, dimostra come l'apparato istruttorio/investigativo dell'Agcm sia poco adeguato ed efficiente, non tale cioè da far percepire l'Autorità come un temibile *enforcer*, così da incentivare le imprese alla collaborazione ed alla autodenuncia. Questo deficit investigativo ravvisabile in capo all'Autorità nazionale rappresenta senz'altro un fattore dissuasivo rispetto all'accesso alla clemenza, con gravi effetti in termini di enforcement del diritto antitrust.

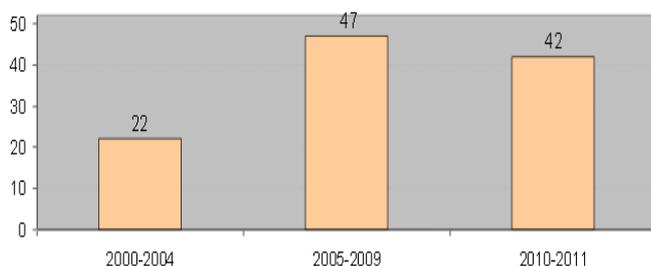
Un secondo e complementare intervento volto ad accrescere il successo del programma di clemenza è la previsione di un sistema sanzionatorio particolarmente dissuasivo. Il rischio, connesso peraltro ad un elevato grado di probabilità, di essere condannati ad una sanzione ingente va sicuramente a scoraggiare le imprese a proseguire la partecipazione al cartello, inducendole invero alla collaborazione.

Accrescere l'ammontare della sanzione cui sarebbe esposta l'impresa in caso di scoperta del cartello riduce la convenienza per la stessa a conseguire profitti collusivi, che potrebbero essere totalmente annullati a causa della gravosità dell'onere sanzionatorio temuto, il quale quindi produce un significativo effetto deterrente. Specie nei casi in cui l'istruttoria sia già stata avviata da parte dell'Autorità, e sussistano dunque maggiori probabilità di essere scoperti, le imprese, temendo l'elevato importo dell'ammenda cui sarebbero esposte in caso di condanna, riterranno maggiormente conveniente confessare per poter beneficiare dell'esenzione o riduzione dell'ammenda.

---

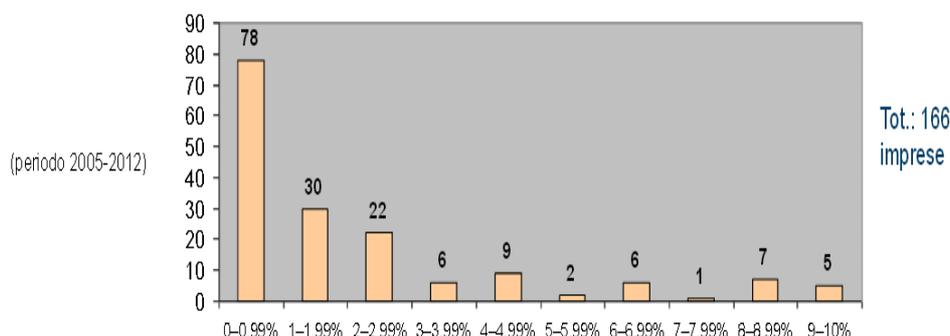
<sup>184</sup> Agcm, caso *Roche-Novartis/farmaci Avastin e Lucentis*, procedura I-760 conclusa con provvedimento del 27 febbraio 2014 e Agcm, caso *Akron/gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, procedura A-444 conclusa con provvedimento del 27 febbraio 2014.

Ora, a livello comunitario, nell'ultimo decennio, si è assistito ad un significativo incremento del livello medio delle sanzioni irrogate



tanto che si è registrato, relativamente all'anno 2012, che nel 15% dei casi di condanna per illecito antitrust la Commissione ha inflitto ammende di ammontare approssimativo al 10% del fatturato dell'impresa condannata e, comunque, ben nel 35% dei casi l'ammenda ha superato la soglia del 3%.

La situazione nel panorama nazionale è differente. Solo nel 20% dei casi le sanzioni eccedono il 3% del fatturato e soltanto nel 3% dei casi si approssimano al limite del 10% del fatturato dell'impresa, al che va peraltro aggiunta la tendenza dei giudici amministrativi a ridurre significativamente le sanzioni irrogate dall'Agcm.



Non sono certo mancati casi in cui la sanzione irrogata dall'Agcm si è attestata intorno a valori particolarmente cospicui, attraverso l'applicazione delle maggiorazioni di pena o delle circostanze aggravanti<sup>186</sup>, ma, nel complesso, il

<sup>185</sup>Grafici tratti da A.PERA, *Sanzioni antitrust, misure alternative e compliance*, convegno *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Treviso, 17-18 maggio 2012, disponibile in [www.gop.it](http://www.gop.it).

<sup>186</sup> Come, ad esempio, nel caso I-733 *Servizi di agenzia marittima*, relativo ad una concertazione dei prezzi dei servizi agenziali nel porto di Genova, dove l'Agcm ha applicato all'importo base della sanzione una maggiorazione del 15% del valore delle vendite realizzate nel mercato rilevante per tutte le imprese

sistema sanzionatorio antitrust nazionale, per quanto dissuasivo nella normativa di legge, nell'applicazione pratica non garantisce un adeguato livello di certezza sanzionatoria tale da avere un'effettiva funzione deterrente.

L'applicazione pratica da parte dell'Agcm di livelli sanzionatori elevati, conformi ai limiti massimi di cui agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art 23, §2, lett. a) del Reg. n. 1/2003 del 2006, garantirebbe senza dubbio la certezza per i membri di un cartello di essere esposti ad ammende notevoli, con conseguente incremento della deterrenza del sistema e con effetti benefici per i programmi di clemenza<sup>187</sup>.

A questo fattore di inefficienza dei leniency programmes rappresentato dall'inadeguatezza pratica del sistema sanzionatorio va sicuramente ad aggiungersi il rilievo assunto nel nostro ordinamento dalle decisioni con impegni<sup>188</sup>. Infatti, la prospettiva di chiudere anticipatamente il procedimento istruttorio con l'accettazione di impegni, evitando l'accertamento dell'infrazione, costituisce un importante deterrente all'accesso alla clemenza. Infatti, tale strumento consente all'impresa parte del cartello, nell'eventualità in cui l'Autorità pervenga all'avvio di un'istruttoria, di sottrarsi alla condanna ed alle relative sanzioni, obbligandosi a rispettare degli impegni comportamentali che le consentano di evitare, da un lato, i rischi di esclusione dal mercato per inaffidabilità e, dall'altro lato, le conseguenze della condanna in termini di

---

coinvolte e, per alcuni dei partecipanti, aventi avuto un ruolo centrale nel cartello, un ulteriore incremento del 30% a titolo di aggravante.

<sup>187</sup> Cfr. S.D. HAMMOND, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*, International Workshop on cartels, 21-22 novembre 2000, secondo il quale «un leniency program ottimale non può prescindere da un sistema di sanzionamento molto rigido, determinante nell'innalzare la preferenza per la rivelazione dell'intesa».

<sup>188</sup> Cfr. art. 14-ter L.287/90, introdotto con il d.l. 4 luglio 2006 n. 22, comma 1: «Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

sanzioni e di esposizione alle azioni risarcitorie. È quindi evidente che tale strumento comporta benefici ulteriori rispetto a quelli connaturati nei programmi di clemenza, quali appunto immunità da sanzione e da azioni risarcitorie e salvaguardia dei rapporti commerciali con le altre imprese colluse.

Il fatto che la norma, “rinviando ai limiti previsti dal diritto comunitario”, impedisca di presentare impegni a fronte di violazioni particolarmente gravi del diritto antitrust, quali sono certamente gli *hardcore cartels*, non ha avuto particolare efficacia deterrente e propulsiva dei leniency programmes visto che, nell’esperienza applicativa recente, non sono certo mancati casi in cui l’Agcm ha chiuso l’istruttoria avente ad oggetto cartelli di fissazione di prezzi con l’accettazione di impegni<sup>189</sup>.

Un terzo elemento su cui la dottrina recente ritiene sia opportuno intervenire, al fine di accrescere l’effettività della portata dei leniency programmes, è il valore dei benefici premiali attribuiti al leniency applicant. È chiaro, infatti, che tanto maggiori siano i vantaggi connessi alla deviazione, tanto maggiore sarà la propensione alla collaborazione. Questi vantaggi derivanti dalla collaborazione, ad oggi, nell’ordinamento comunitario e nazionale, consistono in esenzioni o sconti di pena.

Aumentare la frazione degli oneri evitati attraverso la clemenza accrescerebbe certamente l’appetibilità dei programmi di clemenza. È proprio questa la ragione che ha spinto la Commissione Europea a riconoscere esplicitamente come prioritario l’interesse all’accertamento dei cartelli rispetto all’irrogazione delle ammende nei confronti dei responsabili dell’illecito. La previsione della piena immunità da sanzione funge sicuramente da incentivo pregnante alla deviazione dal cartello ed alla confessione, peraltro tempestiva,

---

<sup>189</sup> Cfr. ad esempio Agcm, nel recente caso *Inverter solari ed eolici-imposizione di prezzi minimi*, procedura I-766B, provvedimento n. 25013 del 2 luglio 2014, avente ad oggetto la violazione dell’art. 101 del TFUE, in relazione all’adozione da parte della società Power One Italia S.p.a. di un sistema obbligatorio di prezzi minimi di vendita (resale price maintenance o RPM) alla rete di cui si avvale per la commercializzazione e vendita di inverter fotovoltaici ed eolici dalla stessa prodotti.

con l'aspettativa di arrivare per primo in ordine cronologico a fornire all'autorità le informazioni rilevanti per poter conseguire il beneficio dell'esenzione. È sempre in un'ottica di destabilizzazione dei cartelli segreti e agevolazione dei programmi di clemenza che sono previste, anche a favore dei collaboratori successivi, sconti di pena, peraltro significativi, che possono raggiungere la soglia del 50% del valore della sanzione applicabile.

È evidente che prevedere la piena immunità a favore di tutti i leniency applicant, a prescindere dalla tempestività dell'intervento, implementerebbe il ricorso allo strumento in parola, venendo meno l'incertezza relativa all'altrui comportamento; tuttavia, una simile previsione risulterebbe antieconomica, azzerando la portata del sistema sanzionatorio, e peraltro contraria agli stessi obiettivi del sistema di enforcement antitrust, stimolando piuttosto la stipulazione di accordi collusivi con la sicurezza di poterne in qualunque momento uscire, senza conseguire alcuna sanzione.

Nell'ordinamento statunitense, in un'ottica di accrescere i benefici premiali e rendere più appetibile l'accesso alla clemenza, è stato recentemente previsto che l'impresa ammessa al trattamento favorevole non è più tenuta a risarcire tre volte il danno causato bensì soltanto il danno singolo.

Nel panorama comunitario (e nazionale) invece ad oggi non è previsto, come meglio vedremo, alcun riflesso del programma di clemenza sulla tutela risarcitoria e non sono previsti ulteriori vantaggi aggiuntivi alla immunità (o riduzione) della sanzione. Non sono tuttavia mancati apporti dottrinali volti a sottolineare l'opportunità di implementare tale contenuto premiale del programma di clemenza.

Così, ad esempio, Spagnolo ha proposto un rafforzamento dei benefici connessi al programma di clemenza, proponendo l'introduzione del "programma di clemenza coraggioso", consistente nell'attribuire alla prima impresa

confessante, oltre all'eliminazione della sanzione, anche un premio monetario dato da una quota delle ammende inflitte agli altri membri dello stesso cartello<sup>190</sup>.

Un simile sistema andrebbe ad accrescere ulteriormente la portata premiale del sistema, con notevoli incentivi alla collaborazione, specie nel caso di intese di particolare gravità dove le sanzioni irrogabili sono decisamente superiori, con conseguente trasferimento in capo al leniency applicant di quote monetarie maggiori. Secondo l'autore, un simile sistema, basato sulla previsione dell'accesso alla clemenza a favore del solo *first comer*, con sanzioni ingenti a carico degli *ex partner* non confessanti, con un adeguato grado di probabilità di accertamento degli illeciti e con la previsione di ricompense significative a favore del leniency applicant, garantirebbe un elevato grado di deterrenza e di instabilità dei cartelli, contribuendo sostanzialmente all'enforcement del diritto antitrust.

Questo modello, tuttavia, per quanto sicuramente efficiente in un'ottica di destabilizzazione dei cartelli e impulso dei programmi di clemenza, non è stato accettato in alcuno degli Stati membri in quanto prevedere delle ricompense monetarie a favore di un'impresa resasi responsabile di un illecito concorrenziale, per quanto successivamente pentitasi collaborando con l'autorità, incontra logiche riserve di natura politico-sociale, potendo addirittura avere l'effetto opposto a quello perseguito di agevolare la partecipazione ai cartelli con lo scopo di avvantaggiarsi di tali ricompense.

Uno strumento di ricompensa per certi versi analogo ai leniency programmes, ma al riparo da tali ultime riserve, è il *whistleblower programme*, che prevede la concessione di benefici a favore dei soggetti estranei

---

<sup>190</sup> G.SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, 2005, in P. BUCCIROSSI, *Handbook of Antitrust Economics*, 2008.

al cartello che consentano all'autorità di venire in possesso di informazioni e materiale rilevante ai fini dell'accertamento<sup>191</sup>.

Il primo *whistleblower programme* fu adottato in Corea del Sud dalla Korean Fair Trade Commission nel 2002, al fine di rafforzare il programma di clemenza nazionale, in quanto si ritiene che la previsione di una ricompensa monetaria ai soggetti che collaborino con la giustizia al fine di reprimere comportamenti illeciti funga da incentivo per tutti coloro che abbiano notizia dell'infrazione, *in primis* i dipendenti e i collaboratori esterni dell'impresa implicata nel cartello, a denunciare la fattispecie alle competenti autorità. In tal caso infatti, in aggiunta al dovere civico di denuncia, si aggiunge una ricompensa monetaria che sicuramente va ad accrescere la disponibilità dei privati alla collaborazione, ferma restando la necessità che il livello di ricompensa sia sufficientemente elevato da compensare i costi economici e sociali cui si espone l'informatore a seguito della denuncia. In definitiva, tale strumento spingerebbe le imprese colluse a *comprarsi il silenzio dei proprio dipendenti* per assicurarsi la loro fedeltà, con l'inevitabile conseguenza della riduzione dei profitti collusivi e dell'accrescimento dei costi e dei rischi della collusione, incrementandosi così il livello di deterrenza del sistema, la probabilità di accertamento dei cartelli e il livello di instabilità degli stessi.

Infine, un fattore che contribuisce senza dubbio al successo dei leniency programmes è la garanzia di un adeguato livello di trasparenza e certezza nel funzionamento del programma di clemenza. Limitare le facoltà discrezionali dell'Autorità nella valutazione di ammissione al programma e dell'ammontare del beneficio spettante al leniency applicant contribuisce senz'altro ad aumentare

---

<sup>191</sup> C. AUBERT, P. REY, e W. E. KOVACIC, *The impact of leniency and whistle-blowing programmes on cartels*, 2006, in *International Journal of Industrial Organization*. Cfr. anche P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*, in Goshal and Stennek, *The Political Economy of Antitrust*, 2007, disponibile online: [www.ssnr.com](http://www.ssnr.com).

la prevedibilità delle conseguenze della collaborazione e a favorire quindi il ricorso all'istituto.

