LUISS

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione

Il *settlement* nei procedimenti *antitrust* tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: un adeguato incentivo alla collaborazione delle imprese?

RELATORE
Prof. Gustavo Olivieri

CORRELATORE
Prof. Nicola De Luca

CANDIDATA
Flavia Piccioni
Matricola 165343

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

Indice

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I

IL *SETTLEMENT* NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA 4

1.1. Premessa 4
1.2. Ambito di applicazione 6
1.3.1. Il procedimento dinanzi alla Commissione europea 9
1.3.2. (Segue). Forme alternative del procedimento: il *settlement* ibrido 20
1.3.3. (Segue). Un *settlement* "atipico" nella procedura di cooperazione 28
1.3.4. Le garanzie difensive all'interno della procedura di transazione 32
1.3.5. La sanzione: calcolo e riduzione 40
1.4. L'impugnazione della decisione di transazione 45
1.5. Considerazioni conclusive: l'impatto del *settlement* sulla deterrenza in materia di cartelli 48

CAPITOLO II

IL PROCEDIMENTO DI TRANSAZIONE EX ART. 14-*QUATER* DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287 51

2.1. Premessa 51
2.2. L'art. 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 54
2.3. Ambito di applicazione 55
2.4. Il procedimento 56
2.5. La sanzione: calcolo e riduzione 63
2.6.1. Riflessioni: la natura della transazione e le conseguenze sull'impugnazione 68
2.6.2. (Segue). L'accordo transattivo come contratto 68
2.6.3. (Segue). La transazione e la natura sostanzialmente penale dei provvedimenti sanzionatori *antitrust* 70
2.6.4. (Segue). La decisione di transazione come provvedimento amministrativo ordinario 73
2.6.5. (Segue). L'impugnazione del provvedimento finale emanato all'esito della procedura di transazione 76
2.7.1. Rapporti con il *private enforcement*: l'utilizzo della decisione di transazione nei giudizi civili *follow-on* 80

2.7.2. (Segue). Limiti alla divulgazione dei documenti del fascicolo istruttorio 88
2.8. Considerazioni conclusive: la convenienza della transazione.....92

CAPITOLO III
RAPPORTI CON ALTRI ISTITUTI DI COLLABORAZIONE DELLE IMPRESE 97

3.1. Premessa.....97
3.2. Istituti a confronto: procedura di transazione e programma di clemenza 98
3.3.1. Compatibilità della procedura di transazione con il programma di clemenza 105
3.3.2. (Segue). Il Caso AT.40547: Stirene Monomero.....108
3.3.3. (Segue). Il Caso AT.39824: Autocarri..... 111
3.3.4. (Segue). Il Caso AT.40636: SNBB 114
3.4. Istituti a confronto: transazione e impegni.....117
3.5.1. Compatibilità della procedura di transazione con l'istituto degli impegni 123
3.5.2. (Segue). Il Caso AT.39759: Preclusione del mercato da parte di ARA ...126
3.5.3. (Segue). Il Caso AT.40134: AB InBev, Restrizioni al Commercio della birra 129

CONCLUSIONI 134

BIBLIOGRAFIA.....137

INTRODUZIONE

Il presente elaborato muove dall'introduzione della procedura di transazione nell'ambito dei procedimenti *antitrust* rientranti nella sfera di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche **"AGCM"**), operata per effetto della legge 5 agosto 2022, n. 118, "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*". L'istituto, già presente nell'ordinamento europeo, è stato inserito nella legge n. 287/1990 *("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato")* all'art. 14-*quater* ed è stato puntualmente disciplinato nei suoi aspetti procedurali all'interno di un'apposita Comunicazione emanata dall'AGCM nel 2023[1].

Per anticipare, in breve, la transazione (di seguito anche **"*settlement*"**) si basa sul conseguimento di una "soluzione condivisa" del caso tra l'impresa soggetta al procedimento e l'Autorità. L'essenza della procedura *de qua* risiede nella presentazione di una proposta di transazione da parte dell'impresa, in cui questa accoglie la ricostruzione fattuale e giuridica dell'illecito formulata dall'Autorità, ammette la propria responsabilità in relazione all'illecito medesimo, rinuncia a contestare gli addebiti mossi e si impegna infine ad accettare una certa sanzione, nei limiti di un importo massimo anteriormente individuato. In caso di esito positivo della procedura, l'Autorità emana un provvedimento finale che riproduce nella sostanza il contenuto della proposta di transazione.

Le ragioni alla base dell'introduzione di questo istituto sono molteplici. Da un lato, esso consente alle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust* di beneficiare di una riduzione della sanzione pecuniaria; dall'altro, permette all'Autorità garante di avvalersi di una procedura meno formalizzata, più rapida e snella, consentendo un significativo risparmio di risorse, da poter destinare alla trattazione di un numero maggiore di casi. L'adozione della nuova procedura di transazione nel sistema italiano si inserisce, inoltre, nel più ampio quadro del rafforzamento dei poteri delle Autorità nazionali garanti della

[1] Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Delibera AGCM n. 30629 del 16 maggio 2023).

concorrenza, promosso dalla Direttiva ECN+[2], con l'obiettivo di rendere *l'enforcement antitrust* più efficace e uniforme a livello europeo.

Sebbene l'istituto fosse già presente nell'ordinamento comunitario, non ha ricevuto un'amplissima applicazione da parte della Commissione europea. In Italia, per giunta, ad oltre due anni di distanza dalla sua introduzione, la disciplina del *settlement* risulta tutt'ora "lettera morta". Ci si interroga, dunque, sulle ragioni di questa scarsa applicazione.

Per rispondere a tale interrogativo, si analizzerà la disciplina della transazione posta sia a livello europeo che nazionale, unitamente alla prassi applicativa seguita dalla Commissione (data l'assenza di precedenti interni) al fine di indagare se in base all'attuale assetto vi siano dei vantaggi concreti collegati alla sua adozione, in particolare per le imprese sottoposte ai procedimenti *antitrust*. L'analisi si concentrerà, inoltre, sulla misura in cui l'attuale assetto giuridico dell'istituto (interno ed europeo) valorizzi — nel senso di "ricompensi" e dunque "incentivi" — questa forma di collaborazione delle imprese nel corso del procedimento. Quest'ultimo quesito muove dalla constatazione per cui la decisione di transazione, benché comunque imposta dall'Autorità in via autoritativa, abbia un contenuto che non è individuato in maniera del tutto unilaterale da questa, essendo il frutto di un'intesa raggiunta con la parte.

La trattazione sarà suddivisa in tre capitoli.

Nel primo capitolo sarà trattata la disciplina della transazione all'interno dei procedimenti condotti dalla Commissione europea, in quanto l'istituto, proprio del diritto *antitrust* europeo, ha rappresentato un importante paradigma sul quale è stato "modellato" l'istituto interno.

Nel secondo capitolo si descriverà l'istituto interno delineato dall'art. 14-*quater e* si analizzeranno le differenze con l'omologo comunitario. Benché la procedura sia stata

[2] Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

introdotta da oltre due anni, essa non ha ancora trovato applicazione; ciò la rende, di fatto, ancora una novità nell'ordinamento italiano. Il fulcro del secondo capitolo consiste nel tentativo di indagare la natura della decisione di transazione al fine di ricostruire se questa sia a tutti gli effetti equiparabile ad un qualsiasi provvedimento di accertamento emanato all'esito di un procedimento ordinario o se, viceversa, costituisca un provvedimento *sui generis* che dia rilievo all'accordo intervenuto tra l'impresa e l'Autorità. Stante la scarsità di norme interne che disciplinano la procedura — e soprattutto l'attuale assenza di una prassi applicativa in materia — si cercherà di ricostruire gli aspetti significativi della transazione, anche tramite rimandi alla disciplina europea, nonché alla prassi della Commissione e alla giurisprudenza — comunitaria o nazionale — che ne è scaturita.

Nel terzo capitolo saranno evidenziati i punti di contatto e le divergenze tra la transazione e altri istituti del diritto *antitrust* che, nell'ambito dei procedimenti, valorizzano e "premiano" la collaborazione delle imprese con l'Autorità. Lo scopo del capitolo è confrontare il *settlement* con altri istituti eminentemente sotto il profilo della convenienza per le parti. Attraverso l'analisi di alcuni casi pratici esaminati dalla Commissione europea, si analizzerà inoltre se — e in che modo — tali istituti possano risultare compatibili con la transazione. L'obiettivo è indicare come, combinando questi istituti tra di loro all'interno del medesimo procedimento, le imprese possano ottenere il massimo vantaggio possibile.

Il filo conduttore tra i tre capitoli è il tentativo di indagare gli effetti positivi apportati dal *settlement,* non solo nei confronti dell'Autorità procedente (e quindi, per esteso, verso il sistema di *enforcement* complessivamente considerato), ma anche nei confronti delle imprese coinvolte e dei soggetti danneggiati dall'illecito, con l'obiettivo ultimo di rispondere ai quesiti primari che hanno ispirato il presente elaborato.

CAPITOLO I

IL *SETTLEMENT* NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

* °°° *

SOMMARIO — 1.1. Premessa — 1.2. Ambito di applicazione — 1.3.1. Il procedimento dinanzi alla Commissione europea — 1.3.2. (Segue). Forme alternative del procedimento: il *settlement* ibrido — 1.3.3. (Segue). Un *settlement* "atipico": la procedura di cooperazione — 1.3.4. Le garanzie difensive all'interno della procedura di transazione — 1.3.5. La sanzione: calcolo e riduzione — 1.4. L'impugnazione della decisione di transazione — 1.5. Considerazioni conclusive: l'impatto del *settlement* sulla deterrenza in materia di cartelli.

1.1. Premessa

La normativa italiana della concorrenza nel suo complesso ha fortemente risentito dell'*imprinting* della disciplina *antitrust* eurounitaria (cfr. *infra*, par. 2.1.), al punto che molti istituti interni si basano non soltanto sul modello da esse offerto, ma sulla vera e propria traduzione di norme comunitarie[3]. Pertanto, risulta evidente come il precedente più significativo dell'istituto italiano sia, per l'appunto, l'omologo del diritto europeo, anche detto *settlement*[4].

Si tratta di una procedura utilizzata dalla Commissione europea (di seguito anche "Commissione") per accelerare l'adozione di una decisione in materia di cartelli. In sintesi, le parti devono ammettere la loro partecipazione a un'infrazione e raggiungere una "intesa comune" con la Commissione sui fatti e sulla qualificazione giuridica della loro condotta, alla luce delle evidenze raccolte nel corso dell'indagine e della loro verifica

[3] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2021, p. 20.

[4] Si anticipa che, nel corso dell'elaborato, i termini "*settlement*" e "transazione", saranno usati come sinonimi.

interna; devono inoltre impegnarsi a pagare l'importo massimo dell'ammenda che potrebbe essere loro inflitta dalla Commissione con la decisione finale[5]. Rinunciando a contestare gli addebiti dell'Autorità, le imprese consentono di abbreviare il procedimento di accertamento e in cambio ottengono una riduzione sulla sanzione pecuniaria a loro applicata.

Il *settlement* è stato introdotto nell'ordinamento unionale con un pacchetto legislativo entrato in vigore nel 2008, costituito da un Regolamento e da una Comunicazione della Commissione europea[6]. Il Regolamento (CE) n. 622/2008 ha modificato il Regolamento (CE) n. 773/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (attualmente artt. 101 e 102 TFUE), introducendovi l'art. 10-*bis* e adattando la disciplina *antitrust* procedurale alle specificità del nuovo istituto[7]. La disciplina di dettaglio è posta dalla Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli[8]. Essa definisce le caratteristiche specifiche della nuova procedura e fornisce una guida per la comunità legale e imprenditoriale, permettendo alle imprese di prevedere il tipo e l'entità della collaborazione che ci si aspetta da loro per la transazione e stimare i loro vantaggi individuali.

La procedura ivi delineata fornisce alla Commissione un importante strumento di lotta ai cartelli, configurandosi più che altro come un "meccanismo di chiusura del caso" (e solo in parte uno strumento investigativo qual è il *plea bargaining* che ha luogo negli Stati Uniti[9]): la transazione induce le parti a rinunciare a contrastare le allegazioni dell'autorità

[5] WAELBROECK. *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées: Que va-t-il rester aux juges?,* in Global Competition Working Paper, 2008.
[6] Comunicato stampa della Commissione europea IP/08/1056.
[7] VAN BAEL, BELLIS. *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009.
[8] Comunicazione della Commissione europea 2008/C 167/01.
[9] Per una valutazione delle similarità e delle differenze tra le due procedure di *settlement*, si veda O'BRIEN, *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, in 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Firenze, giugno 2008; HANSEN, YOSHIDA. *Cartel Settlements & Leniency in the United States and the European Union* in una Presentezione tenuta a Tokyo nel novembre 2012; STEPHAN. *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, International & Comparative Law Quarterly, n. 58/2009, p. 627.

e ad ammettere la propria responsabilità per ottenere una riduzione della sanzione applicabile (cfr. *infra*, par. 1.3.5.).

Il *settlement*, inoltre, è stato concepito per fornire alla Commissione uno strumento per "tagliare" una serie di formalismi procedimentali altrimenti richiesti dalla procedura ordinaria, anticipare la chiusura del procedimento e realizzare così delle efficienze procedurali. Abbreviare i procedimenti rende possibile un significativo risparmio di risorse, che possono essere impiegate per il contrasto a un maggior numero di infrazioni e promuovere così l'efficienza complessiva dell'*enforcement antitrust* da parte della Commissione europea.

Sulla base delle ragioni fin qui esposte, si auspica che un maggiore ricorso al *settlement* possa avere un importante impatto positivo in termini di deterrenza generale[10].

1.2. Ambito di applicazione

Il contesto in cui può essere avviata la procedura di transazione è quello dei procedimenti *antitrust* avviati dalla Commissione europea ai sensi degli artt. 7 e 23 del Reg. (CE) n. 1/2003 nei casi di cartello.

Nello specifico l'art. 7 del Reg. (CE) n. 1/2003, rubricato *"Contestazione ed eliminazione delle infrazioni"*, sancisce il potere della Commissione, una volta accertate le infrazioni *antitrust* di sua competenza — siano esse ancora in atto ovvero già cessate — di obbligare mediante decisioni le imprese e le associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione contestata o ad adottare tutti i rimedi comportamentali necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli della condotta sulle condizioni di concorrenza nel mercato di riferimento[11].

[10] WILS, *The Use of Settlements in Public antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in World Competition, 2008.
[11] FAULL, NIKPAY (a cura di). *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007.

Invero, l'art. 23 del Reg. (CE) n. 1/2003, rubricato "*Ammende*" attribuisce alla Commissione europea il potere di irrogare mediante decisione sanzioni pecuniarie non aventi natura penale[12] alle imprese che abbiano commesso — intenzionalmente o per negligenza[13] — infrazioni *antitrust*, aventi carattere sostanziale o procedurale. Le violazioni di tipo procedurale, di cui al par. 1 dell'art. 23, si hanno nelle ipotesi in cui, previa richiesta della Commissione, le imprese abbiano fornito informazioni — o documenti — inesatte, fuorvianti o incomplete e consistono, in generale, nel difetto di collaborazione con l'Autorità nel corso del procedimento. Il secondo paragrafo, invece, prospetta violazioni più gravi poiché derivanti dall'inosservanza di norme sostanziali, tra cui i fondamentali artt. 101 e 102 del TFUE; ad esse corrispondono sanzioni più pesanti.

Come accennato all'inizio del paragrafo, in ambito europeo il *settlement* è limitato ai soli casi di cartello, ossia agli accordi cd. orizzontali tra imprese concorrenti che operano allo stesso livello del ciclo economico e che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno[14] e che sono

---

[12] Lo stesso art. 23 par. 5 del Reg. (CE) n. 1/2003 precisa espressamente la natura non penale delle ammende. Scopo di tale puntualizzazione è quello di fugare ogni dubbio sulla qualificazione giuridica delle stesse. Tuttavia, data la spiccata portata afflittiva delle sanzioni, la dottrina maggioritaria, sostenuta da talune conclusioni degli Avvocati Generali della Corte è giunta a sostenerne la portata penale o quasi-penale. Sul punto: FORRESTER, *Modernization of EC Competition Law*, Fordham Int'l L. J. 1999, n. 23, pp. 1028 ss; GREEN, *Evidence and Proof in EC Competition Cases*, in SLOT-MCDONNELL, *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, London, 1993, p. 127; SCORDAMAGLIA, *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees*, Competition Law Review 2010, n. 7, 5-52. Conclusioni avvocati generali dell'Unione europea:
- AG Léger 3 febbraio 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, par. 31;
- AG Kokott, 3 luglio 2007, *AGCM c. ETI*, C-280/ 06, par. 71;
- AG Bot, 29 marzo2011, *ArcelorMittal Luxembourg*, C-201/09 P, C-216/09 P, par- 41 AG Mengozzi, 19 dicembre 2013, *Siemens Österreich*, C-231/11 P, C-232/11 P e C-233/11 P, par. 74.

[13] Secondo la Corte di Giustizia, «ciò che conta è se [l'impresa] fosse in grado di stabilire che il suo comportamento era di natura anticoncorrenziale e non [...] se l'impresa avesse effettivamente stabilito che era anticoncorrenziale», cit. caso C-591/16 P *Lundbeck v Commission*, par. 158.

[14] Segnatamente, ai sensi dell'art. 101 TFUE, gli accordi *"1.[...] consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali,*

suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri dell'Unione europea[15].

Il *settlement* dev'essere dunque escluso nei procedimenti relativi alle intese ex art. 101 TFUE diverse dai cartelli[16] e *tout court* agli abusi di posizione dominante ex art. 102 TFUE.

Non tutti i casi di cartelli, tuttavia, saranno suscettibili di essere risolti tramite la procedura di transazione. La Commissione avrà un ampio margine di discrezionalità[17] nel determinare quali casi di cartello siano adatti: si terrà conto della probabilità che la Commissione insieme a tutte le parti interessate giungano alle stesse conclusioni sulla portata degli addebiti e sulla possibilità di ottenere efficienze procedurali.

D'altra parte, le imprese non sono obbligate ad avviare discussioni di transazione o a concludere un accordo e la Commissione può applicare la procedura di transazione solo in base ad un'esplicita manifestazione di volontà delle parti.

---

non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. [..] 3. Tuttavia, le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili: i) a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, ii) a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e iii) a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".

[15] Sul punto, si rinvia alle specifiche Linee Guida della Commissione (Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, in (2004) G.U. C101/81), nonché all'attenta analisi in GUERRI, E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, pp. 156 ss. Ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 287/1990, come modificato dall'art. 17 del D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 di attuazione della direttiva del 26 novembre 2014, n. 2014/104/UE, in materia di azioni per il risarcimento del danno *antitrust*, l'Autorità può comunque oggi applicare, anche parallelamente in relazione ad uno stesso caso, sia gli artt. 101 e 102 TFUE che gli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990, essendo dunque ormai superato il c.d. criterio della "barriera unica", in forza del quale le norme *antitrust* nazionali erano applicabili solo negli spazi non occupati dalle norme europee.

[16] Il *settlement* è dunque escluso nei procedimenti per: accordi verticali tra imprese (ossia accordi tra imprese che operano a diversi livelli della filiera produttiva o distributiva), decisioni di associazioni di imprese e altre pratiche concordate.

[17] HÜSCHELRATH-LAITENBERGER, *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation*, Journal of Antitrust Enforcement, n. 5/2017, pp. 458-487.

Dimostrando un approccio interpretativo espansivo in relazione all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, la Commissione ha attuato in passato dei procedimenti di *settlement* "atipici", ossia forme non codificate di collaborazione con le imprese, impiegate anche per la trattazione di casi diversi dai cartelli (cfr. *infra*, par. 1.3.3.).

Sotto il profilo soggettivo, non invece, vi sono divergenze rispetto ai principi generali sulla concorrenza. Segue che, poiché l'art. 106 par. 2 TFUE sancisce che normativa *antitrust* europea si applica nei confronti di «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale […] nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento […] della specifica missione loro affidata», nei casi in cui l'attività svolta dall'impresa non sia compatibile con la disciplina *de qua*, non potrà essere instaurato alcun procedimento e, di conseguenza, non vi sarà spazio per la transazione.

1.3.1. Il procedimento dinanzi alla Commissione europea

La disciplina dei procedimenti per l'accertamento dei cartelli si ricava in parte dalle disposizioni contenute nel Regolamento (CE) n. 1/2003 e in parte dal Regolamento (CE) n. 773/2004 (si puntualizza che i Regolamenti *de quibus* disciplinano l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ma ai fini della presente esposizione rileveranno con esclusivo riguardo all'accertamento di cartelli)[18].

In principio, il procedimento *antitrust* innanzi alla Commissione viene avviato nelle forme ordinarie, ai sensi dell'art. 11, paragrafo 6, del Regolamento (CE) n. 1/2003[19].

[18] VANDENBORRE, GOETZ. *EU Competition Law Procedure*, in Journal of European Competition Law and Practice, n. 3/2012.

[19] La norma fa riferimento alle ipotesi in cui il procedimento sia avviato da parte della Commissione europea, la quale, così facendo, priva le ANC della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE; cfr. Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, punto 10.

Il procedimento ordinario di applicazione della normativa comunitaria in punto di cartelli si sviluppa in sei momenti fondamentali: raccolta iniziale di informazioni, pre-istruttoria, istruttoria, comunicazione degli addebiti, audizione in forma orale e decisione (Figura 1[20]).

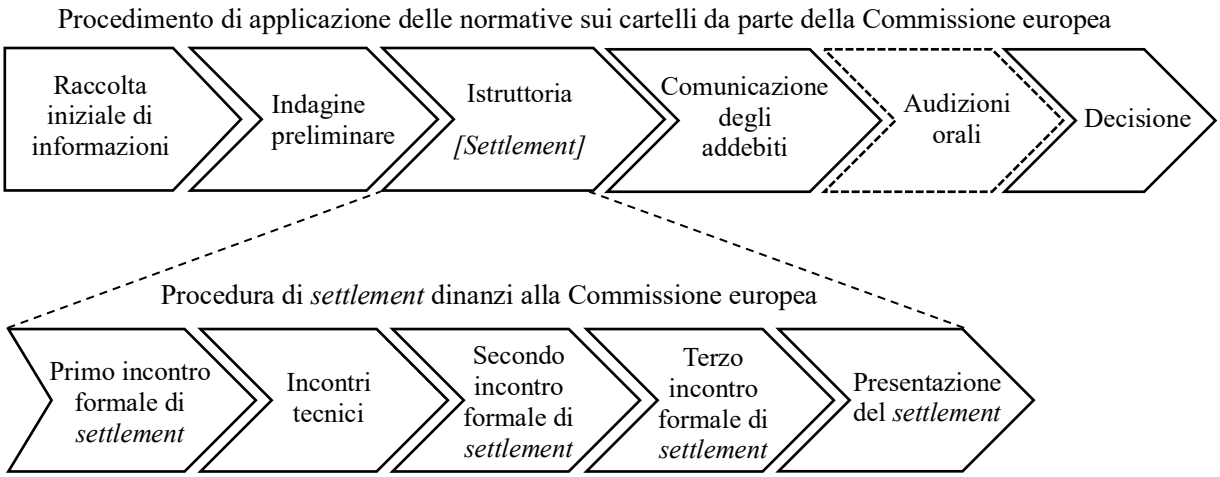

Figura 1. Il procedimento di applicazione delle norme da parte della Commissione europea e la procedura di transazione.

La fase iniziale viene detta pre-procedimentale (o pre-istruttoria) e precede l'avvio del procedimento formale: è la fase delle indagini, un primo momento in cui la Commissione si attiva per reprimere l'illecito *antitrust* dopo aver acquisito informazioni inerenti alla violazione delle norme di concorrenza, sia essa appresa in autonomia, da terzi o da una delle imprese che vi abbiano partecipato (sovente sono le stesse parti di un'intesa, che

[20] Lo schema è tratto da: HÜSCHELRATH-LAITENBERGER, *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation*, Journal of Antitrust Enforcement, n. 5/2017, p. 463. Il suddetto schema è a sua volta ispirato a due figure separate contenute in BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure (2014a*) in Competition Policy International 1; BELLIS, *Cartel Settlements* in Conference on the Fight against Hard Core Cartels in Europe, Madrid, November 2014b; OLSEN, JEPHCOTT. *The European Commission's Settlement Procedure* (2010) 25 Antitrust 76 and VASCOTT, *EU Cartel Settlements: Are They Working*? (2013) in Global Competition Review, disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://www.lw.com/mediaCoverage/are-eu-cartel-settlements-working. Il procedimento standard di applicazione delle norme sui cartelli da parte della Commissione Europea include tutte e sei le fasi rappresentate nella parte superiore della figura. Nei casi risolti tramite *settlement*, la fase delle audizioni orali (indicate nella parte superiore della figura dalla freccia tratteggiata) viene omessa.

intendono accedere al programma di clemenza). In sede pre-procedimentale, la Commissione può esercitare tutti i poteri formali di accertamento: il potere di effettuare indagini per settore economico o per tipo di accordi, il potere di richiedere informazioni (anche tramite l'ausilio delle ANC e delle istituzioni degli Stati membri), il potere di raccogliere dichiarazioni dal personale delle imprese indagate e di compiere accertamenti ispettivi presso la sede o i locali delle stesse.