### 2.2.3 *I disincentivi dell'esposizione a responsabilità penale e civile (segue)*

Il principale disincentivo al ricorso alla leniency nell'ordinamento nazionale è da ravvisarsi nell'inadeguato livello di coordinamento tra il diritto della concorrenza ed altri settori dell'ordinamento giuridico, quali il diritto penale e il diritto civile.

Il principale timore delle imprese, idoneo a controbilanciare il beneficio della riduzione della sanzione e a renderlo meno appetibile, è quello di essere esposte alle responsabilità penali e civili-risarcitorie connesse all'accertamento della partecipazione all'illecito concorrenziale.

L'unico beneficio connesso all'ammissione al trattamento favorevole è lo sconto o l'immunità dalla sanzione, senza che la concessione della clemenza vada in alcun modo ad evitare per il leniency applicant l'accertamento dell'infrazione e le conseguenze a ciò connesse. Nell'ipotesi in cui l'Autorità sia pervenuta alla scoperta del cartello grazie alla collaborazione di un leniency applicant, l'istruttoria si concluderà a suo favore con un provvedimento di concessione dell'immunità dalla sanzione pecuniaria (o da parte di essa) che al contempo però accerterà nei suoi confronti la responsabilità per la partecipazione all'infrazione anticoncorrenziale, idonea a rilevare in sede penale e in sede risarcitoria.

Questa è certamente la ragione principale che induce le imprese parti di un accordo collusivo ad essere restie alla confessione, in quanto spesso la soggezione all'ammenda pecuniaria è il *male minore* dell'accertamento dell'illecito, a fronte delle più ingenti conseguenze dell'esposizione a condanna penale o a risarcimento del danno antitrust, che appunto non sono evitabili con la domanda di clemenza. Ciò aumenta la propensione delle imprese a non confessare e, nel caso in cui l'Agcm avvii un'istruttoria nei loro confronti, a presentare impegni che, se accettati dall'autorità, consentono di evitare non solo

la sanzione amministrativa ma anche ogni forma di accertamento ed imputazione dell'infrazione.

Con l'obiettivo di rafforzare i programmi di clemenza, l'Autorità ha recentemente proposto alcune ipotesi di riforma dell'ordinamento volte a riconoscere l'immunità penale alle persone fisiche appartenenti all'impresa che collabora e l'esclusione del leniency applicant dalla responsabilità solidale nell'ambito delle azioni per danno<sup>192</sup>.

Rinviando al paragrafo successivo l'analisi della disciplina sulla riservatezza e l'accesso ai leniency corporate statements nell'ambito delle azioni di danno, consideriamo brevemente il profilo della responsabilità penale.

Come è noto, nell'ordinamento nazionale (e comunitario in generale) non sono previste forme di responsabilità e sanzione penale connesse agli illeciti concorrenziali; tuttavia non è da escludere che nell'ambito di un procedimento antitrust possano emergere condotte rilevanti a fini penalistici. Da un lato, nel caso in cui l'Autorità Antitrust venga a conoscenza, nel corso dell'attività istruttoria, di notizie di reato, è obbligata a riferirne al Pubblico Ministero, dando così impulso ad un procedimento penale nei confronti dell'impresa collusa; dall'altro lato vi è la possibilità che le stesse Procure emettano ordini di esibizione dei documenti acquisiti dall'Autorità nell'ambito delle proprie investigazioni laddove essi abbiano rilievo per un'eventuale indagine penale.

L'esposizione al rischio di accertamento di eventuali responsabilità penali può costituire un rilevante disincentivo per le imprese ad avvalersi del programma di clemenza, traducendosi in un ostacolo al funzionamento pieno ed efficiente del relativo istituto. Per mitigare questa forma di disincentivo all'accesso alla clemenza, l'Autorità ha proposto di introdurre, per le persone fisiche facenti parte dell'impresa che collaborando ha ottenuto l'immunità dalle sanzioni amministrative-pecuniarie, una forma di esenzione da ogni responsabilità penale derivante da reati i cui estremi siano integrati dai fatti

---

<sup>192</sup> Cfr. Agcm, AS988-Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2013, 28 settembre 2012.

costituenti l'intesa anticoncorrenziale accertata<sup>193</sup>; il provvedimento conclusivo dell'istruttoria che conceda all'impresa ammessa alla clemenza l'immunità dalla sanzione amministrativa dovrebbe quindi valere come causa di non punibilità delle persone fisiche parti della stessa.

Ad avviso dell'Autorità, tale forma di immunità penale, la cui concessione in ogni caso competerebbe al magistrato, dovrebbe incontrare due ordini di limitazioni soggettive. Anzitutto, essa dovrebbe valere soltanto per le persone fisiche facenti parte dell'impresa beneficiaria della piena immunità, mentre per le imprese che hanno conseguito la mera riduzione della sanzione potrebbe soltanto operare, nell'ambito di un eventuale procedimento penale, una circostanza attenuante. Ciò andrebbe ad incentivare una collaborazione tempestiva e quindi una maggior destabilizzazione dei cartelli.

Inoltre, l'immunità dovrebbe riguardare esclusivamente le persone nei cui confronti non siano già state avviate indagini penali precedentemente alle dichiarazioni confessorie rese dal leniency applicant; al contrario l'esistenza di indagini penali in corso al momento della presentazione della domanda di clemenza impedirebbe la concessione di qualsivoglia forma di beneficio penale, onde evitare il rischio di un'utilizzazione fraudolenta dell'istituto della clemenza al fine di eludere le sanzioni penali.

Questa esigenza è stata avvertita anche da numerose altre giurisdizioni nazionali; ad esempio Norvegia e Germania prevedono nei rispettivi ordinamenti norme di raccordo tra il diritto antitrust e il diritto penale per cui l'autorità

---

<sup>193</sup> Dal punto di vista oggettivo, l'Autorità specifica che i reati i cui estremi possono essere configurati da un cartello segreto antitrust sono essenzialmente quelli di cui agli articoli 353, 353-bis, 354 e 501-bis del Codice Penale, senza però poter escludere a priori altre e diverse ipotesi di reato. Perciò l'Autorità ritiene opportuno evitare un'elencazione tassativa del campo di applicazione oggettivo dell'immunità, estendendola a tutte le fattispecie di reato configurabili alla base del cartello antitrust per cui l'Agcm ha concesso l'immunità. Presupposto per l'estensione dell'immunità amministrativa anche in sede penale dovrà essere una stretta connessione/coincidenza del fatto penalmente rilevante con il fatto illecito sotto il profilo antitrust (con l'esclusione dell'immunità penale, quindi, per reati commessi meramente "in occasione" della collusione).

antitrust può stipulare con l'autorità penale, munita di poteri discrezionali nella decisione di avvio dell'azione penale, veri e propri *accordi di non attivazione* del procedimento penale nei confronti delle persone fisiche facenti parte di imprese ammesse al trattamento favorevole dall'autorità antitrust. Nel Regno Unito è stata introdotta l'immunità penale per tutti i dipendenti e direttori che abbiano collaborato con l'Office of Fair Trading, a condizione che non vi sia un'indagine in corso al momento della presentazione della domanda di clemenza.

## CAPITOLO TERZO

### 3 Programmi di clemenza e private enforcement

#### **3.1 La doppia anima dell'azione risarcitoria: tra deterrenza e disincentivazione**

Come ampiamente sottolineato nel primo capitolo del presente lavoro, la tutela risarcitoria rappresenta uno strumento avente un'importantissima funzione deterrente, funzionale alla lotta contro gli illeciti concorrenziali. In questo senso, come già detto, il private enforcement ricopre un ruolo di complementarietà rispetto al public enforcement del diritto antitrust.

Tuttavia, al contempo, è stato riscontrato, sia a livello comunitario che nazionale, un fattore di *inconciliabilità* tra lo strumento risarcitorio da un lato e il public enforcement, nella componente dei programmi di clemenza, dall'altro. Si tratta evidentemente di due strumenti che, seppure con modalità ed effetti diversi, contribuiscono allo stesso risultato di dissuadere le imprese dalla conclusione di cartelli; di qui la necessità, avvertita dalla Commissione Europea<sup>194</sup> e dall'Agcm italiana, di garantire l'efficace e proficuo funzionamento di ambedue gli istituti, cercando di garantirne la massima conciliabilità e capacità di coesistenza, attraverso interventi normativi volti a neutralizzare i fattori di inconciliabilità.

Vediamo dunque, prima di analizzare tali ultimi interventi, quali sono questi fattori di *inconciliabilità* tra public e private enforcement del diritto antitrust.

Come riscontrato dall'Agcm nell'ambito della segnalazione rivolta a Parlamento e Governo relativamente alla Legge annuale sulla concorrenza per l'anno 2013, nell'ordinamento italiano, specie se confrontato con l'esperienza maturata all'estero, emerge un ridotto ricorso da parte delle imprese ai programmi di clemenza e ciò dipende in gran parte dai disincentivi connessi ad

---

<sup>194</sup> Cfr. paragrafo 2.9 del White Paper in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2008.

altri settori dell'ordinamento giuridico, con riferimento *in primis* alle conseguenze pericolose cui la collaborazione può condurre sul piano risarcitorio.

In particolare, l'ammissione al trattamento favorevole non solo non pone al riparo il leniency applicant beneficiario dell'immunità (o riduzione) della sanzione dal rischio di essere esposto ad azioni risarcitorie, bensì addirittura va a rendere indirettamente più agevole, per il terzo pregiudicato dal cartello denunciato, intentare azioni di danno contro l'autore delle dichiarazioni confessorie.

Dunque, l'esposizione dell'impresa delatrice ai costi derivanti da eventuali azioni civili di danno promosse contro di essa può rappresentare, e di fatto rappresenta, un deterrente alla partecipazione ai programmi di clemenza.

L'impresa, quindi, nella valutazione dell'opportunità di chiedere l'ammissione alla clemenza, dovrà altresì considerare i costi dell'eventuale azione risarcitoria intentata nei suoi confronti commisurati con il grado di probabilità di esservene sottoposta. L'impresa, dunque, allo schema decisorio sopra riportato, dovrà aggiungere un'ulteriore componente valutativa rappresentata appunto dai costi del private enforcement, per cui avrà interesse a confessare se:

$$(\text{profitti collusivi}) - [(\text{probabilità di essere scoperti}) \times (\text{sanzione attesa})]$$

<

$$[\text{profitti deviazione}) - [(\text{danno da reputazione e credibilità sul mercato}) + (\text{costi dell'azione risarcitoria})]$$

fermo restando il fatto che, a differenza degli altri elementi, i costi in sede civile sono difficilmente quantificabili e rappresentano dunque un significativo elemento di incertezza nella valutazione circa la convenienza a presentare l'istanza di leniency.

In termini analoghi la Comunicazione della Commissione del 2006 sulla immunità dalle ammende, al paragrafo 6, evidenzia che «i potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione, ai sensi della presente comunicazione, se ne possa risultare

indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile» dal momento che «l'eventualità di azioni giudiziarie *follow-on* comporta un effetto negativo sull'appetibilità dei programmi per le imprese in quanto, se per effetto della collaborazione l'impresa si sottrae in tutto o in parte alle sanzioni di carattere amministrativo, essa andrà con maggiori probabilità incontro al costo del risarcimento del danno derivante dall'illecito».

In particolare, i principali elementi di contrasto tra i due istituti, per cui la tutela risarcitoria è percepita come disincentivo a presentare l'istanza di leniency, sono i seguenti:

- Il fatto che i *leniency corporate statements* forniti dal confessante potrebbero rendere più agevole la prova dell'illecito in sede risarcitoria, attraverso l'accesso da parte del ricorrente al fascicolo dell'Autorità o attraverso un ordine processuale di esibizione documentale. In quest'ottica dunque si è avvertita la necessità di una normativa più rigorosa in materia di riservatezza e di accesso alle dichiarazioni confessorie del leniency applicant che limiti la possibilità per l'autorità giudiziaria di impartire ordini di *discovery* e accordi maggiori tutele all'impresa delatrice circa la segretezza delle proprie dichiarazioni.
- Il fatto che, anche in assenza di una facoltà di accesso agli atti di leniency, il provvedimento dell'Autorità di concessione dell'immunità molto spesso contiene una descrizione molto dettagliata della condotta imputata al beneficiario del trattamento favorevole che potrebbe senza dubbio agevolare l'onere probatorio dell'attore in sede civile.
- Il fatto che il beneficiario della clemenza normalmente non avrà interesse ad impugnare in sede giudiziaria il provvedimento conclusivo del procedimento con la conseguenza che nei suoi confronti, rispetto agli altri membri del cartello impugnanti, il provvedimento assumerà valore di giudicato con conseguente immediata possibile soggezione al giudizio risarcitorio. È quindi evidente l'opportunità di limitare, seppure senza escludere, la responsabilità

solidale e l'esposizione ad azione risarcitoria da parte del leniency applicant beneficiario dell'immunità.

### **3.2 L'art. 39 della Comunicazione CE 2006**

La Commissione Europea, al paragrafo 39 della Comunicazione sulla immunità e riduzione delle sanzioni del 2006, prevede espressamente questa causa di inconciliabilità tra private e public enforcement, codificando il principio per cui «la concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo 81 del trattato CE».

Questo principio discende dalla considerazione per cui il private enforcement contribuisce a contrastare in maniera decisiva i cartelli antitrust, con una notevole efficacia deterrente, oltreché ripristinatoria della posizione privata lesa, ragion per cui le istituzioni comunitarie hanno ritenuto non opportuno prevedere la completa immunità da responsabilità civile per il leniency applicant.

Giova sottolineare che anche i recenti sviluppi di cui alla Proposta di Direttiva, volti ad incrementare il ricorso ai programmi di clemenza, non contemplano misure di completa esenzione da responsabilità risarcitoria ma soltanto forme di mitigazione della stessa, per l'esigenza di non compromettere l'efficacia del private enforcement.

Escludere totalmente la possibilità per il privato danneggiato di agire giudizialmente contro il responsabile dell'illecito beneficiario dell'immunità andrebbe, da un lato, ad incentivare significativamente la presentazione di istanze di leniency in quanto ciò ridurrebbe i rischi e i costi della confessione ed accrescerebbe di converso i costi della collusione; dall'altro lato, tuttavia una totale immunità in sede civile si presterebbe ad usi distorti e fraudolenti dell'istituto della clemenza e soprattutto comporterebbe un'ingiustificata compressione del diritto spettante a tutti i cittadini comunitari ad ottenere un

giusto ristoro dai danni subiti in conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale<sup>195</sup>.

L'art. 15 comma 2-*bis* della L.287/1990 non contiene una previsione analoga a quella di cui al punto 39 della Comunicazione comunitaria; tuttavia, prevedendo che l'adozione del programma di clemenza avvenga "in conformità all'ordinamento comunitario", viene implicitamente confermato quanto sancito dalla Commissione Europea con esclusione di qualsiasi deroga al regime risarcitorio che peraltro non potrebbe essere prevista dall'Agcm in via sub-legislativa.

In conclusione, quindi, la promozione dei leniency programmes non può spingersi al punto di sacrificare il diritto costituzionalmente protetto ex art. 24 Cost. al risarcimento del danno subito in conseguenza della pratica anticoncorrenziale, ma possono soltanto essere previsti dei correttivi volti ad eliminare le agevolazioni del ricorrente in merito all'onere probatorio della condotta illecita del leniency applicant, intervenendo sulla disciplina della *discovery* e della riservatezza, oppure introducendo dei fattori di mitigazione della responsabilità risarcitoria del beneficiario del trattamento favorevole, intervenendo ad esempio sulla disciplina della responsabilità solidale tra i membri del cartello.