Il *settlement* viene in rilievo successivamente — in qualità di "scorciatoia procedurale" — soltanto qualora venga aperta un'istruttoria mediante l'adozione di un provvedimento formale: la giurisprudenza europea ha confermato che la Commissione non è tenuta ad adottare detto provvedimento, né a comunicare alle parti l'oggetto esatto dell'indagine durante lo svolgimento degli atti ispettivi fino alla comunicazione degli addebiti e ciò non comporterebbe in caso alcuna lesione dei diritti di difesa delle parti[21]. Benché in questa sede le parti possano esprimere la loro disponibilità a un'ipotetica transazione, la procedura *de qua* si instaura su impulso formale della Commissione[22]: se ritiene che l'insieme degli elementi raccolti nell'indagine sia tale da consentirle di accertare l'esistenza del cartello e che il ricorso al *settlement* sia appropriato al caso di specie, prende contatto con le parti per sondare il loro interesse verso un accordo transattivo.

Viceversa, si procederà secondo le forme ordinarie[23].

L'avvio del procedimento per l'adozione della decisione di transazione può avvenire in qualsiasi momento, purché non oltre la data in cui ha richiesto alle parti di manifestare per iscritto il loro interesse a partecipare a siffatte discussioni e, in ogni caso, se successiva, non oltre la data in cui la Commissione ha emesso la comunicazione degli addebiti (ossia il documento scritto in cui essa informa le parti interessate degli addebiti

[21] Sull'assenza di un obbligo per la Commissione di notificare alle parti la decisione di avvio del procedimento prima del suo annuncio sulla Gazzetta Ufficiale o a mezzo comunicato stampa, cfr. C. giust. CE, 14 luglio 1972, C-57/69, *ACNA c. Commissione*.

[22] Si precisa che l'iniziativa formale della Commissione potrebbe altresì basarsi su una segnalazione informale proveniente da una delle parti indagate, la quale abbia manifestato il proprio interesse a transigere, già nel corso delle indagini. Ad ogni modo, la segnalazione non è in alcun modo vincolante per la Commissione.

[23] Si vedano gli articoli 10, comma 2, 12, comma 1 e 15, comma 1 del Regolamento (CE) n. 773/2004.

formali che le riguardano) nei confronti delle parti interessate[24]. Si osserva come, in passato[25] la Commissione abbia accolto la volontà delle parti di avvalersi della transazione, ancorché manifestata dopo la notifica della comunicazione degli addebiti. Da ciò emerge che, sebbene la procedura di transazione sia codificata, essa si caratterizzi per una significativa flessibilità nelle modalità applicative, con il prevalente obiettivo di garantire l'efficacia nell'azione di contrasto alle violazioni delle normative *antitrust*, indipendentemente dall'osservanza rigorosa delle prescrizioni formali.

Ad ogni modo, l'Autorità gode di ampia discrezionalità nello svolgimento delle sue valutazioni[26]; essa deciderà se procedere transattivamente in funzione delle possibilità di successo della procedura e delle economie procedurali effettivamente conseguibili alla luce di fattori, quali: il numero delle parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'imputazione di responsabilità, il livello di contestazione dei fatti e, infine, la necessità di giungere entro un termine ragionevolmente breve ad un consenso con le parti indagate, con riferimento all'oggetto e alla portata delle infrazioni da contestare[27].

Se del caso, la Commissione invia alle imprese coinvolte una lettera con cui le informa della decisione di avviare un procedimento in vista di una transazione e le invita a manifestare il loro interesse in tal senso.

Alle parti è concesso un termine non inferiore a due settimane nel quale esse devono dichiarare per iscritto il proprio interesse a ricorrere alla procedura di transazione[28]. Con tale dichiarazione scritta le parti non ammettono la propria responsabilità nella

[24] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, punto 9.
[25] Dal punto 7, 8 e 9 della sentenza pronunciata del Tribunale dell'Unione europea sul caso *Scania e altri c. Commissione* (T-799/17), risulta come le parti abbiano contattato informalmente la Commissione, chiedendole di proseguire il caso nell'ambito della procedura di transazione, solo dopo aver ricevuto la notifica della comunicazione degli addebiti e dopo aver avuto accesso al fascicolo d'indagine.
[26] Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, Considerando n. 4.
[27] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, punto 5.
[28] *Ibidem*, punto 11.

partecipazione all'illecito, ma si limitano ad esprimere la propria disponibilità a dialogare con la Commissione europea. La Commissione non è tenuta a tener conto delle risposte ricevute dopo la scadenza del termine suddetto.

Si puntualizza che, nell'ipotesi in cui solo alcune delle imprese indagate siano interessate a transigere e altre si rifiutino (ipotesi che dà luogo ad un procedimento cd. "ibrido", cfr. infra, par. 1.3.2.), la Commissione può valutare l'opportunità di abbandonare immediatamente la procedura di transazione a fronte dell'impossibilità di realizzare quelle economie procedurali e amministrative cui è sotteso l'istituto del *settlement*. Risulta che tale facoltà sia stata esercitata dalla Commissione europea in un'unica fattispecie[29]. In tutti gli altri casi, la Commissione europea o non ha avviato alcuna procedura di transazione, oppure ha adottato procedimenti ibridi, proseguendo le trattative con le parti disposte a partecipare alla transazione e riprendendo la procedura di contestazione ordinaria nei confronti delle altre parti.

Nel caso in cui le parti abbiano aderito alla proposta della Commissione nei termini sopra descritti, quest'ultima può decidere di aprire formalmente la procedura di transazione: questa si articola in cinque fasi[30] ed è disciplinata nel dettaglio dalla Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del Reg. (CE) n. 1/2003, nei casi di cartelli.

[29] È accaduto nell'ambito di un procedimento per l'accertamento di un cartello attuato dai principali fornitori di microchip per *smart card* (Caso AT.39574 — Microchip per smart card), i quali, per far fronte all'"aggressivo" ingresso sul mercato da parte nuovi concorrenti e alle pressioni sui prezzi esercitate dai principali clienti, hanno scelto di attuare pratiche collusive e di coordinare i rispettivi comportamenti sul mercato. La Commissione aveva inizialmente deciso di esplorare la possibilità di una transazione con alcune delle società coinvolte, ma ha poi abbandonato i contatti bilaterali perché non erano stati compiuti grandi progressi (cfr. Comunicato stampa della Commissione IP/13/346). Non essendo possibile realizzare le efficienze procedurali sottese al *settlement*, la Commissione non ha esitato a ritornare alla procedura ordinaria, impiegandola nei confronti di tutte le imprese partecipanti al cartello.

[30] Per informazioni più dettagliate sulla procedura di transazione dell'UE da parte della Commissione, si veda: DEKEYSER, *Alternative Procedures in the European Antitrust Legal Framework-Cartel Settlements and Commitment Decisions*, in EU-China Competition Policy Conference, Wuxi, 2012; LAINA, BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, Journal of European Competition Law & Practice, n. 5/2014 p. 717; LAINA, LAURINEN. *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, Journal of European Competition Law & Practice n. 4/2013, p. 302.

A questo punto, sono avviate delle consultazioni bilaterali — e articolate in tre incontri — tra la direzione generale della Concorrenza e i candidati alla transazione, esse sono volte a:

a) fornire informazioni alle parti circa le risultanze istruttorie raccolte durante la fase delle indagini e gli addebiti che la Commissione intende formalizzare a loro carico;
b) consentire alle parti di esporre le proprie argomentazioni difensive con riguardo ai capi di accusa;
c) discutere l'ammontare massimo dell'ammenda irrogabile, alla luce degli elementi probatori raccolti;
d) condividere, su richiesta di parte, versioni non riservate di qualsiasi documento accessibile figurante in quel momento nel fascicolo, purché l'accesso sia giustificato per permetterle di precisare la sua posizione riguardo a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto del cartello[31].

Le discussioni bilaterali[32] si aprono con una prima riunione formale di transazione, in cui la Commissione europea presenta alle parti[33] la propria valutazione e rende noti gli elementi probatori utilizzati per stabilire i potenziali addebiti, la responsabilità e le ammende. Nelle successive riunioni tecniche con il personale incaricato del caso, le parti presentano alla Commissione i loro punti di vista e le loro argomentazioni, discutendo in particolare la portata dell'infrazione (segnatamente la durata e la gravità) e il valore delle vendite interessate (entrambi fattori chiave per determinare l'entità dell'ammenda).
Una seconda riunione formale di *settlement* viene impiegata per verificare il raggiungimento di un accordo — seppur informale — tra la Commissione europea e le

[31] Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 16.
[32] Le discussioni sono tenute alla presenza di funzionari superiori della Direzione generale della Concorrenza, dal personale addetto al caso e da un rappresentante dell'unità preposta alla transazione.
[33] Se due o più parti nell'ambito di una stessa impresa (a prescindere dal dato giuridico-formale, il concetto di "impresa" deve essere inteso in senso economico) manifestano la disponibilità a partecipare a siffatte discussioni ai sensi del primo comma, designano rappresentanti comuni che parteciperanno in loro nome e per loro conto alle discussioni con la Commissione. Tale eventualità si verifica, ad esempio, nelle ipotesi in cui le violazioni per cui si procede siano state commesse da più società appartenenti allo stesso gruppo.

imprese coinvolte in relazione alla portata dell'infrazione e al valore delle vendite interessate[34].
È solo nella terza riunione formale di transazione che la Commissione rende noto l'importo massimo dell'ammenda applicabile e conferma la forma e i tempi della più sintetica proposta di transazione[35].

Per quanto la Commissione non partecipi ad alcuna forma di "trattativa", in pratica questi incontri offrono alle imprese la possibilità di influenzarne il giudizio.

Si precisa che in un procedimento avviato contro una pluralità di parti, è possibile che alcune di esse decidano di ritirarsi dopo l'avvio delle discussioni bilaterali. In tali circostanze la Commissione europea è legittimata a interrompere la procedura di transazione anche nei confronti delle restanti parti, e potrà decidere se proseguire in forma ibrida o secondo le modalità ordinarie nei confronti di tutte le imprese cartelliste. Le parti che avevano in principio optato per la transazione (cioè quelle che non si sono ritirata) non hanno il diritto di continuare il procedimento in forma transattiva[36].

In caso contrario, se le discussioni bilaterali hanno esito positivo, la Commissione fissa un termine non inferiore a quindici giorni entro il quale le imprese possono presentare una proposta irrevocabile[37] di transazione in forma scritta, ai sensi dell'art. 10-*bis*, paragrafo 2, del Reg. (CE) n. 773/2004[38]: si tratta di un atto essenziale nel quadro della

---

[34] BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure (2014a*) in Competition Policy International.

[35] La quantità di pagine da redigere si ridurrebbe da "diverse centinaia di pagine" con la procedura standard a "in media 20-40 pagine" con la procedura di transazione, v. LAINA, LAURINEN. *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, Journal of European Competition Law & Practice n. 4/2013, p. 302.

[36] Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 6.

[37] «Le richieste di transazione non possono essere revocate unilateralmente dalle parti che le hanno presentate salvo che la Commissione non le accolga in quanto si astiene dal rispecchiarne il contenuto innanzi tutto nella comunicazione degli addebiti e, successivamente, nella decisione definitiva», cit. Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 22.

[38] Le proposte formulate non possono essere revocate unilateralmente dalle parti, a meno che la Commissione non voglia accogliere la revoca della proposta in quanto intenda discostarvisi nella comunicazione degli addebiti e, successivamente, nella decisione definitiva;
cfr. TODINO. Regolamento CE 7 aprile 2004 n. 773/ 2004, in CATRICALÀ, TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

procedura, poiché consente alle parti di rappresentare alla Commissione le condizioni della transazione in base alle proprie aspettative. Con la richiesta formale di transazione, presentata prima che sia loro notificata la comunicazione degli addebiti, le parti interessate permettono alla Commissione di tenere effettivamente conto del loro punto di vista[39] già al momento della redazione della comunicazione degli addebiti, anziché soltanto prima dell'adozione della decisione definitiva[40].

La proposta di transazione deve contenere i seguenti elementi[41]:

a) il riconoscimento dell'infrazione addebitata dalla Commissione, in termini chiari ed inequivocabili; la proposta deve descrivere in maniera concisa l'oggetto dell'illecito, la sua eventuale attuazione, i fatti principali che lo costituiscono, nonché la loro qualificazione giuridica, infine il ruolo delle parti e la durata della partecipazione alla condotta anticoncorrenziale;
b) un'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che le parti prevedono sarà loro inflitta dalla Commissione[42] e che esse accetterebbero nell'ambito della procedura di transazione;
c) la conferma delle parti di essere state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti e che è stata loro sufficientemente accordata la possibilità di esprimere il proprio punto di vista alla Commissione;
d) la rinuncia ad accedere al fascicolo e ad essere sentite in un'ulteriore audizione orale, salvo che la comunicazione addebiti o la decisione finale non rispecchino la richiesta di transazione formulata dalle parti;

[39] Con la proposta di transazione, è come se le parti esercitassero una forma di "contraddittorio anticipato" rispetto alla successiva comunicazione formale degli addebiti. Nel procedimento ordinario, invece, le parti esercitano il contraddittorio solo dopo la notifica della comunicazione degli addebiti, eminentemente all'interno della seguente fase delle audizioni orali (fase che viene "saltata" nel procedimento transattivo e sostituita dalle discussioni bilaterali preliminari).
[40] A norma dell'articolo 11, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 773/2204 e, rispettivamente, dell'articolo 27, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003.
[41] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, punto 20.
[42] Risultante dalle discussioni di cui ai punti 16 e 17 della Comunicazione sulla transazione.

e) il consenso delle parti di ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 in una lingua ufficiale concordata dell'Unione europea.

Le ammissioni e le conferme fornite dalle parti nell'ottica della transazione costituiscono l'espressione del loro impegno a cooperare alla rapida trattazione del caso secondo la procedura di transazione.

Ricevuta la proposta di transazione, la Commissione formula una comunicazione degli addebiti vera e propria e la notifica alle imprese che hanno partecipato al procedimento di transazione. La comunicazione degli addebiti rappresenta la "cristallizzazione" degli addebiti che la Commissione muove alle imprese indagate. L'atto contiene una descrizione dei fatti in cui l'illecito consiste, la qualificazione giuridica degli stessi e l'indicazione delle prove a sostegno delle ipotesi accusatorie formulate dalla Commissione[43]. Di regola la comunicazione degli addebiti riflette fedelmente la proposta di transazione: la corrispondenza tra gli addebiti formalizzati in questa sede e le violazioni contestate nella fase delle discussioni bilaterali è fondamentale ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa delle parti.

A questo punto, le parti rispondono entro un termine fissato dalla Commissione e pari ad almeno due settimane, semplicemente affermando in termini inequivocabili che la comunicazione degli addebiti rispecchia il contenuto della loro proposta di transazione e che quindi esse si impegnano a portare a termine la procedura. Si ritiene che la comunicazione degli addebiti rifletta la proposta di transazione se ne rispecchia il contenuto con riguardo alle questioni essenziali indicate sopra[44]. In assenza di risposta, la

[43] La giurisprudenza ritiene che la Commissione non sia tenuta a spiegare i fatti in maniera dettagliata, potendo limitarsi ad illustrare in modo sintetico gli elementi sui quali intende fondare la propria accusa: cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim c. Commissione*; C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*, confermato in appello da C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05P, *SGL Carbon/Commission*. Si vedano anche C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique Diffusion française* c. Commissione; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-48/00, *Corus UK c. Commissione*.

[44] Si fa riferimento agli elementi essenziali della proposta di transazione, di cui al punto 20, lettera a) della Comunicazione della Commissione sulla transazione. Secondo giurisprudenza consolidata, la Commissione basa le sue decisioni unicamente su addebiti in merito ai quali le parti interessate hanno

Commissione prende atto che la parte non intende dar seguito alla transazione e, in tal caso, può decidere di abbandonare la procedura e di proseguire secondo l'iter ordinario[45]. Se le parti hanno confermato l'impegno a giungere a una transazione alla luce delle imputazioni contenute nella comunicazione addebiti, la Commissione consulta il Comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti[46] ed emana una decisione ai sensi degli artt. 7 e 23 del Reg. (CE) n.1/2003, che deve rispecchiare il contenuto della proposta di transazione e la comunicazione degli addebiti (*inter alia,* si guarda in particolar modo alla sanzione applicata: la decisione definitiva corrisponde alla proposte di transazione allorché l'ammenda inflitta non superi l'importo massimo ivi indicato).

Ad ogni modo, si precisa che la Commissione conserva comunque il diritto di adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti, nonché il diritto di adottare un provvedimento finale che si discosti dalla sua posizione espressa nella comunicazione addebiti. Tuttavia, qualora decida di agire in tal senso, la Commissione deve informare le parti e notificare loro una nuova comunicazione degli

---

avuto modo di manifestare il proprio punto di vista e, a tal fine, hanno diritto di accedere al fascicolo della Commissione, fatto salvo l'interesse legittimo delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali.

[45] WISH, BAILEY. *Competition Law*, Oxford, 2012.

[46] Ai sensi dell'articolo 10-*bis*, par. 3 del Regolamento (CE) n. 773/2004, prima di adottare la decisione finale, la Commissione deve sentire il parere del comitato consultivo di cui all'art. 14 del Reg. (CE) n. 1/2003.

Il Comitato consultivo è un organo di supporto e supervisione, che coadiuva la Commissione nella valutazione delle situazioni in cui si sospetta una violazione delle regole sulla concorrenza, come intese restrittive o abusi di posizione dominante. Il comitato è composto da esperti membri delle autorità nazionali della concorrenza dei vari Stati membri: questo garantisce che nel processo decisionale siano rappresentate prospettive diverse e che si tenga conto delle specificità dei singoli mercati nazionali. Prima di adottare qualsiasi decisione, la Commissione è tenuta ex art. 14**,** par. 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003 a sentire il comitato, per assicurare che la sua azione sia bilanciata e condivisa a livello europeo. Il Comitato esprime un parere scritto sulle decisioni che la Commissione intende adottare. Benché la Commissione non sia vincolata da questo parere, deve tenerne conto e motivare le sue scelte, rafforzando così la trasparenza e la legittimità del processo decisionale. Un aspetto fondamentale dell'articolo 14 è che permette alle autorità nazionali di sollevare casi di loro competenza e di richiedere un confronto con la Commissione, benché formalmente non emetta pareri su casi trattati dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Questo meccanismo è essenziale per evitare sovrapposizioni tra le indagini europee e nazionali e per garantire che le decisioni siano coerenti con l'intero quadro normativo dell'Unione. Il Comitato consultivo è quindi un pilastro del sistema di concorrenza europeo, poiché assicura che le decisioni della Commissione siano ponderate, condivise e coerenti con le esigenze dei mercati nazionali e dell'intera Unione.

addebiti per garantire loro l'esercizio del diritto alla difesa secondo le norme generali di procedura applicabili. Di conseguenza, le parti recupereranno il diritto di accedere al fascicolo, di chiedere un'audizione orale e di rispondere alla comunicazione degli addebiti[47]. Le ammissioni formulate dalle imprese nella loro proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nei confronti di nessuna delle parti del procedimento[48]. Allo stesso tempo, le parti, non più vincolate dalla loro proposta di transazione, riacquistano i diritti a cui avevano rinunciato e che potranno esercitare entro un nuovo termine: ripresentare elementi a propria difesa, accedere al fascicolo istruttorio e chiedere un'audizione orale.

In caso di esito positivo della procedura, l'importo finale dell'ammenda inflitta viene ridotto per tutte le parti che hanno aderito al *settlement* nella misura fissa del 10%, fatto salvo l'eventuale cumulo con la riduzione della sanzione che consegue all'applicazione del trattamento favorevole (cd. *leniency programme*). Le decisioni di transazione adottate dalla Commissione sono soggette al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

[47] TODINO, *Il procedimento antitrust dinanzi alla Commissione*, in PACE (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 184-198.

[48] Un'eventualità, spesso sottovalutata in quanto circoscritta, è quella in cui alle parti che transigono sia ordinato di rivelare alle parti non transigenti i dettagli delle loro discussioni di transazione con la Commissione, in particolare, potrebbe essere disposto l'accesso a copie — benché rimaneggiate — dei documenti scambiati tra la Commissione europea e l'impresa durante la procedura di transazione, in particolare documenti tecnici e verbali delle riunioni svolte nel contesto delle prime discussioni bilaterali. Ad esempio, si riporta come in un caso ibrido relativo a un cartello di manipolazione del *benchmark* dei prezzi dell'etanolo (AT.40054), la Commissione abbia dato accesso a documenti tecnici presentati dall'impresa transigente all'impresa che abbia optato per la procedura ordinaria. L'accesso è stato consentito in ragione del fatto che questi specifici documenti non sono stati ritenuti più sensibili o più riservati rispetto alle dichiarazioni contenute nelle proposte di transazione formali che erano già state oggetto di visione dalle parti non transigenti. Ne deriva che, se le parti transigenti non prestano attenzione alle modalità di comunicazione con la Commissione, tali comunicazioni possono diventare accessibili alle parti che non hanno seguito la procedura di *settlement*.

Inoltre, resta ferma la facoltà delle autorità nazionali di concorrenza di avviare un autonomo procedimento qualora ritengano che la condotta accertata dalla Commissione con *settlement* abbia avuto impatti sul proprio territorio[49].

Dal confronto tra il procedimento standard di applicazione delle norme sui cartelli e il procedimento di *settlement* emerge come nella prima parte non sussistano apparenti differenze, il che presuppone che non vi sia alcun impatto né sulla celerità, né sulle efficienze realizzate. Tuttavia, non appena viene avviata un'istruttoria formale, il consueto procedimento di *enforcement* viene in parte sostituito e in parte affiancato dalla procedura di transazione, il che suggerirebbe, a parità di condizioni, un aumento del carico di lavoro della Commissione europea e nessun apparente aumento dell'efficienza. In realtà, si prevede che l'incremento della rapidità e dell'efficienza si realizzino soprattutto eliminando o riducendo alcuni step procedurali richiesti dalla procedura standard, come l'accesso completo al fascicolo[50], la redazione e la traduzione degli atti che lo compongono, nonché l'audizione delle parti e l'interpretazione linguistica delle loro difese.

1.3.2. (Segue). Forme alternative del procedimento: il *settlement* ibrido

La transazione viene definita "ibrida" — o "parziale" — quando, nell'ambito di uno stesso procedimento avviato nei confronti di più parti per la medesima infrazione, soltanto alcune hanno portato a termine la procedura di transazione, mentre le restanti parti hanno seguito la procedura ordinaria.

Nel determinare se un caso è adatto alla transazione, la Commissione europea tiene conto di una serie di fattori, tra cui la prospettiva di ottenere efficienze procedurali. L'efficacia

[49] La decisione di *settlement* nel caso DRAMs (COMP/38511) ha, per esempio, attivato un separato procedimento antitrust da parte dell'Autorità antitrust brasiliana. Cfr. Conferenza di Global Competition Review, *Global Cartel Settlement: is it Possible*?, Miami, settembre 2013.

[50] Permettere l'accesso completo al fascicolo di solito richiede un'intensa attività di preparazione, sotto forma di vaglio della riservatezza di "decine di migliaia di pagine di documenti" per verificarne la riservatezza. Si veda KROES, *Settlements in Cartel Cases*, in 12th Annual Competition Conference, Fiesole, settembre 2008.

e l'efficienza — che sono alla base della procedura di transazione — si ottengono al meglio quando tutte le parti indagate per cartello decidono di portare avanti le discussioni bilaterali di transazione e infine accettano di risolvere il caso d'intesa con la Commissione. Per questo motivo, la Commissione terrà in particolare considerazione la circostanza che una o più parti abbiano già indicato, durante la fase investigativa, di voler contrastare le risultanze della Commissione inerenti ai fatti o alla responsabilità. Se alcune parti non sembrano interessate a proseguire le discussioni di transazione, la Commissione può decidere di non avviare alcuna procedura di transazione; le parti rimanenti non avranno comunque il diritto di richiedere alla Commissione l'avvio tale procedura[51].