### **3.3 La riservatezza del leniency applicant**

#### *3.3.1 Riservatezza verso gli eventuali ricorrenti nella normativa nazionale e comunitaria*

Una delle questioni al momento più dibattute del diritto processuale antitrust riguarda la possibilità per l'attore in un'azione di danno basata su una precedente decisione di condanna di un'autorità antitrust (c.d. azione *follow-on*)

---

<sup>195</sup> In tal senso cfr. Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*; nello stesso senso cfr. anche Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfeiderer*; cfr. anche Tribunale di primo grado, 22 maggio 2012, T-344/08, *EnBW Energie Baden Wuerttemberg AG*.

di avere accesso alle informazioni fornite dai leniency applicant nell'ambito di un programma di clemenza.

Se le “dichiarazioni ufficiali” auto-incriminanti<sup>196</sup> non fossero adeguatamente protette, ne risulterebbe fortemente compromesso il funzionamento dell'istituto della clemenza, in quanto il beneficiario, non solo non sarebbe protetto da eventuali azioni risarcitorie, ma la sua posizione sul piano civilistico ne risulterebbe addirittura aggravata per la facilità con cui il ricorrente riuscirebbe ad assolvere con particolare celerità ed agevolezza l'onere probatorio circa la responsabilità dell'impresa partecipante al cartello autrice delle dichiarazioni confessorie. Infatti, il soggetto danneggiato che riuscisse ad accedere alle dichiarazioni auto-incriminanti fornite dal leniency applicant, contenenti di regola la descrizione dettagliata del cartello e della partecipazione dell'impresa allo stesso, sarebbe ampiamente agevolato nella prova dell'infrazione e dell'eventuale danno subito (nonché del suo ammontare e del nesso di causalità), riuscendo con maggiore probabilità ad ottenere la condanna risarcitoria nei confronti dell'impresa istante la clemenza, la quale ultima verrebbe dunque a trovarsi in una posizione peggiore rispetto alle altre imprese responsabili non cooperanti, nei cui confronti gli eventuali ricorrenti potrebbero agire solo in virtù del contenuto del provvedimento antitrust.

Per il beneficiario della clemenza è dunque evidente la convenienza ad evitare ogni forma di divulgazione e di possibilità di accesso a tali dichiarazioni ufficiali fornite unitamente all'istanza di ammissione al programma. Una simile previsione andrebbe certamente ad accrescere l'*appeal* della leniency e il successo dell'istituto, con maggiori possibilità di accertamento dei cartelli segreti da parte dell'autorità<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Ai sensi del paragrafo 17 delle Conclusioni presentate dall'avvocato generale Jan Marzak il 16 dicembre 2010, nell'ambito del caso *Pfleiderer*, causa C 360/09, per “dichiarazioni ufficiali” si devono intendere “tutte le informazioni che l'autore dell'istanza di leniency abbia presentato spontaneamente circa il cartello e il ruolo svolto al suo interno al fine di conformarsi al programma di clemenza”.

<sup>197</sup> Ai sensi del par. 6 della Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra le imprese «le confessioni volontarie delle imprese si

Di converso, è evidente come per il soggetto danneggiato che intenda adire la tutela risarcitoria sia di estrema utilità accedere alle dichiarazioni ufficiali auto-incriminanti fornite dal leniency applicant ed alla documentazione allegata, al fine di riuscire con maggior facilità ad assolvere l'onere probatorio concernente l'illecito e il danno subito; onere probatorio di per sé particolarmente gravoso e complesso, specie qualora il ricorrente sia un privato consumatore.

Si avverte dunque la necessità di bilanciare due opposti interessi in gioco: da un lato, l'interesse alla riservatezza del beneficiario del trattamento favorevole e il conseguente interesse pubblicistico ad assicurare l'adeguato funzionamento dell'istituto della clemenza<sup>198</sup>; dall'altro lato, l'interesse del danneggiato a veder agevolato il proprio onere probatorio con accrescimento del livello di probabilità di ottenere il risarcimento del danno subito e il conseguente interesse collettivo a garantire lo sviluppo del private enforcement.

Dal punto di vista normativo, a livello comunitario, la questione sembrerebbe non porre particolari problemi, in virtù della affermata esclusione della facoltà per il ricorrente privato di ottenere l'accesso agli atti di clemenza.

---

sono rivelate utili ai fini dell'efficacia delle indagini e per porre fine alle infrazioni costituite dai cartelli, e non vanno scoraggiate con ordini di esibizione delle prove documentali nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. I potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione ai sensi della presente comunicazione se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile».

<sup>198</sup> Cfr. Risoluzione del 26 marzo 2009 del Parlamento europeo sul Libro Bianco (2008/2154(INI) in cui evidenzia che «l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati»; in termini analoghi l'avvocato Generale Mazak, nelle conclusioni presentate il 16 dicembre 2010, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* (punti 41 e 42) in cui sottolinea che «i programmi recano vantaggio anche ai privati lesi dal cartello ai fini della promozione dell'azione risarcitoria; perciò al fine di tutelare interessi sia pubblici sia privati alla individuazione e repressione dei cartelli segreti, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza».

In questo senso, giova menzionare anzitutto il regolamento n. 1049/2001<sup>199</sup> che, dopo aver affermato l'obiettivo generale perseguito dalle istituzioni comunitarie di garantire un elevato livello di trasparenza nei confronti dei cittadini, all'art. 4 prevede una serie di eccezioni al principio in parola statuendo, tra l'altro, che le istituzioni possono rifiutare l'accesso agli atti qualora la divulgazione possa arrecare pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica o degli obiettivi delle attività ispettive ed investigative, a meno che non vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. In virtù di questa norma, quindi, il giudice ben potrebbe impedire l'accesso al fascicolo dell'indagine antitrust della Commissione, ritenendo prevalente l'interesse dell'impresa beneficiaria della clemenza.

Nella stessa ottica di tutela della riservatezza del leniency applicant, si esprime la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato dove viene stabilita la possibilità per la Commissione di rifiutare «la trasmissione di informazioni alle giurisdizioni nazionali per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidate. Di conseguenza, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima»<sup>200</sup>.

Infine, in maniera inequivocabile, il principio di riservatezza nei confronti dei privati ricorrenti è enunciato dalla Commissione nella stessa Comunicazione

---

<sup>199</sup> Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

<sup>200</sup> Cfr. Par. 37-42 della Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, Gazzetta ufficiale C-101 del 27 aprile 2004.

sulla immunità dalle ammende in cui, ai paragrafi 33 e 34, viene statuito che l'accesso alle dichiarazioni ufficiali contenute nel fascicolo istruttorio è accordato soltanto ai destinatari della comunicazione degli addebiti, peraltro a condizione che essi si impegnino ad astenersi da qualunque copia del loro contenuto e che utilizzino tali informazioni soltanto ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo.

La Commissione specifica espressamente che alle altre parti, quali i soggetti danneggiati da un cartello che intendano promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile, non possa invece essere accordato l'accesso alle dichiarazioni ufficiali, salva l'eventualità in cui il richiedente abbia già reso noto a terzi il contenuto di dette dichiarazioni ufficiali, venendo in tal caso meno l'esigenza della riservatezza; in tutti gli altri casi una siffatta forma d'accesso «avrebbe l'effetto di porre il richiedente, nell'ambito di detto procedimento civile, in una posizione deteriore rispetto agli altri membri del cartello, pregiudicando in tal modo l'efficacia del programma di clemenza»<sup>201</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento nazionale, la Comunicazione dell'Agcm sulla clemenza, nella sua formulazione originaria, non prevedeva analoghe restrizioni all'accesso ai *corporate statements* in capo ai soggetti privati danneggiati dal cartello, con evidente vantaggio per l'esito delle azioni risarcitorie. Tuttavia detta Comunicazione è stata modificata dall'Agcm nel 2010<sup>202</sup> e, nel nuovo art. 10-bis, si prevede la possibilità di accesso alle dichiarazioni del leniency applicant esclusivamente alle parti a cui sia stata contestata una violazione antitrust col provvedimento di avvio dell'istruttoria (i c.d. co-cartelist), con esclusione dei soggetti terzi, ancorché eventualmente

---

<sup>201</sup> Cfr. paragrafo 17 delle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Jan Marzak il 16 dicembre 2010 con riferimento al caso *Pfleiderer* causa C 360/09.

<sup>202</sup> Modifica alla Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della L.287/1990 (Programma di clemenza nazionale), del 6 maggio 2010, che modifica i punti 8 e 10 e introduce il nuovo art. 10-bis.

interventuti nel procedimento, ai quali non è invece consentito né l'accesso alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata.

Sempre al fine di incentivare il ricorso ai programmi di clemenza, è stata prevista, sia a livello comunitario che nazionale, la possibilità di presentare le dichiarazioni ufficiali in forma orale. In particolare, su istanza dell'interessato, l'Autorità può accettare che le dichiarazioni ufficiali siano rilasciate oralmente, salva la loro registrazione e trascrizione a cura degli uffici e salvo che il richiedente abbia già reso noto a terzi il contenuto della dichiarazione. Siffatta previsione accresce il livello di tutela della riservatezza del leniency applicant, dal momento che il documento inserito nel fascicolo costituisce non già un atto di parte, bensì un documento dell'ufficio e l'accesso alle trascrizioni deve in ogni caso essere differito fino all'invio della CRI, anche qui limitatamente ai co-cartelist, senza facoltà di estrazione e copia, e al solo fine dell'esercizio del diritto di difesa.

### 3.3.2 *L'accesso difensivo alla documentazione leniency delle parti indagate*

Altro principio fondamentale all'interno del procedimento antitrust che richiede un adeguato bilanciamento rispetto alla tutela della riservatezza del beneficiario della clemenza riguarda l'esercizio del diritto di difesa da parte degli altri co-cartelist, i quali, per poter esercitare un'effettiva difesa, hanno bisogno di avere pieno accesso al fascicolo istruttorio, comprensivo delle dichiarazioni incriminanti e della documentazione allegata resa dal leniency applicant.

Le comunicazioni dell'Autorità Antitrust nazionale e della Commissione Europea, dopo aver espressamente sancito la possibilità per le parti indagate nel relativo procedimento di ottenere la *disclosure* di tali atti, prevedono altresì delle limitazioni cronologiche e teleologiche per l'accesso a tali dichiarazioni confessorie.

In particolare, tale accesso è consentito solo dopo l'invio dello *statement of objection* o della CRI (comunicazione risultanze istruttorie), per sola visione, senza facoltà di estrazione e copia, e soltanto ai fini dei procedimenti

amministrativi e giudiziari inerenti alla violazione della normativa antitrust, salva in ogni caso la tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali<sup>203</sup>.

Per quanto concerne il profilo temporale, tale differimento cronologico dell'accesso per le parti fino all'invio della CRI, automatico per i *corporate statements* presentati in forma orale o scritta e discrezionale (seppur abituale nella prassi giudiziale) per la documentazione presentata dall'impresa istante in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria<sup>204</sup>, è funzionale alla tutela della riservatezza del leniency applicant per tutta la durata del procedimento istruttorio nei confronti delle altre parti coinvolte, ma al contempo risulta essere pregiudizievole per il diritto di difesa delle parti indagate, le quali potranno avere pieno accesso al fascicolo e alle dichiarazioni incriminanti solo dopo l'invio della CRI, cioè in una fase in cui le posizioni dell'autorità inquirente si sono già cristallizzate, con alterazione del principio di *parità delle armi* tra autorità inquirente e parti indagate<sup>205</sup>. Così, come sottolineato nel saggio di Vincenzo Meli<sup>206</sup>, una soluzione che contemperi i diversi interessi in gioco potrebbe essere quella di prevedere un termine per l'accesso pieno al fascicolo

---

<sup>203</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, decisione n. 6481/2010.

<sup>204</sup> Cfr. art. 13 comma 10 d.p.r. 217/1998 *Regolamento di procedura per l'applicazione della L.287/1990*: «L'ufficio può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie di cui all'articolo 14».

<sup>205</sup> Tale principio è stato enunciato a livello comunitario dalla giurisprudenza *Carbonato di sodio* (Cfr. Tribunale (CE), 29 giugno 1995, causa T - 30/91) con cui è stato affermato che «in una causa di concorrenza l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione, non si può ammettere che la Commissione, pronunciandosi sull'infrazione, sia l'unica ad avere a disposizione determinati documenti e possa decidere da sola se utilizzarli o meno contro l'impresa interessata, senza che quest'ultima abbia accesso a tali documenti. il diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali va temperato con la garanzia dei diritti della difesa, e non può, da solo, giustificare il rifiuto da parte della Commissione di rendere noti ad un'impresa, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di un elenco dei documenti raccolti dalla Commissione, elementi del fascicolo che questa potrebbe utilizzare per la propria difesa».

<sup>206</sup> Cfr. VINCENZO MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in Mercato, concorrenza e regole, vol.2, 2007, paragrafo 4.

che si collochi in una fase avanzata del procedimento istruttorio, così da non pregiudicare le indagini e l'attività di collaborazione, ma che al contempo sia anteriore all'invio della CRI, così che le parti indagate abbiano la facoltà di presentare memorie e deduzioni inerenti alle dichiarazioni incriminanti di cui la CRI possa tenere debita considerazione.

Per ciò che concerne invece il profilo teleologico, le parti possono accedere alle dichiarazioni ufficiali soltanto ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il procedimento amministrativo in corso<sup>207</sup>; ciò significa che l'accesso ai *corporate statements* è consentito ai soli fini dell'esercizio del diritto di difesa, per consentire alle parti indagate di avere piena conoscenza del fascicolo istruttorio nella sua interezza, onde conoscere esattamente il materiale incriminante su cui si fonderà la decisione dell'autorità e poter quindi presentare memorie, osservazioni e deduzioni nell'esercizio del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

La Comunicazione della Commissione prevede che il *co-cartelist* che abbia ottenuto l'accesso alle dichiarazioni del leniency applicant e che le utilizzi a fini diversi dall'esercizio del diritto di difesa si renda responsabile della violazione dell'impegno a cooperare con la Commissione, con la conseguenza che *in primis* non potrà beneficiare di alcun eventuale trattamento favorevole ulteriore concesso dall'Autorità alle altre parti del cartello e, in secondo luogo, nel caso in cui le informazioni vengano utilizzate in tal modo dopo che la Commissione abbia 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

---

<sup>207</sup> Questo vincolo è sancito dalla Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio (GUUE C 325 del 22 dicembre 2005), richiamata al punto 34 della Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese; nonché dal punto 10-bis della Comunicazione dell'Agcm sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni.

infliggere all'impresa responsabile nonché richiedere un provvedimento disciplinare a carico del legale esterno di cui eventualmente l'impresa si sia avvalsa.

Sul bilanciamento di detti interessi contrapposti si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato<sup>208</sup> in merito a una controversia sorta dal ricorso presentato da un'impresa parte del cartello dei cosmetici avverso la decisione dell'Agcm di rifiutare l'accesso ad alcuni documenti del fascicolo istruttorio forniti dai leniency applicant<sup>209</sup>.

In particolare, la società Reckitt, a seguito dell'invio della CRI, veniva ammessa a prendere visione del fascicolo istruttorio comprensivo della domanda di clemenza presentata in forma orale da Henkel; tuttavia la società, ritenendo insufficiente tale documentazione concessa in visione, presentava una seconda istanza di accesso agli atti istruttori che però l'Autorità accoglieva solo parzialmente, rifiutando l'accesso a ben 17 documenti forniti dal leniency applicant, in quanto dichiarati non rilevanti ai fini del procedimento e/o contenenti informazioni sensibili, al fine di preservare gli incentivi delle imprese ad accedere ai programmi di clemenza. Nella specie, la ricorrente denunciava che la decisione dell'Agcm si poneva in contrasto col diritto di difesa e col principio di parità delle armi il quale richiede che sia garantito alle parti indagate il pieno accesso al fascicolo istruttorio, fatta salva l'eccezione, di stretta applicazione, relativa alle sole informazioni commercialmente sensibili, anch'esse, peraltro, da ostendere se rilevanti ai fini della difesa dell'impresa, sostenendo che l'interesse alla riservatezza è senz'altro soccombente rispetto a quello di difesa.

La ricorrente evidenziava come la documentazione fornita dal leniency applicant a sostegno della domanda di clemenza presentata in forma orale fosse

---

<sup>208</sup> Cfr. Decisione del Consiglio di Stato n. 6481 del 6 giugno 2010 (relativa al provvedimento dell'Agcm sul caso I-701 *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, avviato in data 12 giugno 2008), che conferma le statuizioni del TAR Lazio n. 8015 e 8016 del 22 aprile 2010.

<sup>209</sup> Ricorso R.G.1182/2010 presentato da Reckitt Benckiser Holdings (Italia) s.r.l. contro decisione Agcm n.12825 del 22 gennaio 2010 che rigetta l'istanza di accesso presentata dalla società il 5 gennaio 2010.

in realtà indispensabile per la difesa nel procedimento, poiché costituente parte integrante del materiale probatorio su cui si incentra la prova dell'illecito concorrenziale, non potendosi ritenere la CRI adeguatamente sostitutiva di tale materiale; di conseguenza un siffatto diniego d'accesso sarebbe lesivo del diritto di accesso difensivo nel procedimento istruttorio e in definitiva del principio del contraddittorio, non consentendo alla parte indagata di conoscere appieno l'ipotesi accusatoria ed elaborare conseguentemente la propria strategia difensiva.

Il TAR, confermando la decisione dell'Agcm, ha rigettato il ricorso statuendo che, in base alla disciplina generale dell'accesso agli atti nei procedimenti in materia antitrust, ai fini del necessario temperamento tra diritto alla riservatezza dei dati sensibili dei leniency applicant e diritto di difesa delle altre parti del procedimento, il principio di parità delle armi non comporta che il diritto di accesso prevalga in ogni caso sulle esigenze di riservatezza ma soltanto che venga consentito alle imprese coinvolte nell'istruttoria antitrust di conoscere ciò che è incluso nell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto.

Nel caso di specie, tale disciplina sarebbe stata rispettata in quanto l'Autorità avrebbe predisposto un indice dettagliato del fascicolo procedimentale, contenente una sintetica descrizione anche dei documenti secretati. Inoltre, il TAR ha dichiarato legittimo il diniego di accesso sul presupposto che per 13 dei 17 documenti oggetto dell'istanza era comunque stato consentito un accesso parziale, con secretazione dei soli documenti (o parti di essi) contenenti informazioni e dati commercialmente sensibili nonché di quelli considerati irrilevanti ai fini della difesa procedimentale della parte ricorrente.

Il Consiglio di Stato ha ribadito quanto affermato dal giudice di primo grado per cui non tutte le informazioni e i documenti allegati alla domanda di clemenza vanno ritenuti di per sé decisivi per l'accertamento dell'infrazione, potendo i richiedenti fornire, in vista del beneficio, elementi ultronei, rispetto ai quali l'Autorità dispone di un certo margine di discrezionalità per valutare se la

cooperazione dell'impresa sia stata determinante per la constatazione dell'esistenza di una infrazione e precisando che il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio e salva in ogni caso la tutela dei segreti aziendali.

Il Collegio precisa che il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica soltanto che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, nel caso di documenti contenenti informazioni sensibili, il diritto di accesso deve essere consentito solo nei limiti in cui ciò sia strettamente funzionale alle esigenze del contraddittorio.

Nel caso in parola quindi i giudici hanno ritenuto di procedere al bilanciamento degli interessi in gioco a favore della riservatezza del beneficiario della clemenza, ma nulla esclude che in diverse circostanze l'ago della bilancia possa segnare la prevalenza del diritto all'accesso difensivo dei co-cartelist.

### *3.3.3 La riservatezza verso le autorità antitrust*

Come già visto, la domanda di clemenza presentata alla Commissione o ad una Autorità della *ECN* (European Commission Network) non vale come domanda presentata a tutte le autorità della rete; spetterà piuttosto al richiedente valutare l'opportunità di presentare la stessa domanda alle varie autorità interessate, al fine di essere ammesso al trattamento e quindi essere posto al riparo da sanzione rispetto a tutti gli ordinamenti giuridici coinvolti.

Per il richiedente dunque sarà di estrema importanza la tempestività nella presentazione della domanda di ammissione al programma nei confronti delle varie autorità in quanto, in assenza di contestualità delle stesse, l'impresa ammessa ad una leniency application potrebbe incorrere nel procedimento sanzionatorio avviato da altra autorità competente. Assume quindi fondamentale importanza la questione della riservatezza del leniency material verso le altre autorità antitrust in quanto è evidente che, se non ci fossero limiti nella

circolazione delle informazioni e del materiale confessorio auto-incriminante nell'ambito della rete, sarebbe maggiormente probabile per l'impresa richiedente l'esposizione al sanzionamento da parte di altre autorità e ne conseguirebbe in definitiva una compressione dell'*appeal* del programma di clemenza.

La Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza<sup>210</sup> ha cercato di mitigare questo inconveniente. In particolare, la Comunicazione prevede che l'autorità ricevente l'istanza di leniency possa trasmettere il materiale ricevuto ad altra autorità della rete solo previo consenso del richiedente; detto consenso è richiesto ai fini della trasmissione di tutte le informazioni fornite volontariamente dal richiedente nella domanda di clemenza nonché di tutte le altre informazioni raccolte nel corso (o a seguito) di indagini e che non sarebbe stato possibile conseguire in assenza della richiesta di trattamento favorevole<sup>211</sup>. Al momento della presentazione della domanda la Commissione inviterà il richiedente a fornire detto consenso in maniera irrevocabile, specie nei riguardi delle autorità presso le quali sia possibile per il richiedente ottenere il trattamento favorevole.

La Comunicazione esclude la necessità del consenso alla trasmissione delle informazioni alle altre autorità soltanto in due ipotesi: qualora anche l'autorità ricevente abbia ricevuto domanda di trattamento favorevole in merito alla medesima infrazione da parte del medesimo richiedente, a condizione che al momento in cui le informazioni vengono trasmesse il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni fornite alla predetta autorità ricevente; e qualora l'autorità ricevente si sia impegnata per iscritto affinché le informazioni ad essa trasmesse non siano utilizzate da essa per imporre sanzioni a carico del richiedente. In ogni caso l'autorità ricevente deve impegnarsi a trattare le informazioni col medesimo livello di salvaguardia contro la loro diffusione assicurato dalla Commissione.

---

<sup>210</sup> Comunicazione Commissione del 27 aprile 2004 (2004/C 101/03), punto 2.3.3.

<sup>211</sup> *Ibidem*, punto 40.

Tale normativa è evidentemente volta ad incentivare l'accesso alla clemenza, mettendo il richiedente al riparo dal rischio di divulgazione delle dichiarazioni confessorie tra le autorità antitrust nazionali col rischio di esposizione al procedimento antitrust ad opera di altre autorità nazionali.

### **3.4 Il diritto di accesso nella giurisprudenza comunitaria: la formula Pfleiderer**

La questione relativa al delicato rapporto tra public e private enforcement del diritto antitrust, e in particolare tra diritto di accesso dei terzi danneggiati aspiranti all'acquisizione del *leniency material* a fini risarcitori e diritto alla riservatezza del leniency applicant, è stata di recente affrontata da un'importante sentenza della Corte di Giustizia, relativa al caso Pfleiderer<sup>212</sup>.

La pronuncia verte su una causa pregiudiziale proposta alla Corte, ex art. 267 TFUE, da parte dell'Amtsgericht Bonn (Tribunale di primo grado di Bonn) il quale ultimo ha ritenuto di sospendere il procedimento principale vertente su un ricorso proposto dalla Pfleiderer avverso un provvedimento del Bundeskartellamt (Autorità Antitrust tedesca), ritenendo che la soluzione della causa richiedesse l'interpretazione del diritto comunitario e perciò investendo la Corte di Giustizia della questione.

In particolare, con una decisione del 21 gennaio 2008, il Bundeskartellamt aveva condannato tre imprese produttrici di carta decorativa al pagamento di ammende, in quanto responsabili della violazione dell'art. 81 per aver preso parte ad un cartello di fissazione dei prezzi e di contingentamento della produzione. La Pfleiderer AG, ritenendosi danneggiata dal cartello sanzionato, presentava all'Autorità Garante, in data 26 febbraio 2008, richiesta di accesso integrale agli

---

<sup>212</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 giugno 2011, resa all'esito del procedimento C-360/09 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Amtsgericht Bonn (Germania) con decisione 4 agosto 2009, pervenuta in cancelleria il 9 settembre 2009, nella causa *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*.

atti relativi al procedimento sanzionatorio, compresi tutti i documenti relativi al procedimento di clemenza, al fine di predisporre l'azione civile risarcitoria. Infatti la Pfleiderer AG è l'impresa produttrice leader mondiale di prodotti di legno composito, cliente delle imprese sanzionate dalle quali, negli ultimi tre anni, avrebbe acquistato merci per un valore di oltre 60 milioni di euro, subendo quindi un ingente danno causato dalla partecipazione delle società fornitrice al cartello anticoncorrenziale. Con decisione del 14 ottobre 2008 il Bundeskartellamt ha parzialmente respinto tale richiesta, limitando l'accesso al fascicolo ad una versione da cui erano stati espunti i segreti aziendali ed escludendo in particolare l'esibizione dei materiali relativi al programma di clemenza, i documenti e le informazioni all'uopo prodotte<sup>213</sup>.

Quindi la Pfleiderer ha proposto ricorso dinanzi all'Amtsgericht Bonn avverso tale decisione di rigetto parziale. Il Tribunale tedesco, investito della causa, ha dapprima deciso la controversia a favore del ricorrente, ordinando l'ostensione dei documenti richiesti in quanto, ai sensi del codice di procedura penale tedesco e della legge sulle infrazioni amministrative che prevede l'applicazione al processo amministrativo delle norme del codice di procedura penale, riteneva che la ricorrente potesse considerarsi alla stregua di persona offesa titolare di un interesse legittimo all'accesso al leniency material.

Tuttavia, rilevando un presunto contrasto con la normativa comunitaria, il giudice ha sospeso l'esecuzione della decisione per investire la Corte di Giustizia della questione se, e in quale misura, l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro possa rivelare ad un soggetto leso informazioni che le siano state spontaneamente trasmesse dai membri di un cartello in conformità di un programma di clemenza, affinché l'interessato possa promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile per presunti danni provocati dal cartello.

---

<sup>213</sup> Il punto 22 del Leniency Programme del Bundeskartellamt del 7 marzo 2006 sancisce che «il Bundeskartellamt, nell'esercizio dei poteri discrezionali conferitigli dalla legge, respinge, in linea di principio, le istanze dei privati volte alla consultazione dei fascicoli o all'accesso alle informazioni allorchè riguardino una leniency application e gli elementi probatori ad essa correlati».

In particolare, nel sollevare la questione pregiudiziale, il Tribunale di Bonn sottolineava l'opportunità di un equo bilanciamento tra i due interessi contrapposti coinvolti, vale a dire la tutela dell'efficacia dei programmi di clemenza quali strumenti essenziali per l'accertamento dei cartelli da un lato e dall'altro il diritto dei soggetti danneggiati ad un ricorso effettivo e ad un processo equo ai sensi degli articoli 51 e 6 della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo).

Le pronuncia della Corte è stata preceduta dalle conclusioni dell'avvocato generale Mazàk presentate in data 16 dicembre 2010 secondo il quale, in estrema sintesi, la divulgazione ad una parte del procedimento civile delle dichiarazioni auto-incriminanti rese volontariamente nell'ambito di un programma di clemenza, con cui il richiedente ammette e descrive la propria partecipazione ad un cartello antitrust, potrebbe rendere sostanzialmente meno attrattivo e quindi meno efficace il programma di clemenza e ciò, a sua volta, potrebbe pregiudicare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE e, in ultima ripercussione, anche la possibilità stessa dei soggetti danneggiati di esperire un ricorso effettivo<sup>214</sup>.

Al contempo, l'Avvocato ha ritenuto che l'accesso al leniency material contribuisce a garantire ai soggetti lesi da illeciti antitrust il diritto ad un ricorso effettivo e ad un equo processo<sup>215</sup>. Quindi, per contemperare i due interessi contrapposti, l'Avvocato ha proposto di distinguere tra le dichiarazioni auto-incriminanti rese volontariamente dal leniency applicant, in relazione alle quali dovrebbe essere escluso l'accesso dei terzi onde garantire la riservatezza del richiedente, e i documenti preesistenti prodotti prima e/o al di fuori della procedura di clemenza, per i quali invece dovrebbe essere consentito l'accesso dei terzi, onde garantire un ricorso effettivo alla tutela risarcitoria agevolando la prova dell'infrazione, del danno e/o del nesso causale<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Punto 44 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Mazàk presentate il 16 dicembre 2010 nella causa *Pfleiderer*.

<sup>215</sup> *Ibidem*, punto 37.

<sup>216</sup> *Ibidem*, punto 47.

Nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia, in data 14 giugno 2011, viene ribadita la fondamentale importanza di ambedue gli interessi e gli istituti in parola, ritenuti meritevoli della medesima tutela, sul presupposto che, da un lato, il programma di clemenza contribuisce all'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE agevolando l'accertamento dei cartelli antitrust e, dall'altro lato, l'effettivo esercizio della tutela risarcitoria rappresenta un diritto fondamentale spettante a tutti i cittadini europei nonché uno strumento idoneo a rafforzare il carattere operativo delle norme sulla concorrenza<sup>217</sup>. Tuttavia, al di fuori di questa affermazione di principio, la Corte ha omesso di pronunciarsi sulla prevalenza dell'uno o dell'altro interesse, quello del terzo danneggiato ovvero quello del beneficiario del trattamento favorevole, limitandosi a statuire che «tale bilanciamento può essere compiuto dai giudici nazionali solamente caso per caso, nell'ambito del diritto nazionale e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie»<sup>218</sup>.

La Corte, discostandosi da quanto affermato nel Libro Bianco e nella Comunicazione del 2006, ha espressamente riconosciuto la possibilità che un soggetto danneggiato da un'infrazione antitrust, che intenda conseguire il risarcimento del danno subito, possa ottenere l'accesso ai documenti relativi al procedimento di clemenza e che «spetti ai giudici nazionali, sulla base del proprio diritto nazionale, stabilire le condizioni alle quali un simile accesso deve essere consentito o negato, ponderando gli interessi tutelati dall'Unione Europea»<sup>219</sup>. La Corte si è quindi sostanzialmente astenuta dal procedere all'auspicata ponderazione degli interessi contrapposti, impedendo così il formarsi di un orientamento uniforme a livello comunitario, limitandosi a rimettere la questione alla discrezionalità dei giudici nazionali.