Dunque, non solo le parti non hanno il diritto di transigere, in quanto è la Commissione a valutarne l'opportunità, ma neppure vi sono obbligate: possono legittimamente rifiutarsi quando ragioni di convenienza suggeriscono di procedere secondo l'iter ordinario. Tale rifiuto può essere espresso in diversi modi e in diverse fasi del procedimento:

a) le parti possono rifiutare di impegnarsi in una transazione sin dall'inizio, non rispondendo all'invito della Commissione europea ad avviare le discussioni bilaterali, che altrimenti segnerebbero l'inizio della procedura di transazione[52];
b) le parti conservano il diritto di ritirarsi dalla procedura di transazione in qualsiasi momento e senza formalità, fino a quando la Commissione non richiede loro di presentare la proposta formale di transazione[53];
c) le parti possono revocare unilateralmente le loro proposte di transazione se la comunicazione degli addebiti, e in ultima analisi la decisione finale, non riflettono le proposte di transazione[54].

[51] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, punto 6.
[52] Se la Commissione ritiene opportuno esplorare l'interesse delle parti ad avviare discussioni di transazione, fissa un termine, generalmente di due settimane, entro il quale le parti possono confermare per iscritto se desiderano avviare discussioni di transazione; *ibidem*, punto 11.
[53] *Ibidem*, punto 20.
[54] *Ibidem*, punto 22.

Nel caso in cui la Commissione o le parti decidano di interrompere le discussioni, l'Autorità continuerà a seguire la normale procedura per infrazione nei confronti di tutte, o solo alcune delle parti. In quest'ultimo caso si avrà un procedimento ibrido[55].

Quando un caso viene trattato come ibrido, vi sono una serie di differenze procedurali per le parti che "transigono" e quelle che "non transigono", e che possono avere importanti conseguenze pratiche (ad esempio, un impatto sui tempi e sulle risorse necessarie per far fronte al procedimento, la quantità di informazioni che diventano di dominio pubblico e che possono essere utilizzate dai soggetti danneggiati in successive cause civili, o che andranno a danneggiare la reputazione dell'impresa, etc.).

Le principali differenze riguardano le seguenti questioni:

a) *Accesso al fascicolo*

Nell'ambito della procedura di transazione, le parti che vi partecipano hanno accesso soltanto agli elementi di prova fondamentali, i quali sovente non corrispondono alla totalità degli elementi di prova presenti nel fascicolo[56]. Quando la Commissione torna a svolgere la procedura standard nei confronti delle parti non transigenti, dovrà fornire ad essa l'accesso completo al fascicolo pertinente, inclusi i documenti ottenuti dalle parti che hanno transatto[57]. Ciò comporta un notevole onere per tutti i soggetti coinvolti, comprese la Commissione e le imprese che con essa si sono accordate: nella maggior parte dei casi, coloro che hanno transatto sceglieranno di esercitare il diritto di far epurare il fascicolo da quelle informazioni aventi carattere riservato, come i segreti commerciali. Questo comporta aggravamenti procedurali, sia per la Commissione che per le parti coinvolte[58].

---

[55] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.

[56] Infatti, nelle proposte di transazione, le parti che si accordano sono tenute a dichiarare che non intendono chiedere l'accesso al fascicolo, Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 20.

[57] Si vedano l'art. 27, paragrafi 1 e 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio e l'art. 15, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione europea.

[58] Si veda l'articolo 16 del Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione europea.

b) *Comunicazione addebiti, audizioni orali e risposta scritta alla comunicazione addebiti*

Le parti che seguono la procedura di transazione devono confermare di aver ricevuto informazioni sufficienti in merito alle contestazioni mosse dalla Commissione. In quanto informate, esse possono dichiarare di voler rinunciare al diritto di essere sentite in un'audizione orale e al diritto di rispondere alla comunicazione degli addebiti[59]. Ne deriva che la comunicazione addebiti adottata in sede di transazione è meno dettagliata e più breve della comunicazione degli addebiti emanata nel procedimento ordinario; ciò, combinato all'assenza di un'audizione in forma orale, aumenta l'efficienza del processo sia per le parti in causa sia per la Commissione.

Tuttavia, nel procedimento ibrido, le parti che non optano per il *settlement* non rinunciano ai loro diritti di difesa e la Commissione dovrà procedere all'adozione di una comunicazione degli addebiti completa e più dettagliata indirizzata nei loro esclusivi confronti e dovrà fissare un'udienza orale con le medesime: in questo modo le economie procedurali realizzate con la transazione perdono di rilievo.

c) *Tempi per l'adozione della decisione finale*

A seconda del momento in cui una parte si determina a ritirarsi dalla procedura transattiva, la Commissione può valutare se adottare la decisione di transazione contemporaneamente rispetto a quella standard, oppure in momenti diversi. In quest'ultimo caso, il procedimento viene definito "scaglionato" (*staggered hybrid settlement*, in inglese), perché la decisione di transazione viene adottata prima che la procedura ordinaria per le parti non transigenti (perché non coinvolte o perché hanno rifiutato la transazione) sia giunta a termine[60]. La procedura ibrida scaglionata è stata oggetto di critiche da parte della dottrina e — più di recente — ha sollevato perplessità anche nel contesto della giurisprudenza europea[61].

[59] Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 20.

[60] Relazione finale del Consigliere-auditore, caso AT.39914: Derivati sui tassi di interesse in euro, 2019/C 130/04.

[61] GIANGASPERO, *Pometon v. Commission: Reviving Staggered Hybrid Settlements?*, Journal of European Competition Law & Practice 2020, n. 11, 509.

d) *Informazioni rese pubbliche con la decisione finale*

Benché le decisioni di transazione accertino il compimento di un illecito *antitrust* e forniscano dettagli su aspetti chiave dell'infrazione (ad esempio le parti coinvolte, il tipo di condotta, la durata, etc.), esse sono comunque semplificate e meno esaustive rispetto a una decisione ordinaria. Quando una parte decide di non perseguire la transazione la Commissione adotterà, oltre alla decisione di transazione, anche una decisione completa e più dettagliata indirizzata alla parte che ha deciso di non transigere.

È evidente come i casi ibridi sollevino una serie di questioni complesse, che devono essere soppesate in modo strategico sia dalle parti che partecipano all'accordo, sia da quelle che non vi partecipano. Difatti, per le parti che si sono impegnate in discussioni di transazione e che hanno deciso di risolvere il caso d'intesa con la Commissione, i procedimenti ibridi pongono talune questioni che sono suscettibili di compromettere in varia misura i vantaggi ottenuti con l'accordo[62]. Nel prosieguo saranno dunque esposte le problematiche che le imprese interessate sono tenute a considerare nel decidere se optare per il *settlement* quando si prospetta che il procedimento possa assumere forma ibrida.

In primis, le imprese che aderiscono a una transazione ibrida corrono il rischio di vedere il procedimento protrarsi più a lungo rispetto alle ipotesi di *settlement* "puro". Ciò può accadere sia nelle ipotesi in cui la Commissione abbia deciso di sospendere il procedimento transattivo fino a che l'accertamento ordinario non abbia fatto il suo corso, sia nelle ipotesi in cui l'accertamento (ordinario) dell'infrazione venga interamente svolto dopo la decisione di transazione (nel quale ultimo caso si dovrà tenere conto dei tempi necessari per consentire l'accesso completo al fascicolo, preparare una comunicazione degli addebiti dettagliata, svolgere audizioni orali e permettere le repliche scritte alla comunicazione degli addebiti). Inoltre, dal momento che le parti che optano per il procedimento ordinario sono solite impugnare la decisione di accertamento davanti al Tribunale dell'Unione europea (ed eventualmente, proporre appello dinanzi alla Corte di giustizia), si rischia un'ulteriore dilatazione dei tempi richiesti per portare tutto il

[62] ALIENDE RODRIGUEZ, NOORALI. *Case T-180/15 Icap v. Commission: The Facilitator Doctrine and Other Cartel Concepts in Hybrid Settlements*, Journal of European Competition Law & Practice 2018, n. 9, 320-322.

procedimento alla sua definizione. Questo prolungato iter può avere conseguenze reputazionali per le imprese coinvolte, esponendole a un'incertezza che si protrae per anni[63].

In secondo luogo, nei casi in cui il procedimento ibrido ha carattere "scaglionato" — poiché la decisione di transazione viene adottata prima (spesso molto prima) rispetto alla decisione ordinaria — è possibile che le parti transigenti siano le prime destinatarie delle successive richieste di risarcimento danni. Dal punto di vista dei danneggiati, infatti, l'accordo transattivo è di per sé sufficiente per l'avvio del contenzioso civile[64], non essendo a ciò necessario che la Commissione abbia accertato l'infrazione nei confronti delle restanti parti. Di conseguenza, le imprese che hanno aderito alla transazione possono essere chiamate a rispondere per l'intero pregiudizio subìto dai danneggiati, in ragione del principio di responsabilità solidale operante tra i membri del cartello. Solo successivamente queste potranno esercitare l'azione di regresso nei confronti delle imprese che non hanno transatto, al fine di recuperare la quota di danno di loro spettanza (con la speranza che, nel frattempo, la Commissione non abbia, con decisione ordinaria, escluso la loro responsabilità nell'illecito).
Sempre a proposito dei rapporti con il *private enforcement*, si specifica che quantunque la decisione ordinaria non sia formalmente rivolta alle parti che hanno transatto, questa include riferimenti dettagliati ai fatti e alle condotte illecite ivi accertati, coinvolgendo indirettamente anche le imprese che hanno scelto la transazione. Tali dettagli, più approfonditi rispetto a quelli contenuti nella decisione di transazione, possono essere utilizzati in sede civile a supporto delle azioni risarcitorie, esponendo le parti transigenti a rischi aggiuntivi e riducendo così uno dei principali vantaggi della procedura di transazione.

Un'ulteriore limitazione dei benefici della transazione nei casi ibridi è legata al fatto che le parti che hanno optato per il *settlement* non possono giovarsi degli esiti positivi di eventuali impugnazioni aventi ad oggetto la decisione della Commissione pronunciata

[63] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.
[64] Direttiva 2014/104/UE (cd. Direttiva danni), articolo 9.

contro le parti non transigenti. Ancorché sia meno probabile che le parti transigenti impugnino una decisione di *settlement* (quantomeno nel merito), nulla osta a che la parte che non abbia transatto impugni nel merito la decisione (ordinaria) di accertamento di cui è destinataria. Se l'impugnazione della decisione ordinaria viene accolta, il successo di questa è limitato alla parte che non ha seguito la procedura di transazione. Per le restanti parti (cioè quelle che hanno optato per il *settlement*), la decisione di transazione continuerà a essere vincolante[65].

Anche le parti non transigenti in un procedimento ibrido devono effettuare una serie di accurate valutazioni strategiche prima di rifiutare (*ex ante*) o abbandonare (in seguito) le discussioni di transazione con lo scopo di provare a contestare le conclusioni della Commissione europea. In seguito saranno analizzate le principali.

Un primo ordine di valutazioni riguarda le tempistiche del procedimento. Infatti, le parti hanno la possibilità di ritirarsi dal processo di transazione in qualsiasi momento fino alla presentazione della proposta di transazione, ma il momento in cui viene presa questa decisione può essere cruciale. Le discussioni di transazione sono bilaterali e, una volta che una parte ha scelto di ritirarsi dalla procedura di transazione, non potrà più conoscere la posizione della Commissione europea in merito alla definizione del caso, alla responsabilità o al calcolo dell'ammenda fino alla pronuncia della decisione. Stando a queste considerazioni, sembrerebbe più conveniente, in via generale, partecipare alla procedura di transazione e portare a termine le discussioni bilaterali, attendendo la notifica della comunicazione degli addebiti. Ritirandosi in anticipo dalle discussioni, l'impresa si priverebbe dell'opportunità di ottenere il miglior risultato possibile con la procedura di transazione. Da contro, si deve considerare la possibilità che giunti a quel punto, vi siano alcuni elementi che rimarranno "fissati" e che non subiranno modifiche nel corso di un'eventuale procedura ordinaria di accertamento. A titolo meramente esemplificativo, è verosimile che l'indicazione sui prodotti, i clienti o i territori interessati dall'infrazione, nonché sulla durata della stessa rimangano invariati sia nelle decisioni di transazione che in quelle ordinarie. In definitiva, considerando che il contenuto delle

[65] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.

discussioni di transazione non può essere utilizzato come prova né influire sulla procedura ordinaria di accertamento dell'infrazione[66], non risulta particolarmente svantaggioso partecipare fin dall'inizio alle trattative di transazione e cercare di discuterne le condizioni fin dall'inizio[67].

Il secondo ordine di valutazioni di opportunità concerne il livello delle sanzioni applicabili. Rifiutando la transazione, le parti perdono il diritto di ottenere una riduzione del 10% sulla sanzione; allo stesso tempo, esse non potranno essere penalizzate in altro modo per aver scelto di ritirarsi dalla procedura *de qua*[68]. Il Tribunale dell'Unione europea ha specificamente affermato che la Commissione europea, nel determinare l'importo dell'ammenda, non può operare discriminazioni tra le parti che transigono e quelle che non transigono all'interno dello stesso procedimento per cartello[69]. Tuttavia, anche quando il principio di non discriminazione tra le parti di un procedimento ibrido (ossia le parti che hanno scelto il *settlement* e le imprese che lo hanno rifiutato o abbandonato) viene formalmente rispettato, in pratica, la Commissione europea gode di un notevole margine di discrezionalità nella determinazione delle ammende. Pertanto, quando una parte decide di ritirarsi dalle discussioni di transazione, dovrebbe valutare non solo la perdita dello sconto conseguente alla transazione, ma anche l'impatto che le sue obiezioni alle allegazioni della Commissione possono avere su altri parametri di calcolo dell'ammenda, come ad esempio lo sconto in caso di accesso al programma di clemenza[70].

---

[66] La mera partecipazione alle discussioni di transazione non implica l'ammissione della violazione.

[67] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.

[68] Causa T-456/10 - *Timab Industries e CFPR c. Commissione*, paragrafo 74.

[69] Nel procedimento sul cartello dei fosfati per mangimi (AT.38866), la società Timab, che non aveva aderito alla transazione, aveva sostenuto di essere stata penalizzata per essersi ritirata dalle discussioni di transazione e di aver "subito" un aumento dell'ammenda del 25%. Il Tribunale ha tuttavia chiarito che l'aumento del 25% dell'ammenda non era il risultato di una discriminazione per non aver transatto, quanto piuttosto una conseguenza del fatto che la parte non transigente aveva modificato le proprie ammissioni nell'ambito del programma di clemenza, il quale è distinto dalla Comunicazione sulla transazione. Cfr. Sentenza T-456/10 - *Timab Industries e CFPR c. Commissione*, paragrafo 94.

[70] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.

1.3.3. (Segue). Un *settlement* "atipico" nella procedura di cooperazione

Rivelando un atteggiamento applicativo espansivo, la Commissione si è trovata in passato ad adottare procedimenti di natura atipica, avvalendosi dell'istituto del *settlement* e contestualmente dello strumento degli impegni (istituti i quali, di regola, sono mutualmente escludenti*,* cfr. *infra*, par. 3.4. e segg.), anche per fattispecie diverse dai cartelli[71].

Questo procedimento ricalca a grandi linee la procedura di transazione e persegue finalità sostanzialmente coincidenti. Tuttavia, nell'ambito della procedura di cooperazione l'impresa, oltre ad ammettere la propria responsabilità nell'infrazione e a indicare preventivamente l'importo massimo dell'ammenda che è disposta a pagare, si impegna spontaneamente ad adottare misure correttive di natura strutturale o comportamentale, a seconda delle specificità del caso, al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla propria condotta anticoncorrenziale. Di contro, la Commissione emetterà una decisione di accertamento[72] in cui irrogherà una sanzione (in questo risiede la differenza fondamentale con l'istituto degli impegni "puro"), la quale sarà significativamente ridotta in considerazione del contributo effettivamente fornito dall'impresa.

A differenza della procedura di transazione, la procedura di cooperazione può essere adottata quando la Commissione procede per l'accertamento di qualsiasi violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE. La sua adozione dipende dalla volontà delle imprese, le quali possono scegliere di collaborare in modo proattivo (cioè, al di là dell'obbligo legale di cooperazione), e stabilire il momento più opportuno per farlo.

Nel caso in cui l'impresa decida di cooperare, può, anche in una fase iniziale, indicare al personale della Commissione il suo interesse a considerare la possibilità di cooperare e a

---

[71] KOPONEN, SKARPA. *EU: Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission,* in HAMER (a cura di), *The Settlements Guide*, Prima edizione, 2021, Global Competition Review, pp. 25-41.

[72] Poiché il procedimento di cooperazione tende all'accertamento, è fondamentale che esso sia conforme a tutti i requisiti procedurali per l'adozione di tali decisioni, come stabilito, in particolare, nel Regolamento (CE) n. 1/2003 e nel suo regolamento di esecuzione, ossia il Regolamento (CE) n. 773/2004[72].

cercare di individuare le modalità più opportune per apportare un valore aggiunto e agevolare l'avanzamento delle indagini, dell'analisi e della risoluzione del caso. L'idoneità del caso alla procedura di cooperazione è valutata caso per caso, tenendo conto della possibilità di giungere a un'intesa in tempi ragionevoli[73].

In ogni caso, come anche nella procedura di transazione per cartelli, l'*iter* di valutazione circa la possibilità di addivenire alla soluzione cooperativa di un caso si articola tipicamente in incontri bilaterali in cui:

a) la Commissione fornisce una panoramica dettagliata dei fatti, delle prove e delle sue obiezioni preliminari;
b) la Commissione e le parti cercano di raggiungere un'intesa sui fatti e sul loro inquadramento giuridico, nonché su eventuali ammende — comprese le ricompense in considerazione della loro cooperazione — o altri correttivi;
c) vengono elaborati gli elementi essenziali dell'accertamento, come i fatti addebitati, la loro qualificazione, la portata e la durata della presunta infrazione o l'entità stimata dell'ammenda (ciò avviene nel corso di riunioni tecniche, che possono essere organizzate in qualsiasi momento durante il procedimento di cooperazione);
d) le parti ottengono un accesso mirato ai principali elementi di prova presenti nel fascicolo della Commissione e hanno la possibilità di esprimere il proprio punto di vista con osservazioni orali o scritte.

Se le discussioni bilaterali di cooperazione hanno esito positivo e la Commissione e la parte raggiungono un accordo comune, il passo successivo fondamentale della procedura di cooperazione *antitrust* è l'offerta formale di cooperazione da parte dell'impresa in questione mediante una "proposta di cooperazione". Questa ricalca per molti aspetti la proposta di transazione (al punto che nelle versioni originali di alcune decisioni si discorre proprio di *"settlement proposal"*), salve ovviamente le specificità relative alla procedura *de qua* e contiene:

[73] In recenti casi di cooperazione *antitrust*, le imprese hanno ottenuto ricompense per questa cooperazione tempestiva: ad esempio, fornendo ulteriori elementi di prova relativi alla condotta oggetto dell'indagine, al di là di quanto raccolto dalla Commissione durante le improvvise ispezioni svoltesi presso i locali della società.

a) il riconoscimento, in termini chiari e inequivocabili, della responsabilità della parte per l'infrazione descritta nella presentazione, per quanto riguarda l'oggetto, i fatti principali e la qualificazione giuridica;
b) l'indicazione dell'ammenda massima che la parte si aspetterebbe di ricevere dalla Commissione, e che essa sarebbe disposta ad accettare, nel contesto della procedura di cooperazione;
c) la conferma di essere stata sufficientemente informata delle obiezioni che la Commissione intende sollevare nei suoi confronti e di aver avuto sufficienti possibilità di esprimere il proprio punto di vista; - la conferma che la parte non intende richiedere ulteriore accesso al fascicolo o chiedere di essere nuovamente ascoltata in un'audizione orale, a meno che la Commissione abbia deciso di non rispecchiare le discussioni di cooperazione nella comunicazione degli addebiti e nella decisione;
d) l'accordo a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione finale in una lingua ufficiale dell'UE;
e) la dichiarazione che la cooperazione è subordinata all'imposizione di una sanzione pecuniaria che non superi l'importo specificato nella proposta di cooperazione.

Inoltre, laddove la parte e la Commissione abbiano raggiunto un'intesa su un rimedio comportamentale o strutturale, la proposta di cooperazione includerà anche:

a) i dettagli di tale rimedio; l'offerta da parte dell'impresa di impegnarsi a rispettare detto rimedio, con eventuali informazioni sulla sua attuazione;
b) il riconoscimento da parte dell'impresa che il rimedio è idoneo e proporzionato nel quadro della procedura di cooperazione per garantire la completa cessazione dell'infrazione[74].

La comunicazione degli addebiti adottata sulla base della proposta di collaborazione dell'impresa o delle imprese oggetto dell'indagine viene redatta in forma semplificata e dovrebbe — quantomeno in linea teorica — rispecchiare le dichiarazioni delle parti per

[74] Decisione sul caso *Preclusione del mercato da parte di ARA*, paragrafi 19, 139 e seguenti; Decisione sul caso *AB InBev*, paragrafi 18, 234 e seguenti.

come sono riportate nella comunicazione di cooperazione la quale, a sua volta, dovrebbe rispecchiare le discussioni bilaterali con la Commissione. La risposta delle parti alla comunicazione degli addebiti si limiterà essenzialmente a confermare che la comunicazione addebiti sia conforme alle proposte di cooperazione. Una volta conclusa con successo la procedura di cooperazione, verrà adottata una sintetica decisione di accertamento, che comminerà un'ammenda adeguatamente ridotta e, potenzialmente, anche una misura correttiva di carattere strutturale o comportamentale.

Nel determinare l'importo dell'ammenda, la Commissione è tenuta ad applicare gli ordinari criteri previsti dagli Orientamenti del 2006[75]. Si precisa che le imprese che hanno collaborato riconoscendo la necessità di specifici correttivi e contribuendo all'elaborazione degli stessi, beneficiano di particolari riduzioni delle ammende. Trattandosi di una procedura atipica, in questi casi la Commissione applica l'articolo 37 degli Orientamenti, norma che permette in particolari circostanze di discostarsi dagli ordinari criteri di quantificazione delle sanzioni. Ad oggi, la Commissione ha concesso riduzioni complessive comprese tra il 10% e il 50%[76]: la prassi evidenzia chiaramente come la ricompensa sia tanto maggiore quanto più tempestiva e consistente sia la collaborazione.

Una decisione emblematica è stata adottata in materia di abuso di posizione dominante sul caso AT.39759: Preclusione del mercato da parte di ARA (cfr. *infra*, par. 3.5.2.), nei confronti di una società operante nel settore della gestione dei rifiuti in Austria. Nel caso di specie, la Commissione ha accettato gli impegni — spontaneamente proposti dalla società — ad adottare rimedi strutturali volti a rimuovere i profili anticoncorrenziali derivanti dalla sua condotta. Al contempo, dopo aver accertato l'illecito già consumato e

[75] Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003/2003. La base per la riduzione delle ammende per motivi altrimenti utilizzabili solo nelle indagini sui cartelli è il paragrafo 37 degli Orientamenti, in cui si afferma che "sebbene i presenti Orientamenti presentino la metodologia generale per la determinazione delle ammende, le particolarità di un determinato caso [...] possono giustificare lo scostamento da tale metodologia".

[76] Ciò vale anche per il "premio di cooperazione" in cambio del riconoscimento della responsabilità da parte dell'impresa. La Comunicazione sulla transazione in materia di cartelli, paragrafo 32, specifica esplicitamente un "premio di transazione" pari al 10% dell'ammenda che sarebbe stata altrimenti inflitta.

comunque ammesso dalla società (in questo risiede la componente transattiva della procedura), la Commissione ha irrogato ad ARA un'ammenda, la quale è stata tuttavia significativamente ridotta in ragione della proattiva collaborazione dell'impresa.