A seguito di questa pronuncia, nel caso *Pfleiderer*, in data 18 gennaio 2012, l'Amtsgericht Bonn ha negato la possibilità di accedere ai documenti della

---

<sup>217</sup> Cfr. punti 25-32 della sentenza della Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, causa *Pfleiderer*.

<sup>218</sup> *Ibidem*, punto 31, dove viene enunciata la c.d. formula *Pfleiderer*.

<sup>219</sup> *Ibidem*, punto 32.

procedura di clemenza alla società ricorrente Pfleiderer, statuendo che «l'obiettivo dell'efficace deterrenza delle violazioni antitrust giustifica nel caso specifico il diniego dell'accesso». Inoltre il giudice tedesco ha rimarcato che il punto 22 del leniency programme nazionale ingenera in capo al leniency applicant un legittimo affidamento circa la protezione delle informazioni trasmesse, la lesione del quale avrebbe certamente delle ripercussioni negative sull'*appeal* dei programmi di clemenza e sul ricorso agli stessi, con effetti pregiudizievoli per il public enforcement.

L'applicazione della *formula Pfleiderer* elaborata dalla Corte di Giustizia ha portato invece a risultati opposti nell'ambito della causa National Grid Electricity decisa dalla High Court of Justice<sup>220</sup>.

Nel caso in parola, la società inglese National Grid Electricity Transmission Plc (NGET), assumendo di aver subito un danno da overcharge causato da un cartello avente portata mondiale intercorso tra venti imprese sul mercato delle apparecchiature di comando con isolamento in gas, accertato e sanzionato dalla Commissione Europea nel 2007 grazie alla leniency application dell'impresa ABB<sup>221</sup>, chiedeva di ottenere l'accesso alla versione riservata della decisione della Commissione, ritenendola rilevante ai fini dell'azione risarcitoria *follow-on*. L'istanza di accesso dunque non riguardava direttamente i *corporate statements* bensì le parti censurate della decisione contenenti tra l'altro stralci e richiami al *leniency material*, di fondamentale rilevanza per l'assolvimento dell'onere probatorio nell'azione civile di danno.

A fronte di tale istanza di accesso, il giudice inglese ha richiesto l'intervento della Commissione in qualità di *amicus curiae* ex art. 15 par. 3 Reg.1/2003 al fine di confermare la rilevanza e l'applicabilità della *formula Pfleiderer* per l'autorizzazione all'accesso al materiale fornito nell'ambito del programma di clemenza comunitario; nel suo intervento, la Commissione si è limitata a

---

<sup>220</sup> High Court of Justice, Chancery Division, 4 luglio 2011, *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd and Others*.

<sup>221</sup> Commissione Europea, 24 gennaio 2007, causa COMP/F/38. 899, *Gas Insulated Switchgear (GIS)*.

richiamare i fattori rilevanti in sede di bilanciamento dei due interessi, senza assumere posizioni certe in merito alla prevalenza dell'uno o dell'altro, disattendendo nuovamente, come già la Corte di Giustizia aveva fatto, l'aspettativa di una risposta univoca e certa al problema.

A fronte del perdurare di tale ambiguità, la High Court ha risolto positivamente il quesito, reputando applicabile la *formula Pfleiderer* e quindi ritenendo rientrare nella sua discrezionalità l'autorizzazione o meno della *disclosure*; il giudice ha rilevato come la sentenza della Corte si fosse riferita tout court ai programmi di clemenza, senza distinzione tra quelli nazionali e quello europeo, ed ha ritenuto che quindi, in assenza di una normativa comunitaria vincolante<sup>222</sup>, debbano trovare applicazione le norme nazionali<sup>223</sup> che, nell'ordinamento inglese, non precludono in maniera netta tale possibilità di accesso. Nel procedere dunque al bilanciamento dei contrapposti interessi nel caso concreto, il giudice inglese sottolinea come la concessione dell'ordine di *disclosure* alla ricorrente non avrebbe pregiudicato la posizione del leniency applicant, il quale non si sarebbe venuto a trovare, a causa dell'accesso, in una posizione peggiore rispetto ai *co-cartelist*; infatti le imprese convenute in giudizio da NGET comprendevano imprese partecipanti al cartello che non avevano richiesto un trattamento favorevole con la conseguenza che la *disclosure* sarebbe stata funzionale ad esperire una proficua azione di danni non soltanto nei confronti del leniency applicant bensì di molteplici imprese parti dell'intesa, con la facoltà per il beneficiario della clemenza eventualmente condannato al risarcimento a proporre una *contribution claim* nei confronti dei compartecipi dell'accordo collusivo.

---

<sup>222</sup> Cfr. punto 34, High Court of Justice, Chancery Division, 4 luglio 2011, *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd and Others*, dove il giudice inglese rileva che le norme contenute nella comunicazione europea sulla clemenza non hanno natura vincolante e non producono alcun effetto sull'applicazione delle norme nazionali relative ai procedimenti civili.

<sup>223</sup> *Ibidem*, punti 23-29.

Inoltre, il giudice rileva come un siffatto ordine di accesso, nel caso di specie, non avrebbe avuto efficacia pregiudizievole circa l'*appeal* dei programmi di clemenza dal momento che, in primo luogo, l'ordine di esibizione verrebbe impartito in un momento successivo alla chiusura dell'istruttoria senza alcuna preoccupazione circa l'esito delle indagini e della proficua collaborazione e, in secondo luogo, tale *disclosure* non avrebbe di per sé disincentivato la partecipazione futura a leniency programmes, specie se aventi ad oggetto cartelli gravi e duraturi, in relazione ai quali l'immunità da sanzione fungerebbe già da valido e sufficiente incentivo alla cooperazione.

Quindi il giudice è passato ad evidenziare la necessità di applicare adeguatamente il principio di proporzionalità onde ritenere prevalente il diritto ad un ricorso effettivo nei casi in cui il materiale di cui è chiesta l'esibizione sia effettivamente rilevante ai fini della prova nel giudizio risarcitorio, non altrimenti reperibile e comunque sempre garantendo la riservatezza delle informazioni riservate e dei segreti commerciali.

In conclusione a tale lunga argomentazione, la High Court ha concesso un'ostensione parziale della versione integrale della decisione della Commissione.

È dunque evidente come la *formula Pfleiderer* elaborata dalla Corte di Giustizia abbia creato un clima di flessibilità e di incertezza in merito al tema dell'accesso e della protezione del leniency applicant, riducendo la certezza e le aspettative del richiedente il trattamento favorevole, con gravi ripercussioni sul funzionamento dell'istituto.

Di recente, sul tema dell'accesso si è tornata a pronunciare la Corte di Giustizia, con una sentenza che sostanzialmente nulla aggiunge rispetto a quella resa nel caso *Pfleiderer*. La pronuncia in questione è quella resa, sempre in occasione di un rinvio pregiudiziale, sul caso *Donau Chemie*<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Corte di Giustizia (CE), Prima Sezione, 6 giugno 2013, causa *Donau Chemie*, AG C-536/11, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dall'Oberlandesgericht Wien (Austria), con decisione del 12 ottobre 2011.

Considerando brevemente i fatti di causa, con una decisione del 26 marzo 2010, l'Oberlandesgericht Wien (Tribunale della Concorrenza di Vienna) ha inflitto ammende per un importo totale di un milione e mezzo di euro alla Donau Chemie ed altri per essersi resi responsabili della violazione dell'art. 101 TFUE partecipando ad un cartello sul mercato all'ingrosso dei prodotti chimici per la stampa. Il VDMT (Verband Druck & Medientechnik), un'associazione a tutela delle imprese, tra cui segnatamente quelle operanti nel settore della stampa, in data 3 luglio 2011, ha chiesto l'accesso al fascicolo relativo al procedimento giudiziario, e in particolare al leniency material, al fine di acquisire elementi rilevanti per valutare il pregiudizio subito dai suoi membri a causa del cartello, ai fini di un'eventuale azione risarcitoria.

Il giudice del rinvio ha evidenziato come nell'ordinamento austriaco esista una norma di legge, art. 39 par. 2 del KartG, con cui il legislatore avrebbe provveduto ad un bilanciamento dei contrapposti interessi a favore della tutela della riservatezza, escludendo la facoltà per il giudice di consentire l'accesso ai terzi danneggiati al fascicolo istruttorio in assenza del consenso di tutte le parti del procedimento.

Nel rinvio pregiudiziale in parola, il giudice del rinvio austriaco chiede alla Corte di vagliare la compatibilità di detta normativa nazionale con quanto statuito nella sentenza Pfleiderer ove è invece statuita la necessità di evitare normative nazionali tali da ridurre l'effettività della tutela risarcitoria e di procedere esclusivamente caso per caso al bilanciamento degli interessi rilevanti nella fattispecie. La pronuncia della Corte è stata preceduta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, rese in data 7 febbraio 2013, il quale, pur confermando il potere di ponderazione in capo al giudice nazionale, si esprime a favore della prevalenza dell'interesse ad assicurare il corretto funzionamento dei programmi di clemenza.

In particolare, l'Avvocato Generale richiama l'esistenza di un imperativo di protezione dei programmi di clemenza e afferma che «il diritto dei privati di chiedere un risarcimento agli operatori economici che hanno violato il diritto

dell'Unione in materia di concorrenza, sancito dalle sentenze *Courage e Crehan* e *Manfredi*, non dovrebbe essere sviluppato sino al punto da pregiudicare l'efficacia dei meccanismi di applicazione del diritto pubblico, siano essi europei o nazionali»<sup>225</sup>. Tuttavia, in merito alla questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio, l'Avvocato Generale si limita a richiamare quanto statuito dalla Corte nella sentenza *Pfleiderer*, ovvero la necessaria ponderazione caso per caso ad opera del giudice, con conseguente invalidità di una normativa nazionale che escluda tale facoltà in capo al giudice, senza tuttavia prendere posizione netta circa la prevalenza dell'interesse alla riservatezza del leniency applicant o alla tutela risarcitoria effettiva. L'Avvocato ritiene che una norma, quale quella austriaca che proceda ad una ponderazione che non lasci spazio ad uno degli interessi coinvolti non sia compatibile con il principio di proporzionalità ed ostacoli eccessivamente il ricorso ad una tutela risarcitoria effettiva, ritenendo invece più opportuno prevedere una norma che conferisca una protezione ai partecipanti di un programma di clemenza ma che preveda al contempo una ponderazione tra gli interessi degli altri partecipanti ad una pratica restrittiva e quelli delle presunte vittime.

Accogliendo tali conclusioni, la Corte di Giustizia, ribadendo nella sostanza quanto già precedentemente affermato, si è pronunciata nel senso di stabilire che il diritto dell'Unione osta ad una norma quale quella presente nell'ordinamento austriaco oggetto del rinvio in quanto non riconosce alcuna possibilità ai giudici di effettuare il suddetto bilanciamento e ribadisce la necessità di affidare al giudice nazionale la ponderazione degli interessi nella fattispecie concreta.

In definitiva dunque si può affermare come sia stata disattesa l'aspettativa di poter ottenere dalla Corte un utile indirizzo interpretativo su una questione così importante la cui soluzione è stata quindi rimessa ad una ponderazione caso per caso dei giudici nazionali, con conseguente incertezza applicativa e riduzione del livello di aspettativa del leniency applicant.

---

<sup>225</sup> Cfr. punti 61-62 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Jaakins nella causa 536/11, reperibili online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

### **3.5 Uno sguardo alle esperienze straniere. Il successo del leniency programme statunitense.**

L'ordinamento statunitense può essere considerato la patria dei programmi di clemenza. Ivi infatti il leniency programme è stato per la prima volta introdotto nel 1978 dall'Antitrust Division of DOJ (Department of Justice) con il Corporate Leniency Policy, poi modificato nel 1993 al fine di rendere più appetibile l'istituto in parola.

Per comprendere la portata dirompente del leniency programme statunitense basti pensare al fatto che nel 1990 gli Stati Uniti erano ancora l'unico ordinamento giuridico al mondo ad essere munito di un simile istituto e che oggi, sulla scia del modello americano, più di 50 paesi in tutto il mondo se ne sono muniti. Deve essere evidenziato come, ad oggi, in nessun altro ordinamento giuridico al mondo sia stato raggiunto il successo del programma americano, il quale continua a raggiungere risultati ineguagliabili in termini di procedimenti di amnistia attivati da un lato e, dall'altro lato, di accertamento di cartelli e di conseguenti condanne antitrust, con effetti rilevanti per il complessivo sistema di enforcement, nazionale ed anche internazionale.

In particolare è stato evidenziato che negli Stati Uniti dal 1993 al 2010 circa il 90% delle condanne per cartelli antitrust sono state inflitte a seguito di adesioni a programmi di clemenza.

Prima di analizzare gli elementi di successo dell'istituto nella sua attuale configurazione, consideriamone brevemente l'evoluzione storica.

Nella sua formulazione originaria, il Leniency Programme statunitense presentava dei punti di criticità notevoli che ne avevano ridotto l'appetibilità e il successo. In particolare i punti di debolezza del programma erano sostanzialmente due. In primo luogo il fatto che l'accesso al trattamento favorevole potesse essere accordato esclusivamente al richiedente che avesse presentato istanza di ammissione al programma prima dell'avvio delle indagini da parte dell'autorità. Come già detto, una simile previsione riduce le prospettive di successo dell'istituto, dal momento che le imprese saranno restie alla

collaborazione in una fase in cui l'Antitrust Division non disponga ancora di indizi tali da far insorgere nelle parti dell'accordo collusivo il timore di un procedimento penale e/o sanzionatorio a loro carico.

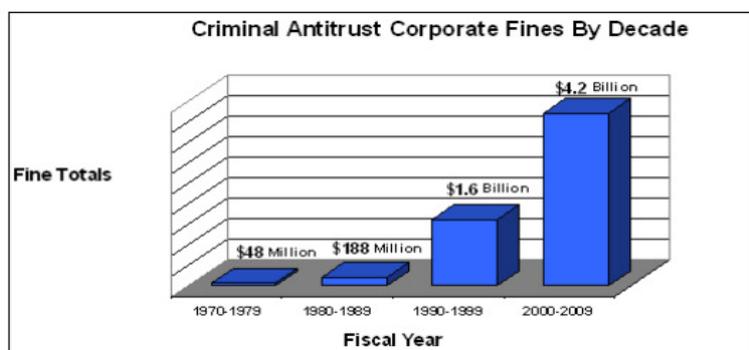
In aggiunta a questo ambito di applicazione troppo ristretto, altro fattore di criticità del programma originario era l'eccessiva portata dei poteri discrezionali dell'Antitrust Division nella valutazione delle istanze di clemenza, con conseguente deficit del livello di trasparenza, certezza e conoscibilità delle condizioni di impiego.

A differenza della situazione attuale infatti la concessione del trattamento favorevole all'impresa collaborante non era automatico bensì assoggettato alla valutazione discrezionale dei funzionari del DOJ che subordinavano sovente ad una valutazione di natura morale la concessione del beneficio all'impresa e dell'amnistia ai membri della stessa. Tutto ciò aveva fatto sì che il successo dell'istituto fosse notevolmente inferiore a quanto prospettato dall'Antitrust Division, specie se confrontato con i risultati attuali, tanto che la media delle leniency application nella vigenza del testo originario era pari a circa una sola richiesta di clemenza all'anno.