Nella successiva pronuncia relativa al caso AT.40134, concernente l'abuso di posizione dominante da parte di Ab Inbev mediante restrizioni al commercio della birra[77], la Commissione Europea ha accolto i rimedi proposti dalla società, consistenti in misure di natura comportamentale finalizzati a rimuovere attivamente gli effetti della sua condotta illecita. Con il provvedimento *de quo*, l'Autorità ha inflitto una sanzione all'impresa, sebbene in misura ridotta, come "premio" per la collaborazione instaurata. Anche questa decisione sarà analizzata nel prosieguo (cfr. *infra*, par. 3.5.3.).

Le decisioni pronunciate a seguito di cooperazione restano soggette al controllo giudiziario dei tribunali dell'Unione.

Benché non sia prevista una disciplina normativa specifica in materia di utilizzo della decisione di cooperazione in materia di accesso agli atti del fascicolo del procedimento nei successivi giudizi civili per il risarcimento del danno promossi dinanzi ai tribunali nazionali, si deve escludere qualsiasi forma di discriminazione tra la procedura di transazione relativa ai cartelli e la procedura di cooperazione[78] (che possiamo ritenere come una forma "atipica" di *settlement*) in ragione della diversa natura della violazione sottostante. Seguendo questo ragionamento, troverà applicazione la disciplina contenuta nella Direttiva danni e nel diritto nazionale (che, in varia misura, dà attuazione alla Direttiva danni) che saranno analizzati nel capitolo successivo di questo elaborato (cfr. *infra*, par. 2.7.1.).

1.3.4. Le garanzie difensive all'interno della procedura di transazione

[77] *AB InBev — Restrizioni al commercio della birra*, GU [2019] C 407/6.
[78] Si veda ad esempio, HAEGEMAN, GIORGHIES. *European competition law enforcement time to settle our differences*, European Competition Law Review, volume 41, edizione n. 2/2020, p. 63.

Il procedimento *antitrust* ha natura amministrativa; ciononostante, il complesso dei poteri di accertamento di cui la Commissione dispone, risponde a logiche inquisitorie, poiché ad essa è rimesso il compito di raccogliere le prove delle violazioni della disciplina di concorrenza[79]. In ragione dell'indole "contenziosa" delle procedure — da cui può derivare una decisione che accerti, inibisca o sanzioni le condotte vietate — il diritto di difesa riveste un ruolo centrale. Le principali garanzie difensive esercitabili nel procedimento *antitrust* — sia ordinario che transattivo — sono il diritto al contraddittorio, il diritto di accesso al fascicolo istruttorio e la presunzione di innocenza[80].

Il diritto al contraddittorio è sancito dall'art. 27, par. 1, Reg. n. 1/2003, il quale statuisce che le parti hanno diritto di essere sentite dalla Commissione prima dell'adozione di decisioni che ordinano di porre fine all'infrazione, che impongono misure cautelari o che applicano sanzioni e penalità di mora. Alla parte deve essere riconosciuta la facoltà di esprimere la propria opinione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze prospettate dalla Commissione e sulle prove usate a sostegno delle proprie imputazioni: solo così verrebbe garantita la sostanziale "parità delle armi", in virtù della quale nel corso del procedimento l'impresa accusata ha la possibilità di contestare le allegazioni dell'Autorità. Alla tutela del diritto delle parti ad essere sentite corrisponde il correlato vincolo in capo alla Commissione di accertare, con la decisione finale, soltanto gli addebiti su cui le parti hanno avuto modo di esprimersi, ossia quelli contenuti nella comunicazione degli addebiti o in eventuali successive comunicazioni supplementari inviate alle parti del procedimento[81]. Nel procedimento ordinario, dunque, il contesto principale in cui le parti esercitano il diritto al contraddittorio, è quello delle audizioni orali che di regola hanno luogo dopo la notifica della comunicazione degli addebiti (che è, per l'appunto, il primo momento del procedimento ordinario in cui l'impresa conosce formalmente gli addebiti che la Commissione intende muoverle).

---

[79] WILS. *EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, World Competition, 2011, p. 189.
[80] ORTIZ BLANCO. *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006.
[81] Regolamento (CE) n. 773/2004, art. 11, ult. comma.

L'accesso al fascicolo della Commissione costituisce l'altra fondamentale garanzia procedurale volta a garantire il rispetto del principio di parità delle armi e del diritto di difesa nell'ambito del procedimento *antitrust*[82]. La Commissione deve garantire l'esercizio del diritto di accesso prima di adottare una decisione che accerti una violazione, imponga misure cautelari o irroghi ammende; di conseguenza, l'eventuale violazione del diritto d'accesso può determinare l'illegittimità della decisione della Commissione, nella misura in cui la richiesta di accesso respinta riguardasse documenti decisivi, ossia documenti la cui conoscenza avrebbe permesso all'impresa indagata di imprimere un corso diverso all'istruttoria[83]. Nel procedimento ordinario, il diritto di accesso è accordato dopo la notifica della comunicazione degli addebiti, su richiesta dei destinatari della comunicazione in questione; l'accesso è garantito in un'unica occasione e si estende a tutti i documenti contenuti nel fascicolo (restano escluse le osservazioni delle altre parti del procedimento, salvo che le stesse contengano prove a carico o a discarico). La preparazione del fascicolo, finalizzata a consentirne l'accesso, comporta una serie di aggravamenti procedurali e di conseguenza un notevole dispendio di risorse, necessarie soprattutto per la redazione, la traduzione dei documenti e degli atti del fascicolo, nonché l'eventuale epurazione dei documenti dalle informazioni riservate[84].

---

[82] Il diritto di accesso al fascicolo è regolato dall'art. 27, par. 2, Reg. (CE) n. 1/2003, nonché dalla Comunicazione della Commissione sull'accesso al fascicolo istruttorio, che disciplina il sub-procedimento di accesso e stabilisce, inoltre, quali sono i titolari del diritto in oggetto, quali documenti devono essere resi disponibili, come devono essere trattate le informazioni confidenziali.

[83] La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che in base al principio della «parità delle armi», l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, con la conseguenza che l'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'avere per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente per mezzo di tali documenti. Se invece, il documento non rivelato sia fra quelli che scagionano l'impresa, la Corte ritiene che questa possa ottenere l'annullamento della decisione semplicemente dimostrando che la mancata conoscibilità di tale documento abbia compromesso la propria difesa nel corso del procedimento. Cfr. C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*.

[84] Per completezza d'informazione, si precisa che i documenti contenenti segreti commerciali sono di regola sottratti del tutto all'accesso, tranne nei casi in cui essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, nel qual caso l'accesso è consentito limitatamente a tali elementi. Per questa ragione, in questi casi la Commissione è tenuta ad adottare tutti gli accorgimenti necessari per evitare la divulgazione di informazioni "riservate" per le imprese, mediante l'omissione di informazioni sensibili nelle copie dei documenti resi accessibili o mediante

Le esigenze di celerità e di efficienza sottese al *settlement* non sono compatibili con l'adozione delle formalità richieste per garantire alle imprese il pieno esercizio dei diritti di cui sopra.

Per questa ragione, suddette garanzie difensive vengono, nel contesto della procedura di transazione, non del tutto eliminate, ma, per certi versi, "compresse". Questa compressione è solo eventuale: le garanzie potrebbero essere eventualmente "riespanse" in un secondo momento, ossia tramite la decisione di abbandonare la procedura e di proseguire secondo le forme ordinarie. In ogni caso, come accennato, le garanzie difensive non sono del tutto rinunciate; esse trovano applicazione (seppur limitata) nel contesto delle informali discussioni bilaterali che si svolgono tra la Commissione e le parti e che precedono l'eventuale notifica della comunicazione degli addebiti (la quale riflette, quantomeno in teoria, il contenuto delle discussioni bilaterali).

Dunque, è in questa sede che le parti il esercitano il diritto al contraddittorio, cercando di chiarire la propria posizione e tentando così di influenzare il contenuto della futura comunicazione degli addebiti e, conseguentemente, della decisione finale.

Per quanto riguarda l'accesso, fintanto che le parti partecipano alla procedura di transazione, hanno accesso soltanto agli elementi di prova fondamentali, i quali sovente non corrispondono alla totalità degli elementi di prova presenti nel fascicolo.

Un'altra garanzia rilevante nell'ambito dei procedimenti *antitrust* è la presunzione di innocenza, funzionale anch'essa all'esercizio del diritto di difesa[85].

---

la preparazione *ex novo* di versioni non riservate di suddetti documenti. Cfr. C. giust. CE, 24 giugno 1986, C-53/85, *AKZO*.

[85] La presunzione di innocenza nei procedimenti *antitrust* dinanzi alla Commissione Europea è un principio fondamentale sancito sia dal diritto dell'Unione Europea che dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). L'articolo 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE stabilisce infatti che ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a prova contraria, un principio che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha esteso anche alle sanzioni *antitrust*, riconoscendone la natura afflittiva. Parallelamente, l'articolo 6 CEDU tutela la stessa garanzia, come confermato dalla Corte EDU nella sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*, affermando che la presunzione di innocenza si applica anche a procedimenti amministrativi con finalità punitive. La giurisprudenza della Corte di

Nella prassi, sono sorte delle perplessità in termini di rispetto della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa delle parti, nei procedimenti in cui le imprese hanno scelto di non avvalersi della transazione.

Nella sentenza pronunciata nei confronti di Timab Industries[86], il Tribunale dell'Unione europea ha deciso sul ricorso presentato dalla società contro una decisione della Commissione che aveva inflitto una sanzione per la sua partecipazione a un'intesa nel settore dei fosfati per mangimi animali[87]. Il punto centrale della questione riguardava il fatto che Timab aveva inizialmente partecipato alla procedura di transazione, salvo poi ritirarsi e affrontare il procedimento ordinario. La società sosteneva che, a causa di questo passaggio dalla procedura di transazione alla procedura ordinaria, la Commissione avesse violato il principio di imparzialità e la presunzione di innocenza, avendo già formato un'opinione pregiudiziale sulla sua responsabilità e determinato in anticipo la sanzione da infliggere. Secondo i motivi di ricorso presentati da Timab, il fatto che la Commissione avesse già discusso l'ammontare dell'ammenda nella fase di transazione avrebbe reso il successivo esame nel procedimento ordinario non equo né imparziale, poiché l'istituzione sarebbe stata condizionata dalle valutazioni pregresse, senza considerare in modo genuino le nuove argomentazioni difensive. Inoltre, la società riteneva che il trattamento sanzionatorio più severo subito dopo il ritiro dalla transazione avesse avuto un effetto punitivo, scoraggiando così le imprese dall'esercitare il proprio diritto alla difesa nel procedimento ordinario, alterando l'equità della procedura.
Il Tribunale, tuttavia, ha respinto queste argomentazioni, affermando che il ritiro dalla transazione non garantisce automaticamente un trattamento più favorevole nel procedimento ordinario e che la maggiore sanzione inflitta a Timab era legittima, in

Giustizia rafforza questo principio imponendo alla Commissione l'onere di provare in modo sufficiente le violazioni contestate, senza basarsi su mere presunzioni, come ribadito nei casi *Akzo Nobel* e *Aalborg Portland*. In applicazione di tale principio, le imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust* devono poter contestare le accuse e disporre di un controllo giurisdizionale effettivo da parte dei giudici dell'Unione. La presunzione di innocenza, dunque, non è solo una garanzia formale, ma un elemento essenziale per assicurare che le sanzioni *antitrust* siano irrogate nel rispetto di un equo procedimento.

[86] Tribunale dell'Unione europea, 20 maggio 2015, T-456/10, *Timab Industries*.

[87] Caso AT.38866 — *Fosfati per mangimi*

quanto nel nuovo *iter* essa non poteva più beneficiare della riduzione che sarebbe stata concessa nell'ambito di una transazione. La Commissione, inoltre, non era vincolata dalle valutazioni espresse nella fase transattiva e, al momento della decisione finale, ha riesaminato il caso sulla base delle prove disponibili, senza pregiudizio. Ne consegue che né la presunzione di innocenza né il principio di imparzialità erano stati violati, poiché il procedimento ordinario aveva seguito le garanzie del contraddittorio e aveva assicurato a Timab la possibilità di far valere le proprie difese.

Ulteriori criticità in termini di rispetto della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa delle parti sono state sollevate con riferimento ai procedimenti ibridi "scaglionati", a causa del disallineamento temporale tra la pronuncia della decisione di transazione e quella della decisione ordinaria: nei casi in cui la decisione di transazione è stata adottata prima della conclusione della procedura ordinaria, le parti che non avevano partecipato alla transazione hanno ritenuto che la descrizione del loro coinvolgimento nell'infrazione contenuta nella decisione di transazione violasse la loro presunzione di innocenza (benché la decisione di transazione non fosse a queste direttamente indirizzata). Sebbene queste argomentazioni siano state accolte dal Tribunale dell'Unione europea in un solo ricorso passato[88], ad oggi, le parti che non hanno dato seguito alla procedura di transazione non sono ancora riuscite — sulla base di questi motivi — a ottenere in sede giurisdizionale l'annullamento di una decisione di accertamento, né l'annullamento delle decisioni di transazione originarie.

[88] Ci si riferisce alla sentenza *Icap plc, Icap Management Services Ltd e Icap New Zealand c. Commissione* (T-180/15), pronunciata su ricorso proposto contro la decisione della Commissione relativa al procedimento avviato per presunte violazioni dell'art. 101 TFUE nel settore dei derivati sui tassi d'interesse in yen giapponesi (Caso AT.39861 — Derivati sui tassi di interesse in yen). Nella sentenza in questione, il Tribunale ha sancito che nelle ipotesi di procedimento ibrido di transazione (ossia che non riguarda tutti i partecipanti all'infrazione) la Commissione è tenuta a rispettare la presunzione d'innocenza delle imprese che hanno deciso di non proseguire con la transazione. Il Tribunale ha constatato che nel caso di specie la Commissione aveva violato la presunzione d'innocenza di Icap, giacché aveva preso posizione sulla responsabilità di Icap per la "facilitazione" delle infrazioni contestate già all'interno della decisione di transazione pronunciata nei confronti di altre parti (e anteriore rispetto alla decisione ordinaria pronunciata nei suoi confronti). Nonostante ciò, il Tribunale ha ritenuto che nel caso in questione la violazione della presunzione di innocenza non avesse avuto conseguenze dirette sul contenuto della decisione a lei indirizzata. Si precisa, pertanto, che la decisione nei confronti di Icap è stata parzialmente annullata, ma per motivi differenti da quelli esposti sopra.

Nella sentenza pronunciata nei confronti di Scania[89] (che si inserisce nel contesto del celebre caso del cartello degli autocarri[90]) il Tribunale dell'Unione europea ha affrontato la questione relativa alla tutela dei diritti di difesa delle imprese non transigenti all'interno di un procedimento ibrido. Nel procedimento svoltosi a monte, alcune imprese parti del cartello avevano optato per la procedura di transazione, mentre altre (tra cui Scania) avevano deciso di sottoporsi alla procedura ordinaria. Nel successivo ricorso giurisdizionale, Scania sosteneva che la decisione di transazione, adottata sulla base delle stesse contestazioni formulate nella comunicazione degli addebiti e prima della decisione ordinaria, violasse la presunzione di innocenza delle parti che non avevano aderito alla transazione[91]. Tale decisione, infatti, qualificava già come infrazione i medesimi fatti poi attribuiti a Scania, palesando la posizione finale della Commissione e superando la mera "ipotesi" di responsabilità. Ne derivava una lesione dei diritti della difesa, poiché la Commissione aveva anticipato la qualificazione giuridica dei fatti, prima ancora che Scania potesse esercitare pienamente il proprio diritto di difesa[92]. Scania sosteneva, inoltre, che il carattere "scaglionato" del procedimento ibrido fosse lesivo del principio di imparzialità delle istituzioni europee[93] e, conseguentemente, dei diritti di difesa della società, che si era ritirata dalla procedura di transazione: l'adozione della decisione di transazione prima della decisione ordinaria pronunciata nei suoi confronti, avrebbe impedito alla Commissione di valutare obiettivamente le prove e gli argomenti presentati. Il Tribunale ha chiarito che i procedimenti transattivi ibridi di tipo scaglionato non violano di per sé la presunzione di innocenza, i diritti di difesa delle imprese o il principio di imparzialità: essi sono, infatti, consentiti dall'ordinamento comunitario. Al contrario, bisogna verificare caso per caso, analizzando la motivazione della decisione di

[89] Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 2 febbraio 2022 (ricorso contro la decisione C(2017) 6467 final della Commissione, del 27 settembre 2017), *Scania e altri c. Commissione,* T-799/17, poi confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia (Decima sezione) del 1 febbraio 2024, C-251/22 P.
[90] Caso AT.39824 — *Autocarri*.
[91] Il rispetto della presunzione di innocenza è garantito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.
[92] I diritti di difesa *de quibus* sarebbero sanciti all'articolo 48, paragrafo 2, della Carta e all'articolo 27, paragrafi 1 e 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003.
[93] Seguendo questo ragionamento, le parti ricorrenti sostengono che la Commissione sia venuta meno al suo obbligo di svolgere un esame diligente e imparziale, obbligo derivante dal principio di buona amministrazione sancito all'articolo 41, paragrafo 1, della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.

transazione e le peculiari circostanze in cui quest'ultima è stata adottata, se alcuni passaggi di tale decisione, siano idonei ad essere intesi come un'espressione prematura della responsabilità dell'impresa non transigente e dunque a violare le garanzie difensive previste in favore delle parti del procedimento. Seguendo queste argomentazioni il Tribunale ha rigettato il corrispondente motivo di ricorso proposto da Scania.

È difficile immaginare come la Commissione possa essere "in grado di accertare la responsabilità delle imprese che partecipano alla transazione senza pronunciarsi anche sulla partecipazione all'infrazione dell'impresa che ha deciso di non aderire alla transazione"[94]. Allo stesso tempo, abbandonare completamente il modello ibrido non sarebbe del tutto conveniente per la Commissione, essendo comunque significativi i vantaggi che derivano per l'autorità dal non doversi confrontare con tutte le parti coinvolte durante i procedimenti amministrativi o durante i ricorsi davanti ai tribunali dell'Unione[95].

Al fine di prevenire eventuali incertezze interpretative e di scongiurare future criticità connesse ai procedimenti ibridi e relative al diritto di difesa delle imprese non aderenti alla transazione, una possibile soluzione potrebbe consistere nell'evitare lo scaglionamento di tali procedimenti[96], mediante l'adozione o, quantomeno, la pubblicazione contemporanea della decisione ordinaria e della decisione di transazione (come è accaduto nel procedimento sul cartello dei fosfati per mangimi, di cui sopra) [97].

---

[94] Causa T-180/15 - *Icap plc, Icap Management Services Ltd e Icap New Zealand/Commissione*, paragrafo 268.

[95] HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.

[96] Assonime, *Risposta a Consultazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato:* Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, n. 7/2023.

[97] Nella sentenza pronunciata contro l'italiana Pometon (su ricorso proposto contro una decisione della Commissione relativa a un caso di cartello nell'ambito del settore degli abrasivi in acciaio, caso AT.39792), il Tribunale dell'Unione europea ha precisato che la Commissione non è giuridicamente obbligata a differire la procedura di transazione al solo fine di emettere la decisione di transazione contemporaneamente alla decisione ordinaria. Ciò che rileva è che la Commissione europea "rispetti pienamente il suo dovere di imparzialità e la presunzione di innocenza nei confronti della parte che si è ritirata dalla transazione e ha scelto di far trattare il suo caso da tale istituzione mediante una specifica procedura in contraddittorio", cfr. sentenza C-440/19 - *Pometon SpA c. Commissione europea*, paragrafo 101.

1.3.5. La sanzione: calcolo e riduzione

Com'è noto, all'esito dell'accertamento della violazione della disciplina europea della concorrenza, la Commissione applica una decisione inibitoria della condotta illecita e, nei casi più gravi, anche una sanzione pecuniaria. Nei casi in cui l'illecito ha una portata particolarmente ampia, le ammende possono essere destinatarie di sanzioni particolarmente elevate. Pertanto, per le imprese, l'aspetto più conveniente della loro partecipazione alla procedura di transazione è sicuramente la diminuzione della sanzione applicabile, la quale funge, tra l'altro, da incentivo a collaborare con la Commissione per giungere celermente alla soluzione del caso.
Nel prosieguo saranno illustrate le modalità di calcolo dell'ammenda e della sua riduzione.

L'art. 23 del Reg. (CE) 1/2003 (cfr. *supra,* par. 1.2.) è la norma di riferimento per l'applicazione dell'ammenda irrogabile per l'infrazione *antitrust* in ambito europeo: essa dispone che la Commissione possa, mediante decisione, infliggere sanzioni alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza, violano gli artt. 101 e 102 TFUE[98].

Nell'irrogazione di tali ammende l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, che tuttavia esercita entro i limiti previsti dal citato art. 23 e nel rispetto dei criteri stabiliti dalle Linee Guida della Commissione europea, i cd. *"Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par.2, lettera a) del Regolamento (CE) n. 1/2003"*. L'obiettivo degli Orientamenti non è quello di rendere prevedibili le ammende irrogabili, al contrario, si ritiene che per preservare l'effetto dissuasivo delle sanzioni «occorra evitare che [esse] siano facilmente prevedibili dagli operatori economici»[99]: in tal modo si evita che l'impresa — soprattutto se di grandi dimensioni — possa essere in grado di calcolare l'importo dell'ammenda e quindi di

[98] Si rammenta che ai fini del *settlement* in ambito europeo rilevano soltanto i cartelli, vietati ai sensi dell'art. 101 TFUE.
[99] Cit. T. UE 8 luglio 2008, BPB, Caso T-53/03, par. 336.

decidere *ex ante* se andare incontro al rischio di pagare il "prezzo necessario" per ottenere i vantaggi legati all'attuazione di una condotta anticompetitiva[100]. Al contrario, gli Orientamenti si limitano ad indicare — in modo generale e astratto — il metodo impiegato ai fini del calcolo delle ammende: la loro finalità è quella di garantire la trasparenza e l'obiettività delle decisioni della Commissione. Essi descrivono l'approccio generale seguito dalla Commissione per determinare le sanzioni, ma lasciano spazio affinché le circostanze specifiche di un caso o le caratteristiche di un'impresa inducano a deviazioni dallo schema prestabilito. In questo senso, pur non rappresentando norme giuridiche cui l'amministrazione debba rigidamente ottemperare, devono comunque considerarsi opponibili alla Commissione, la quale è tenuta a giustificarne i motivi nel caso in cui vi si discosti. Dal punto di vista metodologico, gli Orientamenti pongono una sequenza di passaggi fondamentali per la determinazione delle sanzioni pecuniarie.

La prima fase del calcolo consiste nell'individuazione di un importo di base, parametrato al valore delle vendite di beni o servizi dell'impresa direttamente o indirettamente connessi all'infrazione nel mercato geografico rilevante all'interno dello Spazio economico europeo[101]. Tale valore è di norma calcolato con riferimento all'ultimo anno commerciale completo in cui l'impresa ha partecipato alla violazione, al netto dell'IVA e di eventuali imposte direttamente collegate alle vendite[102]. Tuttavia, in presenza di particolari circostanze — ad esempio, un fatturato fortemente variabile da un anno all'altro — la Commissione può adottare criteri alternativi di valutazione, considerando un periodo più ampio o accogliendo, su richiesta motivata dell'impresa, una diversa base di riferimento che rifletta meglio la sua effettiva dimensione economica[103].

L'importo di base è determinato moltiplicando il valore delle vendite per un coefficiente di gravità, che generalmente oscilla tra lo 0% e il 30%[104]. La valutazione della gravità è effettuata caso per caso, tenendo conto della natura della violazione, del ruolo

[100] BARBIER DE LA SERRE, LAGATHU. *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Still Time for a Refresh of the Guidelines*, Journal of European Competition Law & Practice 2020, n. 11, 537-549.
[101] Cit. Commissione, Orientamenti per il calcolo delle ammende, par. 13.
[102] C. giust. UE 14 luglio 2017, *LG Electronics*, C-588/15 P, C-622/15 P.
[103] Caso T-343/18 *Tokin v Commission*, parr. 61-69.
[104] Commissione, Orientamenti, par. 21.

dell'impresa nell'illecito, del suo livello di partecipazione e del vantaggio economico ottenuto. Gli accordi orizzontali restrittivi della concorrenza, quali la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione, costituiscono le infrazioni più gravi (cd. *hardcore restrictions*), in quanto incidono direttamente sulle dinamiche concorrenziali[105]. Qualora l'infrazione abbia avuto un impatto concreto sul mercato, la Commissione può aggravare ulteriormente la sanzione[106].