L'US Leniency Programme (anche detto *Amnesty Programme*), nella nuova formulazione del 1993, ha superato tutti questi fattori di criticità, raggiungendo risultati sorprendentemente positivi, tanto che ad oggi si registrano circa 20 leniency application ogni anno, molte delle quali aventi ad oggetto cartelli di portata globale e di significativa gravità.

In particolare, la riforma è andata ad incidere su tre aspetti della disciplina dei programmi di clemenza, al fine di accrescere gli incentivi a collaborare. In primo luogo ha comportato un'estensione del campo di applicazione dell'istituto, in secondo luogo ha ridotto i margini di discrezionalità in capo al DOJ nella concessione del beneficio accrescendo il livello di certezza e prevedibilità dei risultati della cooperazione ed infine ha accresciuto l'*appeal* del trattamento favorevole, incrementando i benefici attesi dall'impresa istante la clemenza.

Il grafico sottostante mostra gli effetti benefici dell'istituto della clemenza in termini di accrescimento del livello complessivo di accertamenti e quindi di sanzioni irrogate.



226

Quanto al primo fattore, in base alla normativa attuale, esistono due tipologie di leniency a seconda del momento in cui viene presentata la richiesta di clemenza all'Antitrust Division.

La *Type A Leniency* si configura qualora la condotta illecita sia rivelata spontaneamente all'autorità prima che quest'ultima abbia avviato un'istruttoria a riguardo. La collaborazione in questa fase è ritenuta particolarmente meritevole per una duplice ragione: anzitutto perché la denuncia avviene in una fase in cui le probabilità per l'impresa di essere "scoperta" e sanzionata sono relativamente modeste e sussiste dunque generalmente un ridotto grado di propensione alla autodenuncia; in secondo luogo perché una simile forma di collaborazione "preventiva" consente l'emersione di cartelli di cui l'autorità non aveva conoscenza alcuna con effetti positivi per l'enforcement del diritto antitrust.

La *Type A Leniency* viene concessa automaticamente, senza alcun margine di discrezionalità, dall'Antitrust Division all'impresa che presenta domanda di leniency a condizione che siano soddisfatti sei requisiti. Anzitutto, l'impresa deve essersi celermente ed efficacemente attivata al fine di cessare la propria partecipazione al cartello anticoncorrenziale, salvo diverso accordo con l'autorità

<sup>226</sup> Grafico tratto da S. D. HAMMOND, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, Address Before 24th Annual National Institute on White Collar Crime (25 febbraio 2010), disponibile online: [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm).

volto a non ostacolare le indagini. In secondo luogo il richiedente deve aver fornito all'Antitrust Division informazioni complete ed esaustive circa la portata e l'oggetto del cartello, offrendo una collaborazione continua e completa durante tutto il corso del procedimento, senza che sia tuttavia necessaria la "decisività" delle prove fornite ai fini dell'accertamento dell'esistenza dell'illecito, con conseguente ampliamento della portata soggettiva del programma di clemenza.

L'impresa deve aver ammesso la propria colpevolezza, offrendo informazioni e materiale probatorio concernente la propria responsabilità e posizione all'interno del cartello e, come detto, occorre che tale collaborazione sia avvenuta in un momento in cui l'Antitrust Division non abbia ancora ricevuto informazioni da altre fonti. Ancora, per poter beneficiare della clemenza occorre che l'impresa denunciante il proprio illecito abbia risarcito o comunque si impegni a risarcire i soggetti danneggiati dalla condotta illecita, salvo che ciò sia praticamente impossibile senza pregiudicare la vitalità dell'impresa. Infine, è necessario che l'impresa istante non abbia ricoperto il ruolo di (unico) leader all'interno del cartello o abbia costretto altre parti a parteciparvi.

Quest'ultima condizione sembrerebbe ispirata a ragioni morali, onde evitare la concessione di un trattamento favorevole ad un'impresa che abbia costituito e/o guidato il cartello, ma è stato sottolineato come questa condizione in realtà sia volta ad evitare che l'impresa leader del cartello, detenente gran parte degli elementi probatori dell'illecito, possa usare la minaccia dell'autodenuncia contro le altre parti dell'accordo collusivo.

Venendo alla seconda tipologia di clemenza, la *Type B Leniency*, questa può essere concessa anche qualora l'impresa offra la propria collaborazione a seguito dell'apertura delle indagini da parte dell'Antitrust Division, in una fase cioè in cui l'autorità disponga già di informazioni tali da consentirle di pervenire agevolmente all'accertamento dell'illecito ma in cui comunque possa assumere rilievo una forma di collaborazione *ab interno*. Tale forma di immunità non viene concessa automaticamente, bensì subordinatamente ad una valutazione discrezionale da parte dell'autorità concernente in particolare la rilevanza

probatoria del materiale offerto. In ogni caso per poter beneficiare di questa forma di clemenza devono essere rispettate sette condizioni.

Anzitutto, nel rispetto del principio del *first comer*, l'impresa deve essere stata la prima a denunciare il cartello, non essendo previste nell'ordinamento americano forme di clemenza diverse dalla piena immunità a favore dei denunciati successivi, salvo il caso *dell'amnesty plus*.

Quest'ultimo istituto è stato introdotto nel 1999 e prevede che l'impresa che, pur non essendosi classificata prima nell'ordine di deposito della domanda di clemenza, fornisca le prove per dimostrare l'esistenza di un secondo accordo collusivo di cui l'autorità non disponga ancora di informazioni e prove, possa ottenere una riduzione della pena applicabile per la partecipazione al primo cartello già da altri denunciato oltre alla immunità in relazione alla seconda intesa rivelata.

Questo strumento è unanimemente considerato come una delle componenti che contribuisce maggiormente al successo del programma di clemenza americano in quanto accresce gli incentivi alla denuncia di cartelli segreti dal momento che consente all'impresa di ottenere, oltre all'amnistia per il cartello denunciato per prima, anche un *plus* consistente in una sconto della sanzione altrimenti pienamente applicabile per la partecipazione ad altro cartello già accertato grazie all'altrui denuncia<sup>227</sup>. Peraltro, ad accrescere gli incentivi a ricorrere all'*amnesty plus*, oltre alla componente premiale, giova sottolineare anche la regola della *penalty plus*, secondo la quale, nel caso in cui l'autorità accerti un cartello di cui un membro, al momento della condanna per un'altra intesa, ne fosse a conoscenza, considererà il mancato accesso all'*amnesty plus* come un fattore aggravante nel calcolo delle sanzioni pecuniarie da comminare all'impresa e di quelle penali gravanti sugli amministratori.

È quindi evidente che entrambe le componenti dello strumento, quella premiale e quella deterrente, contribuiscono notevolmente ad accrescere

---

<sup>227</sup> Hammond rileva che nel 2005 più della metà delle 50 investigazioni avviate dall'Antitrust Division su cartelli internazionali siano state consentite dall'uso di tale strumento.

l'appetibilità della denuncia, in quanto ad una sanzione pari al 25% del totale, applicabile in caso di confessione del secondo cartello, si contrappone una sanzione pari al 125% in caso di mancata collaborazione; il che è logico che accentui la propensione delle imprese allo scartellamento.

Abbandonando questa breve digressione, e tornando ai requisiti richiesti dalla *Type B Leniency*, occorre inoltre che al momento della denuncia l'Antitrust Division non disponga già di prove decisive che le consentano di pervenire ad una decisione di condanna, rivelandosi altrimenti inutile l'apporto fornito dal leniency applicant ai fini dell'accertamento. Per il resto, sono richiesti i medesimi requisiti di cui al *Type A Leniency*, ovvero la piena e continua cooperazione, l'ammissione della propria colpevolezza, la disponibilità al risarcimento del danno cagionato, la cessazione della partecipazione al cartello ed infine il fatto che la concessione del beneficio non sia un atto ingiusto verso gli altri partecipanti del cartello, tenuto conto del ruolo ricoperto all'interno dell'intesa e della durata dell'infrazione.

Oltre all'ampliamento delle ipotesi di concessione della clemenza, estese anche ai casi di collaborazione successivi all'apertura dell'istruttoria, la riforma del 1993 ha determinato l'accrescimento del successo del leniency programme statunitense per l'avvenuta fissazione di regole procedurali caratterizzate da maggior trasparenza e certezza di applicazione. In particolare, eliminando ogni forma di discrezionalità per la concessione del beneficio da parte dell'Antitrust Division all'impresa che collabori in fase pre-istruttoria e subordinando la relativa decisione al mero accertamento della sussistenza delle condizioni richieste, facendo residuare margini di discrezionalità nei soli casi di *Type B Leniency*, le imprese saranno maggiormente propense alla autodenuncia con la consapevolezza di tutte le condizioni cui andranno incontro con la loro condotta collaborativa.

Analizzato brevemente il quadro normativo-procedurale dell'US Leniency Programme, consideriamone le ragioni del grande successo, in confronto con quanto accade nel nostro ordinamento.

La prima fondamentale causa di successo è la gravosità dell'impianto sanzionatorio. Come dicevamo nel capitolo precedente, all'aumentare dell'asprezza delle sanzioni connesse all'accertamento dell'illecito antitrust aumenterà la propensione alla denuncia. Così, in un sistema in cui sono previste pene pecuniarie ingenti a carico delle imprese responsabili e pene detentive a carico degli amministratori delle stesse, sarà sicuramente maggiore il timore di essere esposti a condanne antitrust e quindi sarà maggiore l'*appeal* della clemenza e delle relative immunità.

Negli Stati Uniti gli *hardcore cartels* sono considerati come delle *felony*, cioè dei crimini in violazione delle leggi penali, con la conseguenza che sia l'impresa sia tutti gli amministratori e i dirigenti della stessa sono esposti a conseguenze penali notevoli, con multe a carico delle imprese che frequentemente si aggirano intorno ai 10 milioni di dollari, plausibilmente il doppio del guadagno lordo medio connesso alla partecipazione ad un cartello o del danno cagionato ai privati, e con sanzioni individuali a carico dei membri dell'impresa collusa che possono arrivare fino a 350.000 \$ e tre anni di reclusione<sup>228</sup>.

Si ritiene pacificamente che la massima deterrenza nel settore del diritto antitrust sia garantita attraverso sanzioni penali a carico sia della società che dei suoi amministratori, mentre una mera ammenda amministrativo-pecuniaria, peraltro inflitta alla sola azienda senza coinvolgimento dei singoli individui, non è ritenuta di per sé idonea a fungere da valido incentivo alla autodenuncia, specie nel caso di imprese economicamente solide dalle quali il timore dell'ammenda sarà percepito come un mero costo eventuale di business.

---

<sup>228</sup> Fino al 1993 la più ingente multa irrogata ad un'impresa coinvolta in un illecito antitrust era pari a 3 milioni di dollari. Parallelamente alla riforma del programma di clemenza è stato anche inasprito il quadro sanzionatorio con la conseguenza che negli ultimi 5 anni sono state irrogate 30 multe pari a 10 milioni di dollari o più e addirittura, in occasione del cartello vitamine, è stata inflitta una multa di 500 milioni di dollari contro Hoffman-La Roche, oltre che pene detentive a carico dei suoi dirigenti.

La seconda causa di successo del leniency programme americano è la proficuità delle indagini dell'Antitrust Division che in gran parte dei casi si concludono con l'accertamento dell'infrazione e la relativa condanna penale. Naturalmente, se le imprese percepiscono il rischio di essere scoperte dall'autorità come modesto, la previsione di sanzioni penali ingenti non è da sola sufficiente a deterrere le imprese dalla collusione, onde per cui per indurre le imprese colluse alla autodenuncia sarà necessario stabilire un impianto investigativo tale per cui l'autorità venga percepita come un temibile *enforcer* in grado di procedere all'accertamento dell'infrazione pur in assenza di collaborazione. Inoltre, in una sorta di circolo virtuoso, il successo del leniency programme accresce il livello di sfiducia tra i partecipanti al cartello, dando luogo al fenomeno della *race to the court house* con ulteriore incremento della probabilità di accertamento dei cartelli.

Infine ad accrescere il successo del leniency programme la particolare appetibilità dei benefici concessi al leniency applicant. Infatti oltre all'immunità da sanzione penale, il beneficiario della clemenza vedrà ridotta la responsabilità civile risarcitoria, venendo meno la regola della *treble damage* con condanna al risarcimento dei soli danni attuali cagionati, senza componenti sanzionatorie aggiuntive (c.d. *de-trebled*); inoltre, in base all'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act del 2004, è stata eliminata la responsabilità solidale dell'impresa beneficiante della clemenza nei confronti dei co-cartelist nelle azioni risarcitorie, con la conseguenza che l'impresa parte dell'intesa chiamata a risarcire l'intero danno non potrà agire in via di regresso nei confronti del leniency applicant, al riparo quindi dalla relativa responsabilità.

Altro istituto peculiare del leniency programme statunitense è la *Leniency Policy for Individuals*, introdotta nel 1994 e destinata ad amministratori, manager e dipendenti dell'impresa che denunciino, spontaneamente ed autonomamente rispetto all'impresa, l'esistenza di un cartello antitrust.

L'istituto del *whistleblower* sicuramente agevola la cooperazione da parte dei singoli membri di un'impresa che siano a conoscenza della partecipazione di

quest'ultima ad un cartello antitrust, anche qualora la società abbia deciso di non aderire al Corporate Leniency Programme. Un simile trattamento individuale comporterà un incremento dei casi di accertamento di cartelli segreti, specie se considerato il fatto che nell'ordinamento americano gli amministratori dell'impresa coinvolta in un illecito antitrust sono esposti a sanzioni penali rispetto alle quali la *Leniency Policy for Individuals* concede l'immunità in caso di tempestiva collaborazione. Per accedere all'immunità individuale l'US Department of Justice richiede tre requisiti affinché l'amnistia sia concessa automaticamente al richiedente: al momento della denuncia l'Autorità non deve aver già altrimenti acquisito prove dell'illecito; il collaborante deve riferire in maniera chiara ed esaustiva il materiale probatorio di cui disponga, collaborando in modo completo e continuo; il richiedente non deve aver ricoperto il ruolo di leader del cartello.

Nonostante le richieste di *individual leniency* siano state, e tuttora siano, nettamente inferiori a quelle di *corporate leniency*<sup>229</sup> l'istituto in parola può comunque essere considerato una componente di fondamentale importanza in quanto, indirettamente, incentiva il ricorso alla corporate leniency application, accrescendo il grado di sfiducia all'interno del cartello e la probabilità di scoperta dei cartelli.

Come visto, nell'ordinamento americano, l'immunità da sanzione può essere in ogni caso concessa soltanto al primo richiedente, in virtù di una rigorosa applicazione del principio del *first comer*, indipendentemente che quest'ultimo collabori prima o dopo l'avvio delle indagini.

Si tratta di un modello molto diverso non solo da quello europeo (e nazionale) ma anche rispetto al secondo grande modello di leniency application, rappresentato cioè dall'ordinamento giapponese.

Qui, in particolare, l'immunità da sanzione può essere conseguita solo dal primo richiedente che collabori prima dell'avvio delle indagini. Come nel nostro

---

<sup>229</sup> Hammond rileva che dal 2005 al 2010 le richieste di corporate leniency sono in media 20 all'anno mentre quelle di Individuale Leniency sono in media 2 ogni anno.

ordinamento, è prevista la possibilità di conseguire sconti di pena; in particolare il secondo richiedente che confessi prima dell'avvio delle indagini potrà conseguire una riduzione di pena del 50% ed infine il terzo denunciante potrà aspirare ad uno sconto del 30%. In tutti i casi di richiesta post-istruttoria, il beneficiario del trattamento favorevole, anche qualora classificatosi per primo nell'ordine di presentazione della domanda, potrà aspirare soltanto ad uno sconto di pena pari al 30% senza mai la possibilità di conseguire la piena immunità.

	Primo Confessante			Secondo Confessante			Terzo Confessante			Quarto Confessante		
	EU	USA	J	EU	USA	J	EU	USA	J	EU	USA	J
Prima dell'indagine	100%	100%	100%	>30% <50%	0%	50%	>20% <30%	0%	30%	<20%	0%	0%
Dopo l'inizio dell'indagine	>30% <100%	100%	30%	>20% <30%	0%	30%	<20%	0%	30%	<20%	0%	0%



230

### 3.6 Le soluzioni proposte per un coordinamento ottimale

In questo capitolo conclusivo si sono dunque evidenziate le ragioni di contrasto tra lo strumento civilistico-risarcitorio da un lato e il programma di clemenza dall'altro, con le conseguenze che ciò comporta in termini di necessità e delicatezza delle operazioni di bilanciamento e in termini di compressione del successo dei leniency programmes

<sup>230</sup> J.E.J. HARRINGTON, *Corporate Leniency Programmes and the Role of Antitrust Authority in detecting Collusion*, 2006.

In questa parte conclusiva si cercheranno ora di mettere in luce le possibili soluzioni di tale contrasto, quali prospettate dalla Commissione Europea nel Libro Bianco e nella Proposta di Direttiva.

### 3.6.1 *Libro Bianco e “policy options”*

Già il Libro Verde del 2005 aveva rilevato come i programmi di clemenza e la tutela risarcitoria fossero entrambi strumenti aventi il medesimo obiettivo, vale a dire l'accrescimento del livello di deterrenza e di enforcement del diritto antitrust; questo documento già poneva l'attenzione sulle possibili interferenze tra i due istituti, evidenziando come il funzionamento dell'uno potesse ostacolare il buon esito dell'altro, con complessivi effetti controproducenti, impegnandosi a proporre alcune soluzioni volte ad ottimizzare suddetto rapporto<sup>231</sup>.

Le policy options proposte dalla Commissione nel Libro Verde per garantire un coordinamento ottimale sono sostanzialmente tre.

La prima soluzione proposta consiste «nell'esclusione di qualsiasi diffusione della domanda di trattamento favorevole per proteggere la riservatezza delle comunicazioni trasmesse all'autorità garante della concorrenza nel quadro della domanda stessa»<sup>232</sup>. La seconda soluzione consiste «nella concessione di una riduzione condizionata su tutte le domande di risarcimento del danno per l'impresa che ha chiesto di beneficiare del trattamento favorevole, mentre le domande di risarcimento nei confronti di altri autori dell'infrazione -responsabili in solido dell'intero danno- restano immutate»<sup>233</sup>. Infine la terza soluzione proposta consiste «nella soppressione della responsabilità solidale per l'impresa che ha chiesto di beneficiare del trattamento favorevole, limitando così la sua esposizione alle domande di risarcimento del danno e (...) limitando la sua

---

<sup>231</sup> Cfr. par. 2.7 del Libro Verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM/2005/672), domanda J «Come si può raggiungere un coordinamento ottimale fra applicazione del diritto da parte delle autorità pubbliche e dei privati?».

<sup>232</sup> *Ibidem*, opzione 28.

<sup>233</sup> *Ibidem*, opzione 29.

responsabilità all'ammontare del danno corrispondente alla sua parte nel mercato coinvolto dal cartello»<sup>234</sup>.

Rimandando l'analisi della prima opzione, cioè quella inerente alla tutela della riservatezza del leniency applicant, al paragrafo successivo, con l'analisi degli sviluppi proposti dalla Direttiva comunitaria del 2013, consideriamo brevemente le altre due opzioni avanzate dalla Commissione nel Libro Verde.

L'opzione 29 prevede la *rebate on damages claim*, ossia la concessione di una "riduzione" del *quantum* risarcibile a favore del beneficiario del trattamento favorevole. Lo Staff Working Paper annesso al Libro Verde evidenzia come la leniency application comporti un vantaggio indiretto anche ai danneggiati dall'illecito concorrenziale, consentendo l'emersione del cartello e dei suoi partecipanti e quindi la possibilità per i privati danneggiati di intentare più agevolmente azioni risarcitorie per conseguire il ristoro del danno subito<sup>235</sup>. Un simile ausilio concesso ai privati dal leniency applicant, attraverso la comunicazione delle evidenze dell'infrazione, potrebbe giustificare una politica tale per cui il richiedente possa beneficiare, in un'eventuale azione di danno *follow-on*, di una esposizione risarcitoria dimezzata o comunque ridotta, a fronte di una responsabilità civilistica immutata dei *co-cartelist* non confessanti.

In merito a questa proposta si sono fronteggiati orientamenti divergenti. Chi si è espresso a favore di questa opzione ha evidenziato due possibili vantaggi della stessa, seppure molte osservazioni abbiano richiamato la necessità di limitare l'incentivo al solo beneficiario della piena immunità, in virtù del contributo particolarmente significativo fornito, escludendolo invece per il beneficiario della sola riduzione dell'ammenda. Da un lato, si è sottolineato come una simile misura, accrescendo gli incentivi premiali per il leniency applicant, avrebbe potuto ampliare l'attrattività dei programmi di clemenza con effetti positivi per il public enforcement e altresì per le *damages actions*, incentivando ulteriormente il ricorso alla clemenza e le forme di collaborazione decisive. In

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, opzione 30.

<sup>235</sup> Cfr. par. 235 dello Staff Working Paper annex to the Green Paper (COM 2005/672).

secondo luogo, questo incentivo avrebbe accresciuto il divario tra la posizione dell'impresa confessante e quella degli altri *co-cartelist*, in quanto la prima avrebbe visto ulteriormente ridotti i costi dell'accertamento (cui ha contribuito) anche in sede civilistica, mentre le seconde avrebbero visto accrescere i propri costi vista la necessità di ripartire la quota di danno "scontata" al leniency applicant tra gli altri *co-cartelist*, al fine di mantenere invariato il risarcimento integrale del soggetto danneggiato.

Nonostante ciò, in merito a questa opzione, è prevalso l'orientamento opposto, restio alla concessione di tale sconto in sede risarcitoria; ciò è stato giustificato in base a due ordini di motivazioni. *In primis*, si è temuto per la tutela del principio dell'integrale risarcimento del danno subito dalla vittima, specie nel caso in cui l'impresa confessante sia l'unica parte dell'intesa ad avere una situazione finanziaria solida, riducendo la scelta della vittima circa il numero e l'identità dei responsabili dell'illecito a cui rivolgersi. In secondo luogo, si è radicata una questione di principio ostile a premiare in sede civilistica il partecipante ad un cartello, seppur pentito, potendosi peraltro in tal modo configurare un rischio di comportamenti opportunistici.

Una simile riduzione del *quantum* risarcibile, come già visto, è espressamente prevista nell'ordinamento americano. Tuttavia qui vige la regola della *treble-damage action* e della condanna ai *punitive damages*, onde per cui il beneficio concesso al leniency applicant consisterebbe nella mera *de-treble* e depenalizzazione della tutela risarcitoria, che verrebbe ridotta alla condanna al risarcimento dei soli danni attuali cagionati con la propria partecipazione al cartello.

In un ordinamento, quale il nostro, in cui la tutela risarcitoria è già limitata al solo danno attuale e non sono configurabili danni punitivi o multipli, un dimezzamento dalla condanna civilistica non è apparso meritevole di accoglimento, specie se considerato che il Libro Bianco ha escluso la proposta del risarcimento-doppio.

L'opzione 30 avanzata nel Libro Verde prevede la *removal of joint liability*, ossia l'esclusione della responsabilità solidale per il leniency applicant. In particolare, il risarcimento del danno antitrust segue le regole procedurali dell'azione risarcitoria civilistica, tra cui la regola della responsabilità solidale ex art. 2055 c.c., per cui il soggetto danneggiato ha diritto al ristoro integrale del danno subito e per ottenerlo, nel caso in cui il fatto dannoso sia imputabile a più responsabili, può decidere di agire in via giudiziale nei confronti di uno qualsiasi degli autori dell'illecito, pretendendo da esso il risarcimento dell'intero danno, salvo poi il diritto di regresso di quest'ultimo nei confronti degli altri coautori, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Ciò significa che la vittima può rivendicare il danno non solo contro il suo partner commerciale diretto da cui ha effettuato l'acquisto con sovrapprezzo, ma contro uno qualsiasi degli autori dell'illecito. La previsione della limitazione della responsabilità solidale comporta che l'impresa beneficiaria dell'immunità rimanga responsabile unicamente nei confronti dei suoi partner contrattuali diretti e solo per la parte di danno specificatamente cagionata dalla sua condotta.

Ciò andrebbe a creare un incentivo procedurale alla collaborazione per un duplice ordine di ragioni<sup>236</sup>. Anzitutto ciò comporterebbe che la "regolazione" delle quote di responsabilità tra i *co-cartelist* avvenga sin da subito, in relazione al leniency applicant, senza dover attendere l'esercizio delle azioni di regresso evitando gravose forme di anticipazione dell'integrale risarcimento; la responsabilità dell'impresa beneficiaria della clemenza dovrebbe quindi essere misurata direttamente in sede risarcitoria e non più soltanto in sede di contribuzione, con esclusione di qualsiasi risarcimento nei confronti di clienti di altre imprese coinvolte non danneggiati nello specifico dalla condotta del confessante. In secondo luogo una simile previsione riduce i rischi intrinsecamente connessi alla regola della solidarietà, nell'eventualità in cui uno

---

<sup>236</sup> Cfr. paragrafi 289-293 del Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.

o più cartellisti rimangano parzialmente insolventi, escludendo il leniency applicant dal riparto della quota di danno rimasta insoluta. Come vedremo, questa soluzione è stata accolta dall'Agcm nonché, seppur con alcuni accorgimenti, dalla Proposta di Direttiva comunitaria del 2013.

### 3.6.2 *Il regime di accesso e la tutela della riservatezza nella Proposta di Direttiva*

Come detto, la Proposta di Direttiva introduce nuove regole di accesso al fascicolo dell'Autorità Antitrust, con l'obiettivo di ottimizzare l'interazione tra public e private enforcement.

La tematica dell'accesso è da sempre stata di estrema importanza tanto che già il Libro Verde ha proposto, al fine di bilanciare gli interessi in gioco, con l'opzione 28<sup>237</sup> «l'esclusione di qualsiasi diffusione della domanda di trattamento favorevole per proteggere la riservatezza delle comunicazioni trasmesse all'autorità garante della concorrenza nel quadro della domanda stessa» e questa limitazione della *discovery rule*, come già visto nei paragrafi precedenti, è stata la soluzione in definitiva adottata dalla Commissione Europea nel Libro Bianco del 2008 e nella Comunicazione sulla clemenza del 2006.

Tuttavia si è anche analizzato l'approccio consolidato della Corte di Giustizia nelle sentenze *Pfleiderer* e *Donau Chemie* in merito alla valutazione affidata caso per caso ai giudici nazionali circa la concessione o il diniego di accesso al leniency material in base alle circostanze esistenti nel caso concreto.

Nell'ordinamento italiano, ad oggi, non si sono presentate controversie in materia di accesso agli atti di leniency, dovendosi ciò attribuire allo scarso livello di utilizzo dei programmi di clemenza in Italia. Si può tuttavia ipotizzare che, nel contesto attuale, l'Agcm sarebbe plausibilmente propensa ad applicare i principi affermati dalla Corte di Giustizia in merito all'autonomia del giudice civile in sede di bilanciamento.

---

<sup>237</sup> Cfr. Libro Verde, par. 233-234.

Inserendosi in un simile contesto di incertezza, la bozza di Direttiva, nella versione approvata dal Parlamento Europeo, cerca di superare questa ambiguità, al fine di accrescere la certezza e l'uniformità delle norme nei vari ordinamenti nazionali, introducendo una normativa volta a garantire un livello minimo di accesso soddisfacente per potenziare il private enforcement senza al contempo pregiudicare altre componenti meritevoli di tutela del public enforcement, *in primis* la clemenza.

Brevemente, possiamo dire che la Direttiva non si occupa dell'accesso dei terzi agli atti del fascicolo istruttorio dell'Autorità bensì soltanto della posizione del giudice rispetto al contenuto di detto fascicolo, attribuendogli un ruolo centrale nella divulgazione delle prove e nell'acquisizione dei documenti, sia quelli detenuti dai privati che quelli inseriti dall'Autorità nel fascicolo<sup>238</sup>.

Tuttavia i poteri del giudice in materia di accesso agli atti del fascicolo sono limitati dalla stessa Direttiva che, da un lato, richiede il rispetto dei principi di rilevanza/pertinenza, di residualità e di proporzionalità e, dall'altro lato, garantisce la protezione assoluta o relativa a taluni interessi, tramite la sottrazione di determinati atti dall'accesso.

In particolare, la Direttiva prevede una "black list", vale a dire menzione degli atti soggetti a protezione assoluta e sottratti in ogni caso dall'accesso, quali sono le dichiarazioni ufficiali del leniency applicant e le proposte di settlement; ed una "grey list", vale a dire degli atti per cui l'accesso è temporalmente differito fino alla chiusura del procedimento, tra cui risposte a richieste ed informazioni all'autorità, memorie difensive delle parti ed informazioni private dell'autorità.

L'inclusione delle dichiarazioni di imprese legate a un programma di trattamento favorevole nell'ambito della "black list"<sup>239</sup> ha suscitato non poche

---

<sup>238</sup> Cfr. articoli 5 e 6 della Proposta di Direttiva nel testo approvato dal Parlamento Europeo.

<sup>239</sup> Cfr. art. 6 par. 6 : «Gli Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non possano in alcun momento ingiungere a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie: a) dichiarazioni di imprese legate a un programma di trattamento

discussioni. In particolare, prima che il Parlamento Europeo approvasse la bozza di Direttiva quale originariamente formulata dalla Commissione, era stata avanzata una proposta alternativa, volta a codificare la *formula Pfleiderer*, rimettendo alla valutazione del giudice civile la scelta in ordine all'opportunità di acquisizione dei documenti inerenti al procedimento di clemenza.

Una simile alternativa è stata opportunamente respinta in quanto non avrebbe consentito il superamento di quella situazione di incertezza e difformità di applicazione tra i vari ordinamenti giuridici quale auspicato dalla Commissione.

Così, il Parlamento Europeo si è definitivamente espresso nel senso di confermare l'orientamento originariamente statuito prima delle pronunce della Corte, in un'ottica di tutela del public enforcement e del leniency programme, per la tutela del quale risulterebbe quindi giustificabile una compressione del diritto di accesso agli atti del fascicolo istruttorio in sede civile.

### *3.6.3 La limitazione della responsabilità solidale nella Proposta di Direttiva*

La Proposta di Direttiva tratta, tra le altre cose, anche la tematica relativa alla responsabilità solidale dei coautori dell'illecito concorrenziale.

In particolare, nel caso in cui l'infrazione sia imputabile ad una molteplicità di soggetti, viene attribuito al danneggiato il diritto ad esigere il pieno risarcimento da ognuna di esse fino al totale indennizzo<sup>240</sup>.