Il valore delle vendite così determinato viene poi moltiplicato per il numero di anni di partecipazione dell'impresa all'infrazione, al fine di riflettere adeguatamente la durata della condotta illecita. Nel caso di pratiche continuate nel tempo, il periodo di riferimento si estende dal momento in cui è possibile provarne l'esistenza sino alla cessazione della violazione, che può coincidere con la decisione della Commissione o con una data antecedente in cui l'impresa ha effettivamente interrotto la propria condotta.

Una volta determinato l'importo di base, si procede con eventuali adeguamenti in ragione di circostanze aggravanti o attenuanti. Tra le aggravanti rientrano la recidiva, l'assunzione di un ruolo attivo nella violazione – in particolare quello di "*ringleader*" nel cartello[107] – nonché il mancato rispetto degli obblighi di cooperazione con l'Autorità o la prosecuzione della condotta illecita dopo l'avvio delle indagini. La recidiva può essere contestata anche nel caso in cui la precedente violazione sia stata commessa da un'altra società

[105] Pertanto, sin dall'entrata in vigore degli Orientamenti, si applica un "moltiplicatore di gravità" pari o superiore al 15% ai confronti di cartelli segreti che coinvolgono l'intero territorio europeo, cfr. C. giust. UE 26 gennaio 2017, Caso ROCA, C-637/13 P, par. 61; T. UE 16 giugno 2011, Ziegler, T-199/08, par. 141; sul livello delle sanzioni applicate in casi di cartello, si veda HUIZING, *Proportionality of Fines in the Context of Global Cartel Enforcement*, World Competition 2020, n. 43, p. 61ss.; LOPEZ GARRIDO, PAPANIKOLAOU. *Fines Imposed for Substantive Infringements of Articles 101 and 102*, in ROUSSEVA, EU Antitrust Procedure, Oxford, 2020, p. 489, in cui si indica che nella maggior parte dei casi di cartello la percentuale rappresentativa della gravità applicata in concreto mediamente oscilla tra il 15 e il 25%.

[106] BARBIER DE LA SERRE, LAGATHU. *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Still Time for a Refresh of the Guidelines*, Journal of European Competition Law & Practice 2020, n. 11, p. 542, in cui si sostiene che la natura dell'infrazione costituisca, se non l'unico, l'elemento in assoluto più rilevante ai fini della valutazione della gravità.

[107] HIRSCH, MONTAG, SÄCKER. *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008.

appartenente allo stesso gruppo, in applicazione del principio della "singola entità economica"[108].

Le attenuanti, invece, comprendono la cessazione immediata della condotta illecita dopo l'intervento della Commissione, la negligenza quale elemento soggettivo della violazione, la partecipazione marginale dell'impresa all'infrazione e l'opposizione attiva alla sua attuazione[109]. Inoltre, può costituire un'attenuante il fatto che l'impresa abbia agito in buona fede, confidando nella liceità del proprio operato sulla base di indicazioni fornite da autorità pubbliche o di un quadro giurisprudenziale incerto.

L'importo finale della sanzione non può eccedere il 10% del fatturato globale realizzato dall'impresa nell'esercizio commerciale precedente, come stabilito dall'art. 23, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003. Qualora la violazione sia attribuita a un'associazione di imprese, il limite del 10% è riferito al fatturato complessivo delle società che ne fanno parte. Nel caso di più infrazioni distinte accertate nello stesso procedimento, il tetto del 10% si applica separatamente a ciascuna di esse.

Infine, la Commissione può valutare l'incapacità contributiva dell'impresa, concedendo una riduzione della sanzione in circostanze eccezionali[110]. A tal fine, l'impresa deve dimostrare che l'ammenda inflitta comprometterebbe irrimediabilmente la sua redditività economica e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore, nel contesto di una particolare situazione sociale ed economica. L'onere della prova grava interamente sull'impresa richiedente.

---

[108] Trib. UE 12 dicembre 2014 *ENI*, T-558/08, par. 274 ss., ove si sottolinea che a tal fine nelle decisioni precedenti la capogruppo deve essere stata esplicitamente oggetto della comunicazione degli addebiti e della decisione; si veda altresì Commissione 14 luglio 2020, *Ethylene*, parr. 137-138; d'altro lato, nel caso in cui la recidiva dipenda dalla capogruppo ma non sia attribuibile alla società controllata, la responsabilità della capogruppo può eccedere quella della sussidiaria e giustifica un'ammenda addizionale nei suoi confronti. Per il concetto di singola entità economica si v. GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2021, pp. 76-79.

[109] BELLAMY & CHILD. *European Community Law of Competition*, Londra, 2010.

[110] ARENA et al. *Codice della concorrenza,* Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pp. 325-349.

A questo punto, come anticipato all'inizio del paragrafo, ogni impresa che abbia posto in essere una condotta anticompetitiva e che venga coinvolta dalla Commissione nella procedura di transazione, potrà beneficiare di una riduzione della sanzione. Ai sensi dell'articolo 32 della Comunicazione della Commissione sulla transazione, la riduzione dell'ammenda è pari al 10% della sanzione altrimenti applicabile e giova a ogni parte del cartello che si determini a transigere. Inoltre, prosegue la norma, «Qualsiasi specifica maggiorazione applicata a scopo dissuasivo non potrà eccedere un fattore moltiplicatore pari a due».

Da ultimo, si precisa che la procedura di transazione è compatibile con il programma del trattamento più favorevole[111]: la riduzione della sanzione pecuniaria ottenuta con la procedura transattiva può essere cumulata con la riduzione della sanzione prevista dal programma di clemenza (cfr. *infra*, parr. 3.3.1. e segg.).

In ogni caso, all'interno della decisione di transazione il livello della sanzione deve essere puntualmente motivato, evidenziando e valorizzando le modalità in cui, nel corso della procedura, la parte ha cooperato con la Commissione.

Per riassumere:

Ammenda di base	Percentuale del valore delle vendite interessate (0-30%) x Durata (in anni o periodi inferiori a un anno) + 15-25% del valore delle vendite interessate: deterrente supplementare per i cartelli
Aumentata da	**Fattori aggravanti** Ad esempio il ruolo di capofila, imprese recidive o che ostacolano l'indagine.
Diminuita da	**Fattori attenuanti** Ad esempio un ruolo limitato o un comportamento incoraggiato dalla legislazione
Soggetta a un limite massimo	**10% del fatturato mondiale** (per ciascuna infrazione)

[111] Commissione, Orientamenti per il calcolo delle ammende, par. 34.

Eventualmente diminuita ulteriormente da	**Trattamento favorevole**: 30-50% o immunità per la prima, 20-30% per la seconda, massimo 20% per le altre imprese che forniscano elementi probatori aggiunti
	Transazione: 10%
	Riduzione per incapacità contributiva

Tabella 1 [112].

1.4. L'impugnazione della decisione di transazione

Le imprese, pur avendo optato per una transazione con la Commissione, conservano la facoltà di impugnare le decisioni adottate: in conformità con l'articolo 263 TFUE tutte le decisioni adottate ai sensi degli articoli 7 e 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 sono soggette a impugnazione, con possibilità di ricorrere in prima istanza dinanzi al Tribunale dell'Unione europea e, in seconda istanza, alla Corte di giustizia.

Benché non esplicitamente dichiarato tra gli obiettivi dell'istituto della transazione, si ritiene che tale procedura possa ridurre la probabilità e l'esito positivo dei ricorsi contro le decisioni della Commissione e, in effetti, la percentuale di impugnazioni avverso le decisioni di transazione risulta significativamente inferiore rispetto a quella relativa alle decisioni ordinarie[113]. Invero, i requisiti per l'accesso alla procedura di transazione, tra cui l'ammissione della responsabilità per la partecipazione all'illecito e l'individuazione del valore delle vendite interessate, limitano in modo significativo le possibilità di ottenere un esito favorevole in sede di impugnazione dell'accordo di *settlement*; per questa ragione, è molto raro che le decisioni di transazione vengano impugnate nel merito (talora è accaduto che, al più, l'impugnazione nel merito tendesse alla mera contestazione dell'entità dell'ammenda[114]).

---

[112] Tratto dalla Comunicazione *Ammende in caso di violazione del diritto della concorrenza*, Commissione europea, novembre 2011, disponibile per la consultazione al seguente indirizzo: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Ammende+in+caso+di+violazione+del+diritto+della+concorrenza&ie=UTF-8&oe=UTF-8

[113] LAINA, LAURINEN. *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, Journal of European Competition Law & Practice n. 4/2013, p. 302.

[114] Nei casi in cui le parti hanno optato per una transazione, hanno discusso e concordato le conclusioni sostanziali con la Commissione europea nel corso delle discussioni di transazione. Finora le parti che hanno scelto di impugnare le decisioni di transazione si sono limitate a contestare il calcolo

Operando una valutazione in termini di convenienza economica per le imprese, sembrerebbe più conveniente decidere di procedere direttamente secondo le forme ordinarie — e non con transazione — nei casi in cui l'appello appaia *ex ante* (cioè già durate il corso del procedimento, prima ancora della pronuncia della decisione) più promettente, giacché in genere la riduzione dell'ammenda prevista in appello è molto più alta rispetto alla riduzione conseguente al *settlement*. Al contrario, nei casi che prospettano una bassa probabilità di successo in appello, nonché nei casi il cui proseguimento potrebbe creare un danno sostanziale alla reputazione dell'impresa, sembrerebbe più conveniente optare per la transazione, così che le parti riescano quantomeno ad assicurarsi uno sconto del 10% sull'ammenda[115].

Oltretutto, contestare nel merito l'accertamento dell'illecito contenuto nella decisione di transazione risulta particolarmente complesso, in quanto l'accettazione preliminare della comunicazione degli addebiti da parte dell'impresa coinvolta preclude a livello pratico (non necessariamente anche a livello giuridico), la possibilità di mettere in discussione la sussistenza dell'infrazione accertata dalla Commissione. Tuttavia, sebbene l'importo della sanzione sia già ridotto in virtù dell'accordo transattivo, esso può comunque essere oggetto di impugnazione qualora emergano evidenti profili di illegittimità, come errori nella sua determinazione o violazioni procedurali tali da compromettere il diritto di difesa dell'impresa. Si tratta di ipotesi marginali, ma non del tutto inesistenti, come dimostra la giurisprudenza europea che ha occasionalmente riconosciuto la possibilità di censurare le modalità di quantificazione della sanzione in sede giurisdizionale.

Un'interessante sentenza a riguardo è stata pronunciata con riferimento al caso AT.39780, relativo a un cartello di fissazione dei prezzi attuato nel settore delle buste da lettere. La società Printeos, insieme ad altri quattro produttori, aveva accettato di giungere a una transazione con la Commissione. Ciononostante, le società sanzionate hanno proposto ricorso avanti al Tribunale dell'Unione europea ex art. 263 TFUE avverso la

dell'ammenda. Esempi di ricorsi contro le decisioni di transazione riguardanti il calcolo dell'ammenda sono: ricorso presentato da Société Générale nel caso *Euribor* (caso AT.39914) e ricorso presentato da Printeos nel caso *Buste* (caso AT.39780).

[115] HÜSCHELRATH, LAITENBERGER. *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation in Journal of Antitrust Enforcement* , 2017, pp. 458-487.

decisione di transazione, lamentandone l'insufficienza della motivazione (art. 296 TFUE). Nell'ambito del ricorso le ricorrenti non contestavano né la loro partecipazione all'infrazione né la qualificazione giuridica dei fatti; si sono limitate a chiedere l'annullamento della parte della decisione impugnata che infliggeva loro un'ammenda. Non veniva contestato il *quantum* in sé, quanto piuttosto le modalità di determinazione dell'ammontare della sanzione, per come era stato individuato prima dell'applicazione delle riduzioni dovute ai sensi della Comunicazione sulla transazione. In particolare, veniva dedotta la violazione da parte della Commissione dell'obbligo di motivazione su essa gravante per quanto riguarda l'adeguamento dell'importo di base delle ammende ai sensi del punto 37 degli Orientamenti e la percentuale concreta di riduzione applicata a ogni singola impresa. Era dedotta inoltre la violazione del principio di parità di trattamento recante loro pregiudizio nell'ambito dell'adeguamento eccezionale dell'importo di base delle ammende ai sensi del punto 37 degli Orientamenti. Infine veniva sostenuto che la Commissione avesse violato il principio di proporzionalità e il divieto di discriminazione nell'ambito della determinazione dell'importo dell'ammenda. La Commissione replicava che, trattandosi di una decisione adottata nell'ambito di una procedura di transazione, le imprese coinvolte erano state informate di tutti gli elementi rilevanti, compresi i criteri per la determinazione delle ammende, e che, in tale contesto, la motivazione poteva legittimamente essere più succinta rispetto a quella di altre decisioni in materia di concorrenza.

Il Tribunale, ha ritenuto che l'obbligo di motivazione imposto dall'articolo 296 TFUE costituisca una formalità sostanziale, distinta dalla valutazione del merito, e che la Commissione fosse tenuta a fornire spiegazioni chiare e dettagliate circa il metodo seguito per l'adeguamento delle sanzioni, soprattutto in presenza di una deroga alla metodologia generale stabilita dagli orientamenti. In particolare, il Tribunale ha evidenziato che, quando la Commissione decide di discostarsi dagli orientamenti applicando il punto 37, deve fornire una giustificazione specifica e coerente con il principio di parità di trattamento, illustrando in modo trasparente i criteri utilizzati per determinare l'ammenda. Per queste ragioni, nel dicembre 2016 il Tribunale ha constatato l'assenza di una motivazione adeguata a supporto delle riduzioni delle ammende applicate alle diverse parti del procedimento *antitrust* e ha annullato la sanzione inflitta a Printeos[116], pur

[116] Trib. UE, 13 dicembre 2016, *Printeos e altri c. Commissione*, T-95/15.

confermando la sua responsabilità in relazione alla partecipazione al cartello. Sulla scorta di questa pronuncia, la Commissione ha riadottato una nuova decisione sul caso, imponendo nuovamente un'ammenda alla società per oltre Euro 4 milioni. L'importo della sanzione è rimasto invariato rispetto alla decisione iniziale, ma la seconda volta è stato adeguatamente motivato, conformemente ai principi enunciati dal Tribunale.

Su motivazioni analoghe è fondata la sentenza del Tribunale dell'UE[117] pronunciata su ricorso proposto da HSBC avverso la decisione di transazione pronunciata dalla Commissione nel celebre procedimento relativo all'accertamento di un cartello illecito sui tassi di interesse apposti agli strumenti finanziari derivati denominati in euro (AT.39914). Anche in questo caso la ricorrente ha ottenuto l'annullamento parziale della decisione, in quanto il metodo di calcolo dell'ammenda non era sufficientemente giustificato, difettando dunque la sanzione di un'adeguata motivazione.

I riflessi del *settlement* sul *private enforcement* saranno analizzati nel capitolo successivo, dato che le azioni civili basate sulle decisioni della Commissione — insieme a quelle pronunciate dalle Autorità garanti nazionali — sono proposte dinanzi ai tribunali nazionali (cfr. *infra*, par. 2.7.1.).

1.5. Considerazioni conclusive: l'impatto del *settlement* sulla deterrenza in materia di cartelli

Sebbene sia indubbio che il numero di cartelli identificati e sanzionati possa essere utilizzato come parametro per valutare l'efficacia delle politiche di contrasto ai cartelli, è altrettanto evidente che l'obiettivo primario degli interventi normativi in materia risieda nella dissuasione di future violazioni ovvero nell'autodenuncia di infrazioni già in essere. Da un lato, la celerità della procedura di transazione consente un'allocazione più efficiente delle risorse, consentendo alla Commissione di indagare e decidere su un maggior numero di casi in un determinato arco temporale con il possibile effetto di

[117] Trib. UE, 24 settembre 2019, *HSBC c. Commissione*, T-105/17, parr. 336-354.

intensificare l'azione d'ufficio per l'individuazione di ulteriori condotte illecite, con conseguente rafforzamento del livello di deterrenza.

D'altra parte, facendo riferimento alla letteratura generale di diritto ed economia[118], la riduzione dell'ammenda del 10% prevista quale incentivo per le imprese che aderiscono al *settlement* si traduce in una diminuzione della sanzione effettiva applicata a ciascun partecipante al cartello, con un impatto negativo sulla deterrenza complessiva. A parità di condizioni, tale riduzione sanzionatoria potrebbe rendere economicamente meno onerosa la partecipazione ai "cartelli minori"[119], favorendo potenzialmente un incremento nella formazione di nuovi cartelli.

Si procederà a un bilanciamento tra i due effetti contrapposti sulla deterrenza, valutandone l'incidenza complessiva sull'attuale sistema di *enforcement* in materia di cartelli.

Per quanto riguarda il primo profilo, allo stato attuale non risulta che la Commissione faccia un ricorso talmente esteso alla procedura di *settlement* da determinare un incremento significativo dei procedimenti avviati.

Per quanto concerne la seconda categoria di effetti, la riduzione del grado di deterrenza dovuta alla riduzione delle ammende concessa alle imprese che optano per il *settlement*, dipende in larga misura dalla risposta alla domanda più generale se l'attuale livello delle ammende applicate nell'Unione Europea sia da considerarsi troppo alto, troppo basso o, invece, adeguato. A questo proposito, la maggior parte degli autori sostiene che il livello attuale delle ammende è troppo basso per raggiungere un livello ottimale di deterrenza[120]:

---

[118] ASCIONE, MOTTA. *Settlements in Cartel Cases, EU Competition Law and Policy Workshop Proceeding*, 2008.

[119] I "cartelli minori" sono cartelli la cui attuazione era stata appena disincentivata prima che si verificasse un certo cambiamento (in quanto i costi attesi superavano marginalmente i benefici attesi) e che tuttavia, sono diventati redditizi dopo tale cambiamento a causa di una riduzione dei costi attesi (cioè, l'ammenda).

[120] Esempi di pubblicazioni che riscontrano una significativa sottodeterrenza della cartellizzazione nell'Unione Europea sono COMBE, MONNIER, *Fines Against Hard-core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*, Antitrust Bulletin, n. 56/2011, p. 235; MARINIELLO. *Do European Union Fines Deter Price Fixing?*, Bruegel Policy Brief, n. 4/2010; SCHINKEL, *Effective Cartel Enforcement in Europe*, World Competition Law and Economic Review, n. 30/2007, p. 539; SMUDA. *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, n. 10/2014, p. 63; VELJANOVSKI. *Cartel Fines in Europe: Law, Practice and Deterrence*, World Competition Law and Economic Review, n. 30/2007, p. 65. Gli articoli che identificano un rischio significativo nell'eccesso di deterrenza includono CAYSEELE, CAMESASCA,HUGMARK. *The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Overdeterrence*, Antitrust Bulletin, n. 53/2008, p. 1083; ALLAIN AND OTHERS. *Are Cartel Fines*

seguendo queste analisi, l'introduzione della procedura di transazione peggiorerebbe ulteriormente la situazione.

Senza avere l'ambizione di affrontare l'importante questione dei livelli di deterrenza attuali e ottimali nell'UE, a un livello più alto, l'OCSE[121] ha evidenziato la necessità di adottare un approccio integrato nella valutazione dell'efficacia delle misure sanzionatorie. In particolare, l'Organizzazione ha sottolineato come la deterrenza non debba essere misurata unicamente in relazione alla severità delle sanzioni irrogate nell'ambito del *public* enforcement, ma piuttosto quale risultato complessivo dell'azione congiunta tra *enforcement* pubblico e privato. Pertanto, le autorità garanti della concorrenza sono chiamate a strutturare i meccanismi di transazione in modo da massimizzare l'effetto deterrente complessivo, considerando congiuntamente l'impatto delle sanzioni amministrative e delle azioni private per il risarcimento del danno, anziché limitarsi alla sola valutazione dell'entità delle ammende applicabili[122].

In questa prospettiva, considerando che la procedura di transazione consente una più rapida definizione dei procedimenti sanzionatori e, contestualmente, facilita la tempestiva instaurazione delle azioni *follow-on*, essa potrebbe incidere più che positivamente sul livello complessivo di deterrenza, rafforzando l'efficacia dell'*enforcement* sia pubblico che privato.

Optimal? Theory and Evidence from the European Union, International Review of Law Economics, n. 42/2015, p. 38.

[121] OECD, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*, OECD Publishing, Paris, 2008.

[122] HÜSCHELRATH, LAITENBERGER. *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation* in Journal of Antitrust Enforcement , 2017, pp. 483-485.

CAPITOLO II

IL PROCEDIMENTO DI TRANSAZIONE EX ART. 14-*QUATER* DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

* °°° *

SOMMARIO — 2.1. Premessa — 2.2. L'art. 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 — 2.3. Ambito di applicazione — 2.4. Il procedimento — 2.5. La sanzione: calcolo e riduzione — 2.6.1. Riflessioni: la natura della transazione e le conseguenze sull'impugnazione — 2.6.2. (Segue). L'accordo transattivo come contratto — 2.6.3. (Segue). La transazione e la natura sostanzialmente penale dei provvedimenti sanzionatori *antitrust* — 2.6.4. (Segue). La decisione di transazione come provvedimento amministrativo ordinario — 2.6.5. (Segue). L'impugnazione del provvedimento finale emanato all'esito della procedura di transazione — 2.7.1. Rapporti con il *private enforcement*: l'utilizzo della decisione di transazione nei giudizi civili *follow-on* — 2.7.2. (Segue). Limiti alla divulgazione dei documenti del fascicolo istruttorio — 2.8. Considerazioni conclusive: la convenienza della transazione.

2.1. Premessa

La legge 5 agosto 2022, n. 118, recante *"Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"* ed entrata in vigore il 27 agosto 2022, ha rafforzato significativamente le competenze e i poteri istruttori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di *antitrust*, controllo delle concentrazioni e abuso di dipendenza economica.

Ai fini della presente disamina, si osserva che l'art. 34 della l. n. 118/2022 ha introdotto all'interno della legge 10 ottobre 1990 n. 287, l'art. 14-*quater*[123], il quale attualmente

[123] Legge n. 287/1990, art. 24-*quater*. "Procedura di transazione". "Nel corso dell'istruttoria aperta ai sensi dell'articolo 14, comma 1, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione. 2. L'Autorità può informare le parti che partecipano a discussioni di transazione circa: a) gli addebiti che intende muovere nei loro confronti; b) gli elementi

disciplina l'istituto della transazione nei procedimenti *antitrust* condotti dall'AGCM. In breve, la norma consente alle imprese indagate in un procedimento *antitrust* di ottenere una riduzione della sanzione come "ricompensa" per aver riconosciuto la propria partecipazione — nonché responsabilità — alla violazione degli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990 o degli articoli 101 e 102 del TFUE.

Già ad una prima lettura si evince come l'istituto interno — fatta eccezione per l'ambito oggettivo di applicazione — ricalchi in sostanza il paradigma europeo.

Si può affermare, in via generale, che il legislatore italiano abbia modellato l'intera normativa *antitrust* interna sulla disciplina europea (cfr. *supra*, par. 1.1.). L'Italia è stata, infatti, uno degli ultimi paesi a dotarsi di una legislazione *antitrust* e il legislatore del 1990, per colmare le lacune dell'ordinamento interno in materia di concorrenza, ha optato per la scelta di non creare *ex novo* un modello normativo innovativo, ma di attingere ai principi sostanziali contenuti nella legislazione comunitaria. In mancanza di riferimenti e precedenti giurisprudenziali interni e tenuto conto dell'assoluta novità della legislazione sulla concorrenza, era necessario offrire ai soggetti chiamati ad applicare tali disposizioni

---

probatori utilizzati per stabilire gli addebiti che intende muovere; c) versioni non riservate di qualsiasi specifico documento accessibile, elencato nel fascicolo in quel momento, nella misura in cui la richiesta della parte sia giustificata al fine di consentirle di accertare la sua posizione in merito a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto particolare del cartello; d) la forcella delle potenziali ammende. Tali informazioni sono riservate nei confronti di terzi salvo che l'Autorità ne abbia esplicitamente autorizzato la divulgazione. 3. In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono impegnarsi a seguire la procedura di transazione presentando proposte transattive che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli articoli 2 e 3 della presente legge ovvero degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la rispettiva responsabilità. 4. L'Autorità può decidere in qualsiasi momento di cessare completamente le discussioni in vista di una transazione, anche rispetto a una o più parti specifiche, qualora ritenga che sia comunque compromessa l'efficacia della procedura. Prima che l'Autorità fissi un termine per la presentazione delle proposte di transazione, le parti interessate hanno il diritto a che sia loro divulgata a tempo debito, su richiesta, l'informazione specificata nel comma 2. L'Autorità non è obbligata a tener conto di proposte di transazione ricevute dopo la scadenza del termine suddetto.5. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità con l'ordinamento dell'Unione europea e garantendo il diritto al contraddittorio, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione di cui al presente articolo e l'entità della riduzione della sanzione di cui all'articolo 15, comma 1-*bis*, da accordare in caso di completamento con successo della procedura".

(ossia Autorità amministrative e organi giurisdizionali) una guida interpretativa autorevole e, per quanto possibile, esaustiva[124]. Per questa ragione si è deciso di rimandare ai principi (norme, sentenze, prassi decisionali) elaborati in materia dagli organi comunitari per l'applicazione della legge *antitrust* nazionale e degli istituti in essa contenuti[125]. La successiva e graduale integrazione del diritto della concorrenza in Europa ha portato alla formazione di un sistema giuridico e istituzionale comune, imperniato sulla creazione di una Rete europea di concorrenza (più conosciuta come European Competition Network) e sull'applicazione decentrata della disciplina comunitaria. Questo sistema ha armonizzato le normative dei singoli Stati, consentendo la creazione di un quadro sovranazionale integrato per la tutela della concorrenza[126].

---

[124] FATTORI, TODINO. *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

[125] Il principio è stato consacrato all'interno all'art.1, comma 4, della l. n. 287/1990, il quale dispone che tutte le norme contenute nella legge *antitrust* interna debbano essere interpretate alla luce dei principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

[126] Si rammenta che il Reg. (CE) n.1/2003 ha attribuito alle ANC il potere-dovere di applicare, oltre alle norme interne a tutela della concorrenza, anche quelle europee. Uno dei pilastri della "modernizzazione" del diritto *antitrust* che si è verificata all'inizio del nuovo millennio risiede infatti nel decentramento dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. L'art. 5 del Reg. n. 1/2003 dispone che «le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 del trattato CE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) in casi individuali» con gli stessi poteri decisionali di cui dispone la Commissione a livello comunitario. Dal combinato disposto con l'art. 3 del medesimo regolamento emerge inoltre che se un'intesa rientra nell'ambito di applicazione sia del diritto nazionale, sia di quello comunitario, le Autorità garanti nazionali possono applicare la normativa nazionale, ma devono in ogni caso applicare anche la normativa comunitaria. Si evince come il citato regolamento abbia introdotto un cambiamento radicale nel contesto dell'*enforcement* pubblico del diritto *antitrust* europeo. Infatti, se prima del 2003 la Commissione europea era in grado di trattare un numero limitato di casi (in quanto non disponeva di risorse sufficienti per avviare procedimenti per ogni singola violazione che veniva commessa nel mercato unionale), con l'introduzione del Reg. 1/2003 l'applicazione della disciplina *antitrust* europea è soggetta a un'applicazione decentrata e più capillare, con la conseguenza che le condotte anticoncorrenziali aventi rilevanza comunitaria ricadono sotto il controllo di 28 Autorità garanti della concorrenza (la Commissione e le 27 Autorità nazionali). La relazione tra la Commissione Europea e le Autorità nazionali si basa su un rapporto di sussidiarietà: il principio impone che i casi siano trattati a livello nazionale ove possibile e che siano trasferiti alla Commissione quando le violazioni assumono una dimensione transnazionale o paneuropea, o quando si rende necessaria una risposta a livello comunitario. Lo stesso Reg. 1/2003 ha istituito *l'European Competition Network*, ossia una Rete costituita dalla Commissione europea e dalle Autorità di concorrenza dei singoli Stati membri, volta a realizzarne il pieno coordinamento, nonché a facilitarne la cooperazione per una più efficiente repressione delle pratiche anticoncorrenziali. Cfr. VAN DE GRONDEN. *Competition Law in the EU Principles Substance Enforcement*, Edward Elgar Publishing, 2021; GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Torino, 2023, pag. 36.

Le considerazioni fin qui esposte rilevano ai fini della nostra analisi in quanto l'uniformità dell'applicazione del diritto si deve realizzare anche attraverso l'armonizzazione delle procedure, non soltanto delle regole di ordine sostanziale.

Di qui l'introduzione del procedimento di transazione, già noto al panorama giuridico europeo: la nuova procedura consente all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di applicare il diritto *antitrust* (nazionale e comunitario) con le stesse modalità con cui esso è già applicato da altre Autorità europee, con l'obiettivo ultimo di evitare che a causa del disallineamento procedimentale, le decisioni assunte in un Paese possano essere incoerenti o contrastanti con quelle adottate dalle Autorità di un altro Stato membro o dalla Commissione, creando confusione o distorsioni nel mercato interno. L'uniformità delle procedure favorisce anche il coordinamento tra le ANC, allo scopo di prevenire conflitti, sovrapposizioni di intervento o decisioni divergenti ed assicurare così il massimo grado di efficienza che il sistema comunitario può offrire nel garantire una rapida e adeguata applicazione delle norme *antitrust*.

I paragrafi che seguono illustreranno sinteticamente le peculiarità dell'istituto italiano della transazione nei procedimenti *antitrust* in quanto, per i concetti e principi generali in materia, si rimanda al capitolo precedente.

2.2. L'art. 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287

La procedura di *settlement* è delineata dall'art. 14-*quater* della l. n. 287/1990 e ricalca pedissequamente la disciplina unionale. L'unica significativa differenza rispetto a quest'ultima è l'ambito oggettivo di applicazione, che sarà approfondito nel prosieguo (cfr. *infra*, par. 2.3). La norma definisce soltanto l'ossatura di un procedimento che in seguito, per espressa previsione del comma 5 del medesimo articolo, è stato regolato nel dettaglio con proprio provvedimento dall'Autorità garante (cfr. *infra*, par. 2.4.).

In sostanza, è prevista per le imprese la facoltà di avvalersi di una procedura semplificata[127], finalizzata a una rapida definizione dei procedimenti *antitrust* dinanzi all'AGCM. Tale procedura si snoda in una serie di discussioni bilaterali tra le parti e l'Autorità, finalizzate a individuare una soluzione condivisa riguardo al perimetro e alla natura delle violazioni contestate. All'esito di queste discussioni, le imprese possono presentare una proposta di transazione, con la quale riconoscono definitivamente la propria partecipazione all'infrazione, la relativa responsabilità e rinunciano a contrastare le risultanze dell'Autorità. L'adesione a questa procedura consente di concludere il procedimento in tempi brevi, con un significativo risparmio di risorse per entrambe le parti, ed è valorizzata attraverso la riduzione della sanzione pecuniaria irrogata, quantificata nella misura del 10% dell'ammenda altrimenti applicabile.

Anche nell'ordinamento interno la procedura di transazione ha carattere facoltativo, sia per l'Autorità, sia per l'impresa: l'AGCM non ha il potere di imporla in via autoritativa e, correlativamente, l'impresa non ha il diritto di accedervi. Entrambi i soggetti, dunque, effettuano la propria scelta in base a una valutazione di opportunità e convenienza.

Per ciò che concerne le parti, peraltro, i vantaggi che derivano dalla transazione possono non essere sufficienti a compensare i rischi ad essa collegati. La questione sarà approfondita in seguito nel paragrafo dedicato (cfr. infra, par. 2.8.).

2.3. Ambito di applicazione

La procedura di transazione può essere adottata nel corso dei procedimenti *antitrust* avviati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito dell'apertura di un'istruttoria ai sensi dell'art. 14, comma 1 della legge n. 287/1990.

La principale differenza tra l'istituto interno e l'omologo europeo risiede nel diverso ambito oggettivo di applicazione. Infatti, mentre a livello comunitario la Commissione

[127] Cass. Civ., Sez. I, Sentenza del 28 febbraio 2024, n. 5232

può adottare la procedura di transazione in procedimenti aventi unicamente ad oggetto casi di cartello (cfr. *supra*, par 1.2.), l'AGCM in Italia vi può ricorrere nel corso dei procedimenti avviati per qualsiasi violazione *antitrust* (purché ve ne sia l'opportunità, s'intende).

Invero, il comma 3 dell'art. 14-*quater* della l. n. 287/1990 fa espresso riferimento alle infrazioni di cui agli artt. 2 e 3 della legge medesima e di cui agli art. 101 e 102 TFUE, i quali disciplinano sia le intese restrittive della concorrenza (dunque non esclusivamente i cartelli), sia gli abusi di posizione dominante[128]. Il legislatore nazionale ha dunque preferito adottare un approccio analogo a quello seguito da altri Stati europei, come, ad esempio, la Germania e la Francia. La maggiore "apertura" della legge italiana a un più ampio spettro di infrazioni rispetto alla normativa europea, soddisfa la necessità dell'Autorità garante di sfruttare al massimo la collaborazione delle imprese allo scopo di ottenere il risparmio di tempi e di risorse cui è finalizzata la procedura di transazione.

Sotto il profilo soggettivo, il procedimento di transazione segue le disposizioni generali. La procedura, dunque, sarà applicabile nei confronti di imprese[129] — siano esse pubbliche, private o a prevalente partecipazione statale — e associazioni di imprese. La procedura non sarà tuttavia applicabile nei confronti di imprese che «per disposizioni di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati»[130].

2.4. Il procedimento

Come accaduto a livello comunitario (cfr. *supra* par. 2.1.), anche il legislatore nazionale (art. 14-*quater*, comma 5 della l. n. 287/1990) ha richiesto all'Autorità di disciplinare nel

[128] PAPPALARDO. *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2019.
[129] Si rimanda a GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2021, pp. 76-79 per il concetto "economico" di impresa e di "singola entità economica".
[130] Cit. art. 8 della legge n. 287/1990.

dettaglio la procedura di transazione con un proprio provvedimento, da adottare in conformità con l'ordinamento dell'Unione europea e nel rispetto del diritto al contraddittorio. A questo proposito, a seguito di consultazioni pubbliche, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha emanato con Delibera del 16 maggio 2023, n. 30629 una propria Comunicazione sulla procedura di transazione (per esteso, *"Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287"*), con la quale ha definito le regole procedimentali per l'applicazione dell'istituto, nonché l'entità della riduzione della sanzione da accordare in caso di completamento con successo della procedura.

In via generale, l'AGCM si attiva d'ufficio — sulla base di denunce, segnalazioni o istanze di soggetti interessati, siano essi privati, pubbliche amministrazioni, o associazioni di consumatori[131] — oppure conseguentemente a domande di ammissione al programma di clemenza o a informazioni comunque ottenute in relazione alla presunta infrazione degli articoli 2 o 3 della l. n. 287/1990 o degli artt. 101 e 102 TFUE[132].

La prima fase del procedimento è definita "pre-istruttoria" e segue le stesse regole sia nel procedimento ordinario sia nel procedimento che culmina in transazione: è uno stadio informale — diversamente da quanto accade nella corrispondente fase del procedimento comunitario — in cui l'Autorità non dispone ancora di poteri istruttori pieni[133]. In questa fase, l'Autorità è tenuta a verificare la mera sussistenza del *fumus* della violazione *antitrust*, sotteso all'opportunità di avviare un'istruttoria vera e propria. Questa verifica, tuttavia, si basa su un'acquisizione di elementi che è sostanzialmente rimessa alla collaborazione delle imprese destinatarie di richieste di informazioni, non essendo l'AGCM assistita da poteri sanzionatori in caso di mancata o insufficiente risposta[134].

---

[131] Cfr. art. 12 comma 1, della legge n. 287/90.

[132] ROSSI DAL POZZO. *Codice della concorrenza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019.

[133] Il fatto che la fase pre-istruttoria non sia di per sé "procedimentalizzata" si evince dalla mancanza di riferimenti normativi a riguardo nell'art.12 comma 1, l. n. 287/90 e nel Reg. sulle procedure istruttorie.

[134] La giurisprudenza amministrativa ha affermato tuttavia la legittimità e doverosità di questi adempimenti: il criterio di economicità a cui si ispira il procedimento amministrativo impone di effettuare un primo vaglio (benché sommario) degli elementi messi a disposizione, soprattutto nelle ipotesi in cui il procedimento sia stato avviato a seguito di denuncia.

Qualora l'AGCM ritenga che non sussistano elementi sufficienti per avviare un'istruttoria, il procedimento si conclude con una decisione di archiviazione[135]. Al contrario, qualora gli Uffici dell'Autorità ritengano in base agli elementi acquisiti che sussista il *fumus* della violazione, presentano una proposta al Collegio, il quale emana il provvedimento formale di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287/1990[136] e lo notifica alle parti.

Entro 3 mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria l'AGCM può considerare *ex officio* l'opportunità di sondare l'interesse delle parti a un'eventuale transazione[137]. Il potere di valutare l'interesse delle parti verso questa procedura semplificata è attribuito in via esclusiva all'Autorità, la quale sancisce l'irricevibilità di qualsivoglia domanda proveniente dalle imprese prima della ricezione di un invito scritto da parte della medesima[138]. Al riguardo, l'approccio adottato dalla Commissione risulta maggiormente flessibile, poiché contempla la possibilità per le parti stesse di manifestare interesse verso il *settlement*; tale facoltà non si traduce in un diritto soggettivo alla transazione, permanendo in capo alla Commissione un'ampia discrezionalità nell'apprezzamento della compatibilità del caso con la procedura in questione[139]. In ogni caso, la valutazione discrezionale è basata sulla probabilità di addivenire rapidamente alla definizione del procedimento per tutte le parti interessate e di realizzare dunque le economie procedurali cui la transazione è finalizzata (cfr. *supra*, par. 1.3.1.).

Se il procedimento risulta idoneo a tale scopo, le parti possono essere invitate in qualsiasi momento — purché prima della comunicazione delle risultanze istruttorie — a

[135] La decisione di archiviazione non preclude all'Autorità di riaprire il procedimento in futuro, qualora dovessero emergere nuovi elementi informativi, oppure mutare le ragioni di fatto e di diritto su cui si fondava l'archiviazione.
[136] CALINI, CHIEPPA. *Procedure antitrust in Italia*. Milano: Giuffrè editore, 2018.
[137] Comunicazione AGCM relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 1, che fa riferimento al termine di cui all'art. 14-*ter*, comma 1 della l. n. 287/1990.
[138] *Ibidem*, punto 2.
[139] Pari flessibilità caratterizza le normative di alcuni Stati membri, tra cui Grecia e Spagna (al contrario, in Francia l'iniziativa è attribuita alle imprese).

manifestare per iscritto il proprio interesse a partecipare a discussioni bilaterali in vista di una transazione, entro un termine non inferiore a 15 giorni.

Qualora le parti esprimano il proprio interesse in tal senso[140] — posto che la dichiarazione scritta con cui la parte accetta di partecipare alle discussioni non implica il riconoscimento della partecipazione a un'infrazione, né l'assunzione della relativa responsabilità — l'Autorità può esercitare la facoltà di avviare contatti bilaterali riservati con ciascuno dei soggetti candidati alla transazione. Anche in questo caso, la transazione non costituisce un diritto per le parti, ma resta una prerogativa discrezionale dell'AGCM, la quale può scegliere se darvi seguito oppure no. Inoltre, l'Autorità conserva la facoltà di interrompere le discussioni in qualsiasi momento, anche nei confronti di una o più imprese, qualora ritenga che ne sia compromessa l'efficacia[141].

Con l'avvio delle discussioni bilaterali tra la direzione istruttoria dell'AGCM responsabile del procedimento e ciascuna delle imprese candidate al *settlement* ha propriamente inizio la procedura di transazione. In questa sede le parti sono informate circa gli elementi essenziali acquisiti in merito al potenziale addebito, ossia il fatto contestato, la qualificazione giuridica, gli elementi probatori a carico, la durata e la gravità della presunta violazione, l'imputazione della responsabilità e la forcella delle ammende applicabili al caso di specie. Le discussioni, come chiarito dalla stessa Autorità nella Comunicazione sulla transazione, sono finalizzate ad «addivenire ad una definizione condivisa del contenuto e del perimetro degli addebiti che le imprese interessate sono disposte ad accettare a fronte della riduzione della sanzione»; l'Autorità, tuttavia, «non negozia né l'esistenza dell'infrazione, né l'importo della sanzione applicabile»[142].

Su istanza motivata, nel corso dei contatti bilaterali con le imprese, l'Autorità può autorizzare le parti a prendere visione delle versioni non riservate dei documenti

[140] Si precisa inoltre che «a far data dalla ricezione di tale dichiarazione da parte di AGCM, le parti non possono più chiedere il beneficio della non applicazione delle sanzioni di cui all'art. 15-*bis* della l. n. 287/1990, ma solo la riduzione ai sensi dell'art. 15-*ter* nel termine anzidetto», cit. *ibidem*, punto 7.

[141] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Terza edizione, Giappichelli, 2023, capitolo VI, paragrafo 8.

[142] Cit. Comunicazione AGCM relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 11.

accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio, ritenuti necessari per consentire loro di precisare la propria posizione in relazione a ogni aspetto della condotta contestata[143]. Dall'analisi della lettera del punto 12 della Comunicazione — e in particolare dell'utilizzo della locuzione "potrà consentire" in luogo di "consente" — si evince come tale *disclosure* non si configuri come un diritto delle parti, quanto piuttosto come una facoltà discrezionale dell'Autorità. Tuttavia, tale impostazione risulta in contrasto con la disciplina eurounitaria[144], che riconosce alle parti il diritto di accedere alla documentazione rilevante ai fini dell'esercizio del contraddittorio. Nel contesto europeo, l'accesso agli atti costituisce, infatti, una prerogativa fondamentale per garantire un'adeguata conoscenza della fattispecie e il pieno esercizio del diritto di difesa, consentendo alle parti di formulare le proprie argomentazioni, di valutare l'opportunità di proporre una soluzione transattiva e di determinare l'importo massimo della sanzione che si è disposti ad accettare.

Poiché l'accesso al fascicolo istruttorio costituisce un presupposto fondamentale per garantire l'effettività del contraddittorio, si auspica che una richiesta adeguatamente motivata, basata su esigenze difensive e finalizzata a chiarire la propria posizione e responsabilità, sia in futuro considerata dall'AGCM condizione necessaria e sufficiente per ottenere la documentazione non riservata in esso contenuta[145].

In ogni caso, laddove l'Autorità ritenga che la procedura consenta di giungere a un accordo riguardo all'ambito dei potenziali addebiti e alla forcella delle probabili ammende, concederà alle parti la facoltà di presentare per iscritto[146] una proposta formale

[143] *Ibidem*, punto 12.

[144] Il paragrafo 16 della versione inglese della Comunicazione della Commissione sul *settlement* è chiaro sul punto: «Upon request by a party, the Commission services will also grant it access to non-confidential versions of any specified accessible document listed in the case file at that point in time, in so far as this is justified for the purpose of enabling the party to ascertain its position regarding a time period or any other aspect of the cartel».

[145] ASSONIME, *Risposta a Consultazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287, n. 7/2023.*

[146] Su richiesta dell'impresa interessata e previa autorizzazione dell'AGCM, le proposte di transazione possono essere anche presentate oralmente; *ibidem*, punto 17.

di transazione entro un termine non inferiore a 15 giorni[147]. L'Autorità non è tenuta a prendere in considerazione le proposte pervenute oltre il termine assegnato, il quale assume carattere di "perentorietà unidirezionale"[148], vincolando esclusivamente l'impresa. Resta comunque ferma la facoltà dell'AGCM di esaminare, a propria discrezione, eventuali proposte transattive presentate oltre il suddetto termine.

Le imprese che intendono esercitare una difesa piena potranno omettere di presentare la proposta di transazione: in tal caso il procedimento proseguirà nei loro confronti secondo le disposizioni generali[149]. Alla luce della prassi già affermata in ambito comunitario[150], sembrerebbe ammissibile anche nel sistema italiano l'instaurazione di un procedimento "ibrido", che si ha allorquando, a fronte di un'istruttoria avviata dall'Autorità nei confronti di più parti, solo alcune concludono un accordo transattivo mentre le altre scelgono di proseguire secondo l'*iter* ordinario (cfr. *supra* par. 1.3.2.). Tale configurazione risulta compatibile con l'ordinamento nazionale, purché siano pienamente garantiti, nei confronti delle parti che non accedono alla transazione, i diritti di difesa, il principio di imparzialità e la presunzione di innocenza nel corso del procedimento.

Ad ogni modo, la proposta non può essere revocata unilateralmente dalla parte — a meno che la revoca non sia accolta dall'Autorità — e deve contenere gli elementi essenziali indicati nel punto 16 della Comunicazione dell'AGCM sulla transazione, ossia:

a) il riconoscimento in termini chiari ed inequivocabili della responsabilità per l'infrazione, descritta sinteticamente per quanto riguarda l'oggetto e la sua eventuale attuazione, i fatti principali e la loro qualificazione giuridica, la specificazione del ruolo assunto dalle parti, l'imputazione della responsabilità e la durata della loro partecipazione all'infrazione conformemente ai risultati delle discussioni di transazione;

---

[147] Comunicazione AGCM relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 13.
[148] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Terza edizione, Giappichelli, 2023, capitolo VI, paragrafo 8.
[149] Comunicazione AGCM relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 15.
[150] Cfr. *inter alia* sent. 12 gennaio 2017, *Timab Industries e* CFPR c. Commissione europea, C-411/15 P.

b) l'indicazione dell'importo massimo della sanzione che le parti prevedono sarà loro inflitta dall'Autorità e che esse sono preventivamente disposte ad accettare;

c) la conferma che le parti sono state sufficientemente informate degli addebiti che l'Autorità intende muovere nei loro confronti e che è stata loro sufficientemente accordata la possibilità di esprimere il proprio punto di vista;

d) la rinuncia delle parti a chiedere l'accesso completo al fascicolo ai soli fini del procedimento, a presentare memorie e a chiedere l'audizione di cui all'articolo 14 del D.P.R. 217/98[151], salvo che la comunicazione delle risultanze istruttorie o la decisione dell'Autorità non rispecchino la loro proposta di transazione.

Successivamente, l'Autorità emana e notifica alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie: se la comunicazione rispecchia la proposta di transazione — quantomeno con riguardo agli elementi essenziali di cui sopra — la proposta si considera accolta[152]. Viceversa, se la comunicazione delle risultanze istruttorie non rispecchia il contenuto della proposta di transazione, quest'ultima si ritiene non accolta. In tal caso, torneranno ad applicarsi le disposizioni procedurali generali; le ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non potranno essere utilizzate come prove contro alcuna parte del procedimento. Nel primo caso, le parti che intendono profittare della transazione sono tenute a rispondere alla comunicazione entro un termine di almeno 15 giorni[153] fissato dall'Autorità, confermando in termini inequivocabili che la comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde al contenuto delle loro proposte e che si impegnano a seguire la procedura di transazione, rinunciando definitivamente a chiedere l'accesso agli atti del fascicolo ai soli fini del procedimento, a presentare memorie difensive e a chiedere di essere sentite ai sensi dell'art. 14 del D.P.R. 217/98.

[151] Nel procedimento ordinario, dopo aver ricevuto la comunicazione delle risultanze istruttorie, le parti hanno diritto di essere sentite dinanzi al Collegio per esprimere la propria posizione in merito alle risultanze contenute nella comunicazione. L'audizione integra l'istruttoria ed è preliminare all'adozione del provvedimento finale.

[152] Comunicazione AGCM relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 18.

[153] In assenza di risposta, l'Autorità può interrompere la procedura di transazione e proseguire secondo il la prassi ordinaria.

A questo punto, l'Autorità può procedere direttamente all'adozione di una decisione finale in forma sintetica e conforme alla proposta di transazione. La decisione conterrà l'accertamento dei fatti e della responsabilità delle parti nei limiti di quanto concordato con le medesime; inoltre, prevederà l'applicazione di una sanzione ridotta, in ragione della "cooperazione" delle imprese con l'Autorità.

Resta ferma, in ogni caso, la facoltà dell'AGCM di adottare una decisione non conforme a quanto rappresentato nella sua comunicazione delle risultanze istruttorie, ancorché questa rispecchiasse la proposta formale di transazione presentata da alcuna delle parti. Qualora agisca in tal senso, l'Autorità notifica alle parti una nuova comunicazione delle risultanze istruttorie al fine di garantire loro l'esercizio del diritto alla difesa. Nel caso in cui ciò si verifichi, il procedimento prosegue secondo le forme ordinarie. Anche in tale ipotesi, è prevista una tutela significativa per le parti che non abbiano aderito alla transazione: le dichiarazioni ammissive contenute nella loro proposta transattiva si considerano revocate e non possono essere utilizzate come mezzi di prova.