---

favorevole e b) proposte di transazione». Cfr. art. 7 par. 1: «Gli Stati membri provvedono affinché le prove rientranti in una delle categorie elencate all'articolo 6, paragrafo 6, ottenute da una persona fisica o giuridica solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, siano ritenute inammissibili nelle azioni per il risarcimento del danno o altrimenti protette secondo le norme nazionali».

<sup>240</sup> Cfr. art. 11 (responsabilità in solido): «Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato il diritto della concorrenza con un comportamento congiunto siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza: ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente indennizzato».

La Direttiva richiama lo strumento dell'azione di regresso per regolare i rapporti tra i coautori dell'infrazione, per cui il soggetto che ha risarcito il danno può ottenere dalle altre imprese un contributo pari alla quota di responsabilità relativa per il danno derivante dall'infrazione. La regola generale vuole dunque che un'impresa responsabile dell'illecito possa essere chiamata a rispondere anche nei confronti di soggetti lesi che non siano tuttavia suoi partner commerciali/contrattuali diretti bensì clienti di altri coautori dell'infrazione, salva poi la "regolazione dei conti" *inter partes* in sede di regresso.

La previsione della responsabilità solidale, introdotta dalla Direttiva, non rappresenta nulla di nuovo per il nostro ordinamento giuridico che già disciplina la responsabilità solidale tra coloro cui è imputabile l'illecito ex art. 2055 c.c.<sup>241</sup> e che ha già più volte riconosciuto a livello giurisprudenziale tale meccanismo nei giudizi risarcitori in materia antitrust.

Così da ultimo merita un cenno il caso Traghetti, su cui è in corso l'azione di classe promossa da Altroconsumo e La Casa del Consumatore dinanzi al Tribunale di Genova, a seguito dell'istruttoria dell'Agcm che ha di recente sanzionato le imprese partecipanti al cartello, che ha determinato un aumento dei prezzi praticati ai passeggeri dei traghetti della rotta Sardegna-continente<sup>242</sup>. Il Tribunale, prima di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia dell'Autorità Antitrust, si era espresso riconoscendo una responsabilità solidale delle varie società di traghettazione partecipanti all'intesa e riconoscendo ai consumatori il diritto di rivolgersi per l'intero risarcimento a ciascuna di esse fino all'integrale soddisfacimento, essendo per essi irrilevante il ruolo svolto nel cartello da ciascun partecipante. Spetterà in un momento successivo al giudice stabilire le quote di responsabilità di ciascuna società coinvolta, tenendo conto del livello di

---

<sup>241</sup> Art. 2055 c.c.: «Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali».

<sup>242</sup> Agcm, procedura I-743, *Trasporto Marittimo*, provvedimento del 14 giugno 2013.

partecipazione nell'ideazione ed esecuzione dell'intesa, ai fine delle eventuali azioni di regresso.

Affermata la regola generale della solidarietà, la Proposta di Direttiva introduce uno strumento premiale a favore del leniency applicant che abbia ottenuto l'immunità della sanzione.

In particolare, i paragrafi 33 e 34 dei *considerando* della Direttiva statuiscono: «Le imprese che collaborano con le autorità garanti della concorrenza nell'ambito di un programma di trattamento favorevole svolgono un ruolo determinante nell'individuazione delle violazioni commesse sotto forma di intese segrete e nella loro cessazione, permettendo spesso di arginare il danno che sarebbe stato causato se la violazione fosse continuata; è pertanto opportuno prevedere disposizioni che proteggano da un'esposizione ingiustificata alle domande di risarcimento le imprese che abbiano ottenuto da un'autorità garante della concorrenza un'immunità dalle ammende nel quadro di un programma di trattamento favorevole, tenendo presente che per il beneficiario dell'immunità le decisioni delle autorità garanti della concorrenza che constatino una violazione possono diventare definitive prima che per altre imprese non beneficiarie dell'immunità, rendendolo possibile bersaglio preferenziale di contenziosi. È quindi opportuno che il beneficiario dell'immunità sia in linea di principio sollevato dalla responsabilità in solido per quanto riguarda la totalità del danno, e che il suo contributo non superi l'ammontare del danno causato ai suoi propri acquirenti diretti o indiretti o, nel caso di un cartello di acquisti, ai suoi fornitori diretti o indiretti. Nella misura in cui un cartello ha danneggiato soggetti diversi dai clienti/fornitori dell'autore della violazione, il contributo del beneficiario dell'immunità non dovrebbe superare l'importo corrispondente alla sua responsabilità relativa per il danno causato dal cartello. Questa quota dovrebbe essere determinata conformemente alle stesse regole utilizzate per stabilire i contributi fra gli autori della violazione. Il beneficiario dell'immunità dovrebbe restare pienamente responsabile verso i soggetti danneggiati che non siano i suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti solo qualora essi si trovino

nell'impossibilità di ottenere il pieno risarcimento dagli altri autori della violazione».

In base a tale normativa, dunque, il leniency recipient può essere chiamato a rispondere verso soggetti diversi dai suoi acquirenti diretti o indiretti solo nel caso in cui essi dimostrino di non poter ottenere il risarcimento dalle altre imprese partecipanti al cartello<sup>243</sup>. Con tale misura, la Commissione intende ulteriormente incentivare il ricorso ai programmi di clemenza, limitando la responsabilità solidale dell'impresa che, autodenunciandosi, abbia ottenuto la piena immunità dalla sanzione, senza tuttavia compromettere l'effettività della tutela risarcitoria. Infatti, da un lato, a tutela del leniency applicant, viene previsto il vantaggio procedurale per cui quest'ultimo potrà essere convenuto in sede risarcitoria soltanto su istanza dei suoi partner commerciali (acquirenti o fornitori, diretti o indiretti), con esclusione dei soggetti con cui non abbia intrattenuto alcun rapporto contrattuale; dall'altro lato, al contempo, la Direttiva, facendo un passo avanti rispetto al Libro Bianco in ordine alla protezione dei soggetti danneggiati, prevede, a garanzia delle vittime, che suddetta protezione del leniency recipient non sia assoluta, rimanendo egli debitore residuale per il soddisfacimento integrale della domanda di risarcimento nel caso in cui i soggetti danneggiati non abbiano la possibilità di rivalersi sugli altri autori dell'illecito.

Nella versione originaria della Direttiva, la Commissione contemplava un ulteriore grado di protezione per il leniency recipient, proteggendolo dalle azioni di regresso che eccedessero l'ammontare del danno da esso causato ai propri acquirenti diretti o indiretti. Tale previsione è stata però espunta dal testo approvato dal Parlamento, in quanto ritenuta eccessivamente favorevole per l'impresa beneficiaria dell'immunità, nonché a causa delle difficoltà pratiche che

---

<sup>243</sup> Art. 11 comma 3: «Gli stati membri provvedono affinché i beneficiari dell'immunità siano responsabili in solido a) nei confronti dei loro acquirenti o fornitori diretti o indiretti e b) nei confronti degli altri soggetti danneggiati solo qualora questi non possano ottenere il pieno risarcimento dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza».

avrebbe determinato in sede di quantificazione del grado di responsabilità di ciascuna impresa partecipante al cartello.

La misura di protezione accolta dalla Direttiva ricalca, almeno in parte, quanto già auspicato a livello nazionale dall'Agcm<sup>244</sup> tra le misure volte all'incentivazione dei programmi di clemenza e al miglior coordinamento tra public e private enforcement. L'Agcm sottolinea infatti in questa sede la necessità di introdurre un meccanismo tale da attenuare la responsabilità risarcitoria destinato ad operare esclusivamente nei confronti di chi abbia ottenuto l'immunità (e non semplicemente la riduzione) dalla pena e consistente nella soppressione della responsabilità solidale<sup>245</sup>. Come previsto dal Libro Bianco, il meccanismo proposto implica che l'impresa che abbia ottenuto l'immunità rimanga responsabile solo nei confronti dei propri diretti partner contrattuali e solo per la porzione di danno che sia stato specificamente cagionato dai beni/servizi da esso forniti.

---

<sup>244</sup> Cfr. AS988 - Proposta di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, 2 ottobre 2012

<sup>245</sup> In linea a quanto previsto dalla Commissione nel Libro Verde (opzione n.30) e nel Libro Bianco (punto 2.9 e nel Working Paper par 304-305), cfr, segnalazione AS-988-Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza

## Bibliografia

AA.VV. *Il pacchetto europeo sul risarcimento del danno derivante da illeciti antitrust: impatto sull'ordinamento italiano*, Presidenza del Consiglio, Roma, 23 gennaio 2014.

ADINOLFI A., AMEDEOS S., DANIELE L., NASCIMBENE B., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento 1/2003*, Giuffrè Editore, 2007.

ADOTTI A., *Dal libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per le violazioni delle norme antitrust comunitarie allo scenario italiano. Brevi spunti di riflessione a cavallo tra due ordinamenti*, Roma, 2014 in [www.adottiassociati.it](http://www.adottiassociati.it).

AFFERNI G., *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato; rassegna degli orientamenti dell'AGCM*, Giuffrè Editore, 2009.

AFFERNI G., *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e Imprese*, 2013, vol.6, pag 1275-1295.

AFFERNI G., CARPAGNANO M., *Il risarcimento del danno antitrust da intese anticoncorrenziali*, in *Danno e responsabilità*, 2007, pagg. 755-778.

BASTIANON S., *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*", in *Dizionario Sistematico della Concorrenza* a cura di Lorenzo F.Pace, Jovenne Editore, 2013.

BASTIANON S., *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura di Francesco Rossi Dal Pozzo e Bruno Nascimbene, Giuffrè Editore, 2009.

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

BENOCCHIO G.A., CARPAGNANO M., *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, CEDAM, Trento, 2009.

BERTONE, J., e MAGGIOLINO, M., *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2007, vol. 6, pagg. 1370-1444.

BRACELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impresa*, 2008, pagg.120-150.

BRODI E., *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante*, in *Rivista delle Società*, 2008, vol.53, pagg. 1440-1486.

BUCCIROSSI P., SPAGNOLO G., *Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, in *The Political Economy of Antitrust*, a cura di Goshal e Stennek, 2007.

CAIAZZO R., *L'azione risarcitoria, l'onere probatorio e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in *Dizionario Sistematico della Concorrenza* a cura di Lorenzo F.Pace, Jovenne Editore, 2013.

CAIAZZO R., *L'azione risarcitoria; l'onere della prova*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovenne Editore, 2013.

CARPAGNANO M., *Quot regiones, tot mores. Analisi comparata di alcuni casi recenti in Europa in materia di private antitrust enforcement*, in *Il Private Enforcement del Diritto Comunitario della Concorrenza*, Trento, 2007, pag.243.

CARPAGNANO M., *Regole sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, Roma, 2014, reperibile in [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

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

CASSINIS P., *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovenne Editore, 2013.

CATRICALA' A., LALLI A., *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Giuffrè Editore, 2010.

CAVALLONE B., *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura di Francesco Rossi Dal Pozzo e Bruno Nascimbene, Giuffrè Editore, 2009.

CINTIOLI F., GUSTAVO O., *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè Editore, 2007.

CLARICH M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2007, pagg.265.291.

D'ALBERTI S., *Alcune riflessioni sul programma di clemenza italiano alla luce delle prime pronunce dell'Autorità e dei giudici amministrativi*, relazione al convegno *I principali sviluppi nel diritto della concorrenza comunitario e Nazionale*, Sorrento, 20-21 maggio 2011.

GIANNINO M., *Le azioni individuali dei consumatori nel diritto antitrust italiano*, 2005.

HAMMOND S.D., *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency programme*, in *International Workshop on cartels*, Brighton, 21-22 novembre 2000.

HAMMOND S.D., *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, address before 24th Annual National Institute on White Collar Crime, 25 febbraio 2010.

LIBERTINI M., *Il private enforcement e le sanzioni*, Relazione al convegno *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Catania, 5-6 ottobre 2007.

LYNCH N.E., *Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective*, 2011, in [www.lw.com](http://www.lw.com).

MARELLI S., *Il programma di clemenza nazionale in materia di intese*, 2011, in [www.acc.com](http://www.acc.com).

MAUGERI M.R., *Violazione della normativa antitrust e rimedi civilistici*, Ed.It., Catania, 2006.

MELI M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Catania, 2008.

MUSCOLO G., *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovenne Editore, 2013.

MUSCOLO G., *Public e private enforcement (alcune questioni in materia di prova nel processo antitrust)*, in *Vent'anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli Editore, Torino, 2010.

NEGRI M., *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci e ombre di un atteso grand arret*, in *Corriere Giuridico*, vol. 3, 2005.

NOTORO G., *Assessing methods for the quantification of antitrust damages. An application to the Pasta cartel in Italy*, in *Temi e Problemi*, a cura di Salvatore Rebecchini, 2013.

PESCE C., *Il Programma di Clemenza Europeo e la Tutela dei Singoli*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011.

POZEN S.A., *The US Experience on Leniency Programs*, 2009 in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

PROSPERETTI L., PANI E., TOMASI I., *Il danno antitrust: breve corso di cucina*, in *Concorrenza e mercato, rivista annuale di concorrenza*, Giuffrè Editore, 2010.

PROSPERETTI L., PANI E., TOMASI I., *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Il Mulino, 2009.

PROSPERETTI L. *Il Libro Bianco della Commissione Europea: qualche osservazione da un punto di vista economico*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura di Francesco Rossi Dal Pozzo e Bruno Nascimbene, Giuffrè Editore, 2009.

PROSPERETTI L., *La misura del danno nelle azioni collettive per illeciti concorrenziali e pratiche commerciali scorrette: liquidazione equitativa ed analisi economica*, in *Vent'anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli Editore, Torino, 2010.

PROSPERETTI L., *Uses and misures of economics in the estimation of antitrust damages*, in *Antitrust between EU law and national law*, Bruylant Editor, 2012.

RAFFAELLI E.A., *Osservazioni sul Libro Bianco della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Milano, 2009.

SABBATINI P., *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, Relazione al convegno *Il danno antitrust : profili giuridici ed economici*, Roma, 12 febbraio 2010.

SANTA MARIA A., *Diritto commerciale europeo*, Giuffrè Editore, 2008.

SCHETTINO A., *Il difficile rapporto tra public e private enforcement: il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, 2013.

SCUFFI M., *Risarcimento del danno ed ampliamento dei meccanismi liquidatori nel private enforcement del diritto antitrust*”, in *4<sup>th</sup> Lear Conference on the economist and the judge*, Rome 24-25 Giugno 2011.

TAVASSI M., *Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura di Francesco Rossi Dal Pozzo e Bruno Nascimbene, Giuffrè Editore, 2009.

TAVASSI M., *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità Garante*, in *Vent'anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli Editore, Torino, 2010.

TESAURO G., *Concorrenza e Autorità antitrust – Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 9 ottobre 2000.

TOFFOLETTO A., DE GIORGI E., *Azioni di danno antitrust: la proposta di direttiva della Commissione Europea e il testo di compromesso del Consiglio UE*, 2014 in [www.nctm.it](http://www.nctm.it).

TROIANO P., *Concorrenza e tutela risarcitoria collettiva*, in *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di A. Bellelli, CEDAM, 2009.

TROTTA A., *Il rapporto tra giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovenne Editore, 2013.

VATIERO M., *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, pag.437.

VETTORI G., TADDEI ELMI G., *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in *Vent'anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli Editore, Torino, 2010.