2.5. La sanzione: calcolo e riduzione

Di seguito saranno illustrati i criteri utilizzati dall'AGCM in sede di determinazione della sanzione applicabile al caso concreto. L'*iter* di calcolo dell'ammenda segue, in via generale, quello adottato dalla Commissione europea per i casi di sua competenza, cui si rimanda (cfr. *supra*, par. 1.3.5.).

Secondo l'indirizzo fornito dalla Commissione, anche l'Autorità *antitrust* italiana ha adottato delle proprie Linee Guida[154] sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990. Le Linee Guida non servono a calcolare in maniera «automatica e aritmetica»[155] l'entità della sanzione, in quanto ciò è sostanzialmente

[154] Linee Guida approvate con delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152.
[155] Cit. Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge

rimesso alla discrezionalità[156] dell'Autorità, la quale corregge l'ammontare in ragione delle specificità e degli obiettivi perseguiti nel singolo caso (eminentemente obiettivi di dissuasione specifica e generale). Al contrario, le Linee Guida sono volte a esplicitare[157] — e quindi a rendere più trasparente — la metodologia e l'iter logico seguito nell'assunzione della decisione finale[158].

Nel quadro della procedura di transazione, inoltre, le parti possono avvalersi delle Linee Guida per individuare con un certo grado di precisione la forcella delle sanzioni applicabili che prevedono possa essere loro irrogata dall'Autorità e che si impegnano ad accettare qualora la procedura si concluda con successo.

L'ammontare totale dell'ammenda si determina a partire da un importo di base, che si ottiene a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto — direttamente o indirettamente — dell'infrazione e realizzate nel mercato rilevante interessato durante l'esercizio commerciale precedente, al netto dell'IVA e delle altre imposte sulle vendite. La somma è poi moltiplicata per una percentuale commisurata alla gravità dell'infrazione e alla durata della partecipazione di ogni impresa all'illecito[159], in ogni caso non superiore al 30%[160]. In certi casi, quando il valore delle vendite non risulta sufficientemente elevato

n. 287/90, punto 6; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697, *Associazione Nazionale Esercenti Cinematografi Lombarda*; Tar del Lazio, Sez. I, sentenza 9 gennaio 2013, n. 125, *Posta Elettronica Ibrida*.

[156] Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 dicembre 2010, n. 9565, *Ras-Generali/Iama Consulting*.

[157] La giurisprudenza sostiene che le parti devono essere messe "*in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti siano privi di errori e compatibili con le diposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, in particolare con il divieto di discriminazione*" (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697, *Associazione Nazionale Esercenti Cinematografi Lombarda*; anche Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 dicembre 2007, n. 6469, *Lottomatica-Sisal*, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20 maggio 2011, n. 3013, *Riciclaggio delle Batterie Esauste*).

[158] Linee Guida AGCM sul calcolo delle sanzioni pecuniarie, punti 2 e 4.

[159] *Ibidem*, punto 7.

[160] La gravità dell'infrazione è valutata tenendo conto dei seguenti fattori: a*)* le condizioni di concorrenza esistenti nel mercato interessato; *b)* la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all'innovazione; *c)* l'attuazione o meno della pratica illecita; *d)* l'effettivo impatto economico sul mercato e/o sui consumatori. Per orientarsi, le Linee Guida suggeriscono che nei casi più gravi, come ad esempio i cartelli segreti, si applica una percentuale non inferiore al 15%, rappresentativa della pericolosità di questo tipo di infrazione.

per assicurare finalità di deterrenza, si aggiunge all'importo di base un ammontare supplementare — la cd. *entry fee* — che aumenta l'entità dell'ammenda.

L'importo di base viene successivamente incrementato o diminuito in virtù dell'operatività di circostanze attenuanti e/o aggravanti. Tra le circostanze aggravanti rilevano:

a) l'aver svolto un ruolo decisivo (soprattutto se propulsivo) nell'organizzazione o monitoraggio di illeciti plurisoggettivi;
b) l'aver indotto — anche con misure di ritorsione — altre imprese a prendere parte all'infrazione;
c) l'aver tenuto condotte volte a impedire, ostacolare o ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità.

Le circostanze attenuanti includono, ad esempio:

a) la tempestiva adozione di iniziative adeguate ad attenuare gli effetti nocivi dell'infrazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti alla violazione e concedendo indennizzi in favore dei soggetti danneggiati;
b) collaborare in modo solerte con l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio, al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge[161];
c) dimostrare di aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver concretamente dato attuazione alla pratica illecita;
d) l'esistenza di misure normative e/o di provvedimenti dell'Autorità pubblica che favoriscano, facilitino o autorizzino l'infrazione;
e) l'adozione e il rispetto di un programma di *compliance*, specifico e adeguato con le *best practice* europee e nazionali in materia di concorrenza[162].

[161] Nel caso di partecipazione al programma di clemenza, la cooperazione con l'Autorità sarà valutata secondo le disposizioni della disciplina di specie, non essendo applicabile un'attenuante "generica"
[162] Le circostanze aggravanti e attenuanti sono indicate nelle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, rispettivamente ai punti 21 e 23. Gli elenchi hanno valore esemplificativo e non tassativo.

In presenza di più circostanze concorrenti, l'Autorità procede ad un loro bilanciamento e ponderazione. Di regola, la singola circostanza considerata dall'Autorità ha un'incidenza non superiore (né inferiore) al 15% dell'importo di base e, nel complesso, può giungere a una percentuale totale pari a circa il 50% dell'importo di base[163].

In deroga a quanto appena esposto, in caso di recidiva, l'importo di base può essere ulteriormente aumentato fino al 100% del suo valore. Ciò si verifica nelle ipotesi in cui una stessa impresa abbia commesso, nei cinque anni precedenti all'inizio dell'infrazione per cui si procede, altre violazioni simili per oggetto o per effetto, che siano state già accertate dall'Autorità italiana o dalla Commissione europea[164]. Inoltre, sempre in deroga a quanto posto dai principi generali, qualora nel corso dell'istruttoria l'impresa abbia fornito informazioni che abbiano permesso di accertare l'esistenza di un'infrazione diversa da quella oggetto di accertamento, l'importo della sanzione può essere ulteriormente ridotto fino al 50% dell'importo di base[165].

Successivamente, l'importo può essere soggetto a un ulteriore adeguamento: il comma 1-*bis* dell'art 15 della legge n. 287/1990 statuisce che la somma totale risultante non può comunque eccedere il limite del 10% del fatturato realizzato[166] da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio chiuso.

Infine, l'ammontare può essere ulteriormente ridotto in ragione della partecipazione dell'impresa alla procedura di transazione. Si tratta di un aspetto cruciale, in quanto, oltre a rappresentare un elemento fondamente dell'istituto in questione, costituisce uno dei principali incentivi all'adesione delle imprese a questa procedura semplificata. Si

[163] Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, punto 20.
[164] *Ibidem*, punto 22; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20 aprile 2011, n. 2438, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 13 dicembre 2011, n. 6525, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*.
[165] *Ibidem*, punto 24.
[166] La giurisprudenza avalla la prassi dell'Autorità di fare riferimento — quale soglia legale massima — il fatturato totale realizzato a livello mondiale, includendo l'IVA e altre imposte (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697, *Associazione Nazionale Esercenti Cinematografi Lombarda*).

puntualizza che lo sconto conseguente al *settlement* non discende dall'applicazione dell'attenuante riconducibile alla cooperazione prestata dall'impresa all'Autorità. Si tratta, piuttosto, di una riduzione autonoma, applicata in un momento successivo e secondo criteri distinti.

L'entità della diminuzione della sanzione è prescritta dai punti 25 e 26 della Comunicazione sulla transazione, la quale — a differenza della corrispondente comunicazione della Commissione europea — distingue le ipotesi in cui il procedimento abbia ad oggetto un cartello segreto oppure un altro tipo di illecito *antitrust*. Dal paragone della disciplina interna con la disciplina comunitaria, rileva come la disciplina italiana risulti essere più favorevole per le imprese che optano per il *settlement*: mentre la Commissione europea può ridurre soltanto del 10% le ammende in caso di transazione in procedimenti per cartelli, l'AGCM non solo applica la medesima percentuale di sconto (ossia il 10%) nell'ambito di procedimenti per cartelli segreti, ma può inoltre operare una riduzione della sanzione pari al 20% per i casi di abusi, intese verticali e cartelli non segreti. Questa maggiore decurtazione non è prevista dalla normativa europea, sia perché il *settlement* "puro" è ammesso esclusivamente nell'ambito di procedimenti volti all'accertamento di intese orizzontali, sia perché comunque non si estenderebbe oltre il 10%. Nonostante ciò, nella prassi, nei casi in cui la Commissione ha adottato una procedura di transazione "atipica" (ossia la procedura di cooperazione descritta *supra*, par. 1.3.3.) per accertare infrazioni degli artt. 101 e 102 TFUE, ha concesso riduzioni delle sanzioni ben più significative, talora fino al 50%[167]. Dev'essere nondimeno sottolineato che le due fattispecie potrebbero non essere pienamente comparabili, poiché nell'ambito della procedura di cooperazione l'impresa si impegna ad adottare misure correttive di natura strutturale o comportamentale, le quali non sono previste nella procedura di *settlement* tipica.

Ad ogni modo, benché la normativa (sia interna che comunitaria) sembrerebbe premiare maggiormente le parti coinvolte in illeciti di minor gravità, le imprese che hanno preso

[167] KOPONEN, SKARPA. *EU: Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission*, in HAMER (a cura di), *The Settlements Guide*, Prima edizione, 2021, Global Competition Review, pp. 25-41.

parte a un cartello segreto conservano la facoltà di accedere al programma di clemenza. Rileva, a proposito, che la procedura di transazione e il programma di clemenza sono compatibili tra di loro, con la conseguenza che le diminuzioni di sanzione previste dai due istituti sono cumulabili (cfr. *infra*, par. 3.3.1.). Dunque, in termini pratici, una volta individuato l'importo di base della sanzione e poi applicate le eventuali aggravanti ed attenuanti, può essere operato uno sconto di sanzione in varia misura a seconda dell'"ordine di arrivo" e del tipo di apporto fornito nel contesto del programma di clemenza; a questo punto può essere applicata una seconda riduzione (pari al 10% in quanto si procede per cartelli segreti) in ragione dell'accesso alla procedura di transazione. Da ultimo, se necessario, viene applicato il massimale del 10% del fatturato mondiale realizzato nell'ultimo esercizio.

2.6.1. Riflessioni: la natura della transazione e le conseguenze sull'impugnazione

L'impugnazione della decisione di transazione rappresenta un tema alquanto complesso. Infatti, le modalità di impugnazione del provvedimento finale sono strettamente legate alla natura dello stesso e dell'accordo sottostante. Benché anche in caso di transazione il procedimento *antitrust* culmini, dal punto di vista formale, con un provvedimento vero e proprio, non si può dire che il contenuto dello stesso sia determinato in maniera unilaterale dall'amministrazione. In effetti, l'essenza della procedura di transazione risiede nell'accordo dell'Autorità con la parte sottoposta a istruttoria, la quale accetta l'attribuzione della responsabilità e la ricostruzione del fatto contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie, rinunciando a contrastarle in vista di uno sconto sulla sanzione.

2.6.2. (Segue). L'accordo transattivo come contratto

Ci si domanda, dunque, se dal punto di vista sostanziale l'accordo sotteso alla decisione di transazione sia un contratto e, segnatamente, un contratto accessivo a provvedimento

amministrativo: la sua natura contrattuale risiederebbe nel fatto che né l'Autorità, «né le parti possono, *motu proprio*, dare luogo ad una transazione, ma la stessa dovrà risultare dalla reciproca volontà di chiudere il procedimento»[168]. Se si valorizzasse l'accordo di cui la decisione di transazione è espressione, ammettendo che l'invalidità dell'accordo a monte possa travolgere la validità della decisione di transazione (dando luogo a una forma di invalidità derivata del provvedimento finale), alcune cause di invalidità della decisione stessa (a partire dai vizi della volontà di alcuna delle parti) potrebbero essere mutuate dalla disciplina generale del contratto. Ciò sarebbe coerente con quanto disposto dall'art. 11, comma 2 della l. n. 241/1990 in materia di accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo. Dunque, la decisione di transazione potrebbe essere impugnata per far valere, oltre ai vizi propri dell'atto in quanto espressione di un procedimento amministrativo, anche i vizi propri dell'accordo sotteso alla decisione (si pensi all'ipotesi in cui la determinazione a transigere da parte dell'impresa sia stata espressa da un rappresentante la cui volontà era viziata da errore, violenza, dolo o incapacità di intendere e di volere)[169]. Ancora, nelle cause civili *follow-on*, l'impresa convenuta potrebbe eccepire l'inefficacia (quantomeno relativa) della decisione allorquando il soggetto che aveva espresso la volontà dell'impresa di accettare le condizioni di transazione non aveva il potere di rappresentare la parte. Questa soluzione non sembra tuttavia condivisibile[170]. *In primis,* le imprese non hanno il potere di "trattare" l'esistenza dell'infrazione o l'ammontare della sanzione applicabile: la decisione in merito è rimessa esclusivamente all'Autorità garante e la parte conserva la mera facoltà di decidere se attuare una propria difesa o desistervi. In secondo luogo, il rapporto che si instaura nel corso del procedimento tra la parte e l'AGCM non è paritetico; dunque, ad esso non potrebbe applicarsi la disciplina civilistica. Risulterebbe inoltre difficoltoso determinare, in caso, se impugnare la decisione dinanzi al giudice civile o al giudice amministrativo competente[171].

---

[168] Cit. LOPOPOLO. *Trucks cartel: un nuovo capitolo tutto italiano* in Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2021, p. 600.

[169] TRABUCCHI. *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, 2022, pp. 159-165 e 198-206.

[170] AAI. *Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

[171] La soluzione più logica è quella per cui la giurisdizione competa in via esclusiva al giudice amministrativo. Depongono in tale direzione il comma 1, lett. a), n. 2 dell'art. 133 c.p.a. (relativo alla «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento

2.6.3. (Segue). La transazione e la natura sostanzialmente penale dei provvedimenti sanzionatori *antitrust*

Sotto un diverso profilo, si potrebbe valorizzare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni *antitrust*, che consentirebbe di individuare un possibile parallelismo con gli istituti del diritto penale.

La prima, storica, pronuncia che nel panorama europeo ha sancito il principio per cui le sanzioni *antitrust* hanno natura sostanzialmente penale è la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo emessa nel 1976 sul caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*[172]. La sentenza ha posto i criteri in virtù dei quali — al di là del *nomen iuris* formalmente attribuito — una sanzione possa dirsi "penale" ai sensi della CEDU, con la conseguente applicazione delle garanzie formali e sostanziali che ne discendono (tra cui, ad esempio, la garanzia al giusto processo e al *ne bis in idem*)[173]. Questi principi sono stati uniformemente applicati alle sanzioni imposte dalle Autorità *antitrust* (Commissione europea e Autorità garanti nazionali) dalla successiva giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Le Corti ne hanno riconosciuto la natura sostanzialmente penale in

amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni»), nonché il comma 1 lett. l) dello stesso articolo (il quale riguarda «le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati […] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato»), cfr. CARINGELLA, Manuale Ragionato di Diritto Amministrativo, 2024, Dike Giuridica, p. 946.

[172] *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, Corte EDU, Sessione Plenaria, Ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72. In questa sentenza, pronunciata, la Corte di Strasburgo ha stabilito i criteri per determinare se una sanzione, pur qualificata come amministrativa nell'ordinamento nazionale, abbia in realtà natura penale ai fini dell'articolo 6 CEDU. I criteri, noti come *criteri Engel*, sono i seguenti: *a*) la qualificazione formale e nominale della disposizione sanzionatoria nel diritto interno; *b*) la reale natura sostanziale dell'illecito *c*) lo scopo — punitivo e general-preventivo, non solo riparatorio — e il grado di severità (*id est*, afflittività) della sanzione.
La sentenza è disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-146249%22]}

[173] URBANI. *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in Diritto Penale Contemporaneo, n.2/2017, pp. 148-149.

molteplici pronunce, tra cui si ricordano la sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia* della Corte EDU e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Schindler Holding*[174]. L'orientamento, ormai consolidato, è stato recentemente confermato anche dal Consiglio di Stato[175].

Seguendo questo ragionamento, la decisione di transazione adottata nell'ambito del procedimento *antitrust* potrebbe essere assimilata alla sentenza che applica la pena su richiesta delle parti prevista dall'ordinamento processuale penale (artt. 444 e segg. c.p.p.). Gli istituti in esame presentano significative analogie sotto il profilo funzionale e strutturale, pur operando in settori giuridici distinti. Entrambi si caratterizzano per la loro natura consensuale e per la previsione di un meccanismo premiale che incentiva la collaborazione del soggetto coinvolto, con l'obiettivo di deflazionare il contenzioso e garantire una maggiore efficienza del procedimento. Nella procedura di transazione le imprese coinvolte in una pratica anticoncorrenziale collaborano con l'Autorità,

[174] *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, n. 43509/08, Corte EDU, 27 settembre 2011; *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione*, C-501/11 P, 18 luglio 2013.

[175] Da ultimo, il Consiglio di Stato, con la pronuncia della Sezione VI, n. 1159 del 2 febbraio 2023, si è nuovamente pronunciato in merito alla qualificazione giuridica delle sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza in esito a un procedimento volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in contrasto con l'art. 101 TFUE, ribadendone la natura sostanzialmente penale, in ragione dell'effetto afflittivo che le caratterizza.
La decisione richiama il consolidato orientamento della Corte EDU in tema di qualificazione della natura penale di un illecito e della relativa sanzione, il quale si fonda su tre criteri autonomi: *a*) la qualificazione giuridica dell'illecito nell'ordinamento interno; *b*) la natura sostanziale dell'illecito, desumibile dall'ambito di applicazione generale della norma che lo prevede e dall'obiettivo perseguito, che deve essere di carattere afflittivo e non meramente risarcitorio; *c*) il grado di severità della sanzione, da valutarsi in relazione alla pena massima astrattamente prevista dalla disciplina applicabile e non a quella concretamente irrogata.
Sulla scia della giurisprudenza convenzionale, la sentenza in esame ribadisce la compatibilità dell'imposizione di sanzioni aventi natura penale da parte di un organo amministrativo, anche all'esito di un procedimento privo di caratteristiche assimilabili a un giudizio, purché sia garantita la possibilità di proporre ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale dotata di poteri di cognizione piena, in grado di assicurare l'effettività delle garanzie procedimentali previste dall'art. 6, par. 1, CEDU.
Secondo il Consiglio di Stato, la qualificazione delle sanzioni irrogate dall'AGCM come sanzioni di natura penale discende dalla loro funzione deterrente, volta a prevenire la realizzazione di condotte collusive. Tuttavia, l'efficacia dissuasiva di tali sanzioni deve necessariamente coniugarsi con il principio di proporzionalità, al fine di evitare che l'esercizio del potere sanzionatorio determini compressioni ingiustificate di diritti fondamentali, ivi inclusi quelli di natura economica, mediante l'applicazione di misure eccessivamente punitive o non adeguatamente giustificate.

ottenendo, in cambio, uno sconto sulla sanzione applicabile. Similmente, nel patteggiamento penale, l'imputato, previo accordo con il pubblico ministero, acconsente all'applicazione di una pena concordata, beneficiando di una riduzione sino a un terzo della pena prevista. Si potrebbe, pertanto, attingere al regime giuridico della sentenza in esame per trarre norme da applicare alla decisione di transazione. Dunque, in materia di impugnazione, potrebbero operare i limiti soggettivi e oggettivi previsti con riguardo alla sentenza di patteggiamento[176].

Ebbene, la sentenza di patteggiamento e la decisione di *settlement* presentano una differenza significativa: la sentenza di patteggiamento non costituisce un accertamento della responsabilità penale nel senso pieno di una sentenza di condanna e pertanto, ex art. 445, comma 1-*bis* c.p.p. non ha efficacia di giudicato nei procedimenti civili e amministrativi, salvo alcuni casi espressamente previsti dalla legge[177]. Diversamente, la decisione di transazione comporta un accertamento di responsabilità, con tutte le implicazioni giuridiche che ne discendono[178] (come si vedrà nel prosieguo, cfr. *infra*, par.

[176] L'impugnazione della sentenza di patteggiamento è soggetta a limiti soggettivi: innanzitutto, essa può essere impugnata dall'imputato (e ovviamente il suo difensore), benché avesse accettato la pena concordata con il pubblico ministero. Anche il pubblico ministero può proporre impugnazione, qualora ritenga che vi sia stata una violazione di legge o che la pena applicata risulti illegale. A questi si aggiunge il procuratore generale della Corte d'Appello, il quale può esercitare il diritto di impugnazione nei casi espressamente previsti dalla legge. Diversamente, la parte civile non ha la facoltà di impugnare la sentenza di patteggiamento. Per quanto concerne le limitazioni oggettive, l'impugnazione della sentenza di patteggiamento è ammessa soltanto per vizi specifici e non può estendersi al merito della decisione. In particolare, essa è consentita nei casi in cui si riscontri un errore nella qualificazione giuridica del fatto, un'erronea applicazione della legge penale o di norme processuali, oppure l'assenza delle condizioni di ammissibilità del patteggiamento. Quest'ultima ipotesi si verifica, ad esempio, qualora il reato oggetto dell'accordo sia punito con una pena superiore ai limiti previsti dalla normativa vigente. Infine, la sentenza è impugnabile nel caso in cui la pena applicata sia illegale, ossia non conforme ai limiti edittali o in contrasto con le disposizioni di legge.

[177] CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU. *Fondamenti di Procedura penale*, CEDAM, 2023, pp. 753-770.

[178] Tra queste emerge anche la rilevanza della condanna, ai fini dell'applicazione della recidiva. Sotto il profilo della recidiva, il patteggiamento e la transazione non possono essere considerati istituti equivalenti. Infatti, nel caso di sentenze di patteggiamento che applicano pene detentive inferiori a due anni, il reato si estingue e cessano tutti gli effetti penali, inclusa la recidiva, qualora l'imputato non commetta, entro cinque anni nel caso di delitti (o due anni nel caso di contravvenzioni), un ulteriore reato della medesima indole (cfr. Cassazione Penale, Sez. VI, 18 febbraio 2016, n. 6673, in cui la Suprema Corte ha chiarito che il decorso di cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza di patteggiamento comporta l'estinzione del relativo reato e dei connessi effetti penali (ivi compresa,

2.7.1.). Il discrimine è determinante e impedisce di assimilare giuridicamente i due istituti, nonostante essi presentino numerosi punti di contatto dal punto di vista sostanziale.

2.6.4. (Segue). La decisione di transazione come provvedimento amministrativo ordinario

Nell'attuale contesto, segnato da un'incertezza giuridica derivante dall'assenza di precedenti decisioni di transazione dell'AGCM e dalla conseguente mancanza di indicazioni sulla loro interpretazione e sulla loro eventuale impugnazione, si può ipotizzare che tali decisioni siano in realtà assimilabili ai provvedimenti amministrativi ordinari anche dal punto di vista sostanziale.

Del resto, in ambito europeo la sostanziale equivalenza tra decisione ordinaria e decisione di transazione emerge chiaramente, come dimostra, tra l'altro, il fatto che entrambe siano impugnabili secondo le stesse modalità. Si può arguire, inoltre, che la decisione di transazione della Commissione — e, seguendo questo ragionamento, anche quella dell'AGCM — sia equiparabile ad una qualsiasi decisione adottata al termine di un procedimento *antitrust* ordinario, poiché è idonea ad essere utilizzata nell'ambito delle successive azioni civili volte ad ottenere il risarcimento del danno, come sancito dall'art. 9, par. 1 della Direttiva 2014/104/UE (cd. Direttiva Danni)[179]. La norma prevede che ai

pertanto, la rilevanza dell'illecito ai fini della contestazione della recidiva); tali conseguenze si producono *ipso iure*, senza necessità di una formale declaratoria del giudice dell'esecuzione).
Diversamente, nell'ambito delle decisioni di transazione, l'operatività della recidiva non è soggetta a un limite temporale predeterminato. Qualora il soggetto che ha aderito alla transazione commetta successivamente ulteriori violazioni della normativa *antitrust*, l'autorità competente applicherà l'aggravante della recidiva, non essendo previsto un termine legale oltre il quale tale circostanza non possa più essere valorizzata. La valutazione della recidiva resta, pertanto, rimessa alla discrezionalità dell'autorità preposta all'accertamento della violazione.

[179] L'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE dispone: «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 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza. 2. Gli Stati membri provvedono

fini dell'azione per il risarcimento del danno, proposta dinanzi ai giudici nazionali degli Stati membri ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE ovvero ai sensi del diritto nazionale della concorrenza, sia necessario ritenere definitivamente accertata la violazione constatata da una decisione definitiva[180] di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso. Da ciò si deve dedurre che le azioni per il risarcimento di danni da illecito *antitrust* fondate su decisioni di transazione possano essere promosse dinanzi alle Corti degli Stati membri dell'Unione, in quanto si ritiene che tali decisioni abbiano l'attitudine a divenire definitive al pari di quelle ordinarie.

Coerentemente con questa logica, anche nell'ordinamento italiano non vi dovrebbero essere differenze sostanziali tra le due tipologie di provvedimenti.

Occorre a questo punto interrogarsi sull'impugnabilità — in astratto — di questo tipo di provvedimento. *Nulla quaestio* circa l'impugnabilità del provvedimento per vizi di forma o per vizi relativi al procedimento di cui è espressione. Risulta invece problematica l'impugnabilità del provvedimento nel merito. In assenza di una disciplina normativa esplicita e, soprattutto, in mancanza di una prassi interna consolidata in materia, risulta necessario fare riferimento all'elaborazione giurisprudenziale delle Corti degli Stati membri dell'Unione europea. Queste ultime, infatti, si sono pronunciate sulla questione della contestabilità nel merito delle decisioni di transazione, offrendo un quadro interpretativo utile a colmare le lacune normative esistenti.

Nella vicenda europea relativa al cartello dei produttori di autocarri[181] (vicenda che sarà analizzata a più riprese nei paragrafi successivi, cfr. *infra* parr. 2.7.1. e 3.3.3.), sia il Tribunale tedesco, sia il *Competition Appeal Tribunal* del Regno Unito — la cui decisione

affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto 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 altre prove addotte dalle parti. 3. Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE».

[180] Le decisioni definitive sono decisioni che non sono state impugnate entro termini prescritti dalla legge, nonché decisioni in seguito confermate o modificate dal giudice amministrativo.

[181] Decisione sul Caso AT39824 — *Autocarri* della Commissione europea, adottata il 19 luglio 2016, prima che la Gran Bretagna uscisse dall'Unione europea.

è stata poi confermata dalla *Court of Appeal* britannica[182] — hanno affermato che contestare in sede civile una decisione adottata all'esito di un *settlement* integra un'ipotesi di abuso del processo. Tale principio si fonda sulla considerazione per cui la parte che aveva previamente ammesso la propria condotta innanzi all'Autorità di concorrenza per beneficiare dei vantaggi della procedura transattiva, non può successivamente rimettere in discussione il contenuto di tale ammissione dinanzi al giudice civile[183]. Seguendo questa impostazione, non risulterebbe ammissibile neppure in sede di impugnazione contestare gli addebiti formalizzati nella decisione di *settlement*. Eppure, quantomeno alla luce dei principi fondamentali operanti nell'ordinamento interno, tale ricostruzione non può che essere respinta con fermezza.

In conformità con il principio costituzionale dell'irrinunciabilità del diritto di azione nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 113 Cost. e con il correlato principio della «inconfigurabilità della rinuncia preventiva all'azione giurisdizionale prima dell'esistenza del provvedimento lesivo» sancito dal Consiglio di Stato[184], resta garantita l'integrale tutela giurisdizionale avverso la pretesa sanzionatoria dell'Autorità garante, ancorché attuata attraverso una decisione di transazione[185].

---

[182] Con la sentenza dell'11 novembre 2020, la *Court of Appeal* britannica ha respinto in modo categorico l'appello proposto da cinque case costruttrici di autocarri avverso la decisione del *Competition Appeal Tribunal* (di seguito "CAT") del marzo 2020. La Court of Appeal, confermando l'orientamento espresso dal CAT, ha stabilito che, nei successivi procedimenti per il risarcimento del danno, costituirebbe un abuso del processo per le imprese convenute (in questo caso, le case costruttrici di autocarri) negare o non riconoscere i fatti che risultano espressamente accettati nella decisione di infrazione della Commissione europea.

[183] MUSCOLO. *Implications of commitments, settlements & confidential information for courts, AECLJ Hague Conference, 21st Annual Meeting*, L'Aia 15-17th giugno 2023.

[184] Cons. Stato, Sez. VII, Sentenza del 20/05/2022, n. 4022. L'amministrazione resistente lamentava che il ricorso fosse inammissibile per acquiescenza, giacché il ricorrente aveva presentato, nel procedimento disciplinare sfociato nel provvedimento impugnato, una dichiarazione preventiva di rinuncia alla tutela giurisdizionale. Il TAR ha respinto suddetta eccezione, in virtù dell'inconfigurabilità della rinuncia preventiva all'azione giudiziale, in quanto anteriore all'emanazione del provvedimento lesivo.

[185] AAI. *Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287*.

2.6.5. (Segue). L'impugnazione del provvedimento finale emanato all'esito della procedura di transazione

L'impugnazione della decisione sanzionatoria *antitrust* consiste nel vaglio della regolarità del contenuto del provvedimento e dell'*iter* procedimentale preordinato alla sua emanazione[186]. In particolare, si verifica che sussistano effettivamente i presupposti per irrogare la sanzione e che le regole per la quantificazione della stessa siano applicate e interpretate correttamente[187]. Sotto il profilo procedimentale, invece, si verifica che l'istruttoria sia stata condotta nel rispetto dei principi che conducono all'adozione dei provvedimenti amministrativi[188].

Le censure che possono essere mosse ai provvedimenti dell'AGCM si distinguono, a seconda della gravità del vizio dedotto, in cause di nullità e cause di annullabilità[189].
Le cause di nullità rappresentano ipotesi limite in provvedimenti articolati come quelli dell'AGCM; pertanto, non ci si soffermerà in dettaglio su di esse. Si tratta di vizi particolarmente gravi, come il difetto di alcuno degli elementi essenziali, il difetto assoluto di attribuzione, la violazione di un precedente giudicato e violazione di norme imperative che definiscono altre cause di nullità[190].

Diversamente, le cause di annullabilità sono più frequenti e riguardano vizi meno estremi, ma comunque rilevanti ai fini della legittimità dell'atto. Tra queste, la violazione di legge si configura quando l'atto adottato dall'AGCM è in contrasto con norme giuridiche

[186] VESE. *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali,* Civil Procedure Review, *v*. 11, n. 2/2020.
[187] D'ANGELO. *Codice di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2022.
[188] Sotto il profilo della legittimazione ad agire, possono impugnare tali atti non solo i destinatari diretti delle decisioni adottate dall'AGCM, come le imprese sanzionate, ma anche i soggetti terzi che abbiano subito una lesione diretta e attuale nei loro interessi giuridicamente rilevanti. La condizione imprescindibile per l'ammissibilità del ricorso è costituita dall'interesse concreto ed attuale all'annullamento dell'atto, vale a dire dalla necessità che la rimozione del provvedimento produca un'effettiva utilità giuridica in capo al ricorrente. Per quanto concerne i termini di impugnazione, il ricorso deve essere proposto entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento o, in difetto, dalla sua pubblicazione.
[189] FERRARA. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023.
[190] CERULLI IRELLI, CARBONE. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023.

applicabili. È il caso, ad esempio, di una sanzione amministrativa emessa senza rispettare le disposizioni previste dalla legge n. 287/1990. Rientra in questa categoria anche la violazione del diritto di difesa, come sancito dall'art. 24 della Costituzione italiana e dalla legge n. 287/1990: un provvedimento sarebbe annullabile se adottato senza consentire all'impresa coinvolta di esaminare la documentazione acquisita o di partecipare adeguatamente al procedimento.

Un'altra rilevante causa di annullabilità è l'eccesso di potere, che si verifica quando l'AGCM usa il proprio potere discrezionale in modo arbitrario o irragionevole. Questo può manifestarsi attraverso un difetto di istruttoria, una contraddittorietà nella motivazione o una manifesta illogicità del provvedimento. Anche il vizio di motivazione rientra in questa categoria: ogni provvedimento deve essere adeguatamente motivato, indicando chiaramente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno portato alla decisione, come richiesto dalla legge n. 241/1990. Un atto sanzionatorio che non espliciti le ragioni giustificative dell'importo della sanzione, ad esempio, potrebbe essere annullato per difetto di motivazione.

Infine, vi è l'incompetenza relativa, che si verifica quando l'atto viene adottato da un organo non competente all'interno dell'AGCM. È il caso di una decisione presa da un dirigente privo di delega specifica, circostanza che rende l'atto annullabile[191].

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. la giurisdizione esclusiva in materia è attribuita al TAR del Lazio[192], al quale è demandata la cognizione delle controversie

[191] Ciascun profilo di vizio rientrante in una delle tre fattispecie tipizzate costituisce motivo autonomo e ciascuno di essi, ove accolto, è di per sé sufficiente a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato.

[192] L'Autorità *antitrust* ha sede a Roma, quindi in base alle regole generali sulla competenza territoriale, i ricorsi devono essere presentati presso il TAR che ha circoscrizione nel territorio ove ha sede l'amministrazione statale o locale che ha emesso l'atto impugnato, *v.* CLARICH. *Manuale di Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, 2021. L'accentramento invia esclusiva dei ricorsi al TAR del Lazio in primo grado e al Consiglio di Stato in appello, per giunta, permette di superare le difficoltà connesse alla definizione del Tribunale amministrativo competente per il singolo ricorso, di evitare duplicazioni di giurisdizioni o orientamenti contrastanti. Inoltre, avendo il giudice amministrativo una competenza funzionale — oltre che una competenza esclusiva — la concentrazione del contenzioso permette di risolvere le criticità connesse al tipo di atto sottoposto al vaglio giurisdizionale, alla compresenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi in materia di concorrenza (spesso risulta

relative alla legittimità degli atti adottati dall'AGCM. Le decisioni rese dal TAR Lazio possono essere impugnate dinanzi al Consiglio di Stato, secondo le regole generali del processo amministrativo.

L'azione di annullamento rappresenta lo strumento per eccellenza attraverso il quale il giudice amministrativo può conoscere della legittimità dell'atto impugnato dal ricorrente, come sancito espressamente dall'art. 34, comma 2 del c.p.a.

Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM si connota come controllo di legittimità e non di merito. Tale controllo si estende, oltre alla verifica della conformità alla legge, anche all'accertamento dell'adeguatezza e completezza dell'istruttoria svolta dall'Autorità e della ragionevolezza delle valutazioni tecniche compiute, soprattutto quando queste ultime abbiano una forte componente economica. In questi casi, pur rispettando la discrezionalità tecnica riconosciuta all'AGCM, il giudice è chiamato a verificare che le determinazioni adottate non siano affette da errori manifesti o da valutazioni irragionevoli. L'art. 134, comma 1, lett. c) del c.p.a.[193] attribuisce al giudice amministrativo il potere di rideterminare le sanzioni nel *quantum* e, a tal fine, di procedere ad un'autonoma ricostruzione di fatti e di aspetti tecnici, ma non di sostituire il parametro valutativo impiegato e le relative valutazioni tecniche con le proprie[194]. In ragione di ciò, il giudice amministrativo dovrebbe limitarsi a verificare non già la correttezza del parametro prescelto dall'autorità e delle valutazioni tecniche che ne conseguono, bensì l'attendibilità e ragionevolezza del risultato derivante dall'applicazione del parametro e delle valutazioni già selezionati dall'Autorità in

complesso individuare se la situazione giuridica soggettiva che si intende tutelare con il ricorso abbia la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo), di evitare lunghe vicende processuali volte all'individuazione del giudice competente a pronunciarsi su una determinata domanda, nonché su diverse tipologie di domande (annullamento, accertamento e condanna), di scongiurare, infine, la possibilità di reiterarsi di più giudizi sulla medesima questione. Cfr. GHIDINI, FALCE. *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale 2/1999, pp. 321-322.

[193] L'art.134 del c.p.a., dispone che «il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto […] le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti».

[194] TRAVI. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023.

relazione alla fattispecie concreta[195]. Se, alla luce dell'applicazione degli stessi parametri valutativi usati dall'Autorità, l'accertamento compiuto risulta "inattendibile", il giudice procede all'annullamento o riforma del provvedimento, rideterminando l'importo dell'ammenda per garantire il rispetto del principio di proporzionalità[196]. Il sistema così delineato opera nel caso in cui l'impugnazione abbia ad oggetto un provvedimento applicativo sia della normativa *antitrust* nazionale, sia della disciplina europea[197].

Ritornando alla decisione di transazione nello specifico, un caso emblematico in cui, in astratto, potrebbe esserne contestata la legittimità si ha allorquando l'impresa risulti destinataria di un provvedimento che non rispecchi il contenuto della proposta di transazione (e/o della comunicazione degli addebiti) e, ai fini della sua adozione, non siano state ripristinate le garanzie difensive previste dalla disciplina del procedimento ordinario. Tale vizio potrebbe essere ricondotto alla violazione di legge (in questo caso procedimentale) e potrebbe essere fatto valere come motivo di annullamento del provvedimento.

Diversamente, risulterebbe particolarmente complesso contestare nel merito l'accertamento dell'illecito contenuto nella decisione di transazione. L'accettazione preliminare della comunicazione degli addebiti da parte dell'impresa coinvolta, infatti,

---

[195] «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità — come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza — detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini». Cit. Cass. sez. un. civ., 20 gennaio 2014, n. 1013.

[196] GHIDINI, FALCE. *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in "Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale" 2/1999, pp. 323. Sul punto si v. anche *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Jus, 1996, pp. 394-395, dove si afferma che il giudice amministrativo possa solo controllare la "correttezza" degli accertamenti di fatto e della applicazione della norma al fatto.

[197] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 27.

renderebbe difficoltosa qualsiasi contestazione relativa alla sussistenza dell'infrazione accertata dall'Autorità *antitrust*.

L'importo della sanzione, già ridotto in virtù dell'accordo transattivo, potrebbe invece essere oggetto di impugnazione soltanto nel caso in cui si riscontrino evidenti profili di illegittimità (tra cui, ad esempio, errori nella determinazione della sanzione o violazioni di norme procedurali che abbiano inficiato il diritto di difesa dell'impresa).

2.7.1. Rapporti con il *private enforcement*: l'utilizzo della decisione di transazione nei giudizi civili *follow-on*

Com'è noto, il sistema di diritto della concorrenza (sia italiano, sia europeo), poggia su un doppio binario applicativo, che si snoda tra i c.d. *public* e *private enforcement*.

Il *public enforcement* tutela gli interessi generali del mercato (e dunque in via mediata anche i soggetti economici che vi operano all'interno) ed è pertanto affidato ad Autorità pubbliche specializzate e deputate alla repressione degli illeciti *antitrust* (l'AGCM in Italia); viceversa, il *private enforcement* si fonda sull'iniziativa di privati (imprese e consumatori), i quali possono adire l'Autorità giudiziaria ordinaria[198] per ottenere la cessazione delle condotte illecite e richiedere il risarcimento danni eventualmente subiti.

[198] I privati, nella misura in cui siano lesi da un comportamento *contra legem* attuato da una società, possono agire in giudizio per: *a)* richiedere l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale e la sua inibizione; *b)* ottenere la dichiarazione di nullità di una condotta anticoncorrenziale; *c)* richiedere un provvedimento cautelare; *d)* ottenere il risarcimento dei danni subiti. Il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, ha modificato l'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, il quale attualmente dispone che per le controversie di cui all'art. 33, comma 2, della l. n. 287/1990, ossia le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV e quelle relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea sono inderogabilmente competenti le Sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli. Si *v. ex pluris*, GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2021, pp. 28-29. Non è tuttavia specificato se tale competenza per materia e valore trovi applicazione anche nel caso di risarcimento del danno qualora il consumatore faccia valere la responsabilità contrattuale.

Quantunque le due forme di tutela siano tra di loro sinergiche[199] — giacché, seppur tramite strumenti differenti, perseguono in sostanza i medesimi obiettivi — esse sono in realtà autonome, poiché non operano vincoli di pregiudizialità formale tra l'azione civile promossa dai privati e l'accertamento pubblicistico svolto dall'Autorità[200]. Da ciò discende che l'azione in sede civile può essere promossa sia a seguito di una decisione dell'AGCM o della Commissione (si avrà in tal caso un'azione cd. *follow-on*), sia a prescindere da qualsiasi pronuncia autoritativa (dunque tramite un'azione cd. *stand-alone*)[201].

Nel prosieguo ci si focalizzerà sulle azioni *follow-on* per il risarcimento del danno da illecito *antitrust* e, in particolare, sul valore all'interno del processo civile, della decisione dell'Autorità emanata al termine di un procedimento ordinario, nonché all'esito di una procedura di transazione.

Con riguardo all'accertamento contenuto nel provvedimento "ordinario" dell'Autorità di concorrenza (sia essa l'AGCM o Commissione) e nella eventuale decisione del giudice amministrativo che lo conferma o riforma, si ritiene che esso costituisca, in ragione dell'autorevolezza dell'organo da cui promana e degli strumenti e modalità di indagine impiegati dall'Autorità medesima, una prova particolarmente qualificata[202] all'interno dei procedimenti civili avviati ex art. 33, comma 2, l. 287/1990, volti al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale. Si parla a tal proposito di "prova privilegiata", locuzione sconosciuta al diritto positivo, coniata dalla giurisprudenza ed evolutasi

[199] Nella storica sentenza *Courage* della Corte di giustizia (20 settembre 2001, causa C- 453/99, *Courage Ltd*) in cui il giudice europeo ha sottolineato la necessità di assicurare piena effettività ai divieti *antitrust* anche attraverso l'esperimento di azioni civili da parte dei privati; cfr. anche *Sumitomo Chemical Co. Ltd. c. Commissione*, 8 luglio 2004, T-22/02 e T-23/02.

[200] Cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in cui la Suprema Corte ha escluso che la definitività dell'accertamento amministrativo, conseguita con la pronuncia del Consiglio di Stato, possa costituire pregiudiziale all'azione di danno ex art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990.

[201] DEL VESCOVO. *Il Danno da Illecito Antitrust Nella Disciplina del d. lgs. n. 3/2017.* Sapienza Legal Papers, n. 5/2016, p. 47; si v. anche MONTANARI. *Il danno antitrust*. Assago: Wolters Kluwer, 2019.

[202] GOLIA. *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di "prova privilegiata".* Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 2/2021, 379-410; cfr. CIORRA. *L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi follow on, in Rassegna avvocatura dello stato*, n. 2/2017, pp. 1-20.

all'interno di essa[203]. Le problematiche applicative derivanti dall'interpretazione del concetto di "prova privilegiata", volutamente generico e creato senza una precisa

[203] Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 — il quale, come si vedrà, ha introdotto significative innovazioni in materia — la Corte di Cassazione riconosceva che i provvedimenti dell'AGCM attestanti la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale fossero caratterizzati da "una elevata attitudine a provare" la condotta lesiva della concorrenza. Di conseguenza, a partire dal primo decennio del XXI secolo, la giurisprudenza ha elaborato la nozione di "prova privilegiata" per designare tale fenomeno. Un primo riferimento espresso a questa categoria concettuale si rinviene in Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, la quale ha affrontato il tema in relazione a un'intesa restrittiva della concorrenza, attuata mediante boicottaggio, con effetti distorsivi sul mercato, posta in essere da un'associazione di categoria di consulenti del lavoro ai danni di una società produttrice di software per l'elaborazione di paghe e contributi previdenziali La nozione di prova privilegiata ha trovato ampia applicazione nei numerosi giudizi risarcitori instaurati a seguito del provvedimento AGCM 28 luglio 2000, n. 8546, con il quale veniva sanzionato il cosiddetto "Cartello delle assicurazioni r.c. auto". Tuttavia, proprio in questo contesto sono emerse le prime criticità connesse all'uso della categoria e alle sue ricadute in termini di onere probatorio per le parti. Inizialmente, le prime pronunce che hanno coniato il concetto di prova privilegiata ne hanno al contempo circoscritto la portata, attribuendo al provvedimento amministrativo accertativo dell'infrazione anticoncorrenziale un'efficacia probatoria meramente presuntiva nel giudizio civile, rimessa al libero apprezzamento del giudice. Tale impostazione si fondava sulla piena (e pressoché totale) autonomia cognitiva dei due giudizi, per cui dinanzi al giudice civile era possibile rimettere in discussione ogni elemento dell'accertamento amministrativo, ivi compresa la stessa sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale. In altri termini, l'accertamento dell'Autorità garante assumeva nel processo civile il valore di una presunzione *iuris tantum*, il cui peso probatorio restava comunque subordinato alla prudente valutazione del giudice e risultava superabile mediante qualsiasi controprova ammessa dall'ordinamento. In dottrina si è parlato, a tale riguardo, di una "presunzione relativa impropria di formazione giurisprudenziale", il cui effetto si sostanzia in una mera *relevatio ad onere probandi*. Tale categoria rientra nell'ambito delle presunzioni di origine pretoria, formalmente distinte da quelle legali tipiche, la cui applicazione comporta una redistribuzione dell'onere della prova tra le parti, basata su considerazioni di equità sostanziale o, nei casi più problematici, di tipo giustizialista. L'obiettivo sotteso a tale impostazione era quello di riequilibrare la posizione processuale delle parti, facilitando l'accesso alla tutela risarcitoria per il soggetto danneggiato, considerato in una posizione di debolezza processuale. Sebbene la costruzione di tale presunzione su base giurisprudenziale non sia del tutto convincente sul piano teorico, essa è stata comunque percepita come un compromesso accettabile, volto a mitigare il rischio di una probatio diabolica gravante sull'attore, senza tuttavia compromettere l'autonomia cognitiva del giudice civile né il diritto di difesa dell'impresa convenuta. Tuttavia, in un'evoluzione successiva, la Corte di Cassazione ha ampliato il perimetro della prova privilegiata, fino al punto di sovvertire l'originaria impostazione. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che, nel giudizio civile, non è possibile rimettere in discussione le circostanze di fatto già accertate nel provvedimento amministrativo, impedendo così all'impresa convenuta di contestare l'esistenza della violazione sulla base degli stessi elementi probatori o delle medesime argomentazioni già disattese in sede procedimentale.

delimitazione concettuale, hanno condotto la dottrina a evidenziarne i limiti strutturali[204]. Essa, infatti, oscilla tra tentativi di riconduzione alle presunzioni[205] o alle prove atipiche[206], senza una chiara collocazione dogmatica. Attualmente, il valore probatorio dell'accertamento dell'Autorità garante non si riduce a un mero strumento presuntivo, bensì si traduce nella "cristallizzazione" della ricostruzione del fatto, la quale è vincolante anche per il giudice civile, salvo che la parte convenuta non offra una difesa fondata su argomentazioni e prove diverse da quelle già valutate dall'Autorità, ma si tratterebbe in tal caso di una *probatio diabolica*[207]. Questo orientamento giurisprudenziale, pur non privo di contraddizioni, ha determinato una quasi totale incontrovertibilità dell'accertamento amministrativo, nonostante l'assenza di una disposizione normativa che lo elevi espressamente a prova legale.

Per mitigare le incertezze relative alla vincolatività dell'accertamento dell'AGCM e della Commissione nel giudizio civile, è nel frattempo intervenuto il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, emanato in attuazione della delega conferita dalla l. 9 luglio 2015, n. 114, per il recepimento della direttiva 2014/104/UE (cd. Direttiva danni)[208].

L'art. 7 del decreto legislativo dispone che «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del

[204] NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 480; si *v.* anche GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, p. 49.

[205] Si fa riferimento al reiterato, ma in concreto privo di effettiva incidenza, richiamo alla facoltà di offrire una prova contraria da parte di quell'orientamento giurisprudenziale che, nella sostanza, impone il vincolo in esame.

[206] Cfr. Cass., 23 aprile 2014, n. 9116, che esclude possa assimilarsi la prova privilegiata a una prova legale, «essendo chiuso il numero dei casi in cui il giudice è vincolato alla valenza probatoria di un particolare elemento»; sembra ritenere, piuttosto, che essa sia riconducibile a una «presunzione *iuris tantum* o comunque a un elemento di prova fondato sulla teoria della c.d. prova atipica».

[207] Cfr. COMOGLIO, Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. *Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2017, p. 998 ss., spec. p. 1007, il quale rileva come già prima della Direttiva n. 2014/104/UE la giurisprudenza che affermava «l'impossibilità di dedurre in sede civile fatti nuovi in prova contraria all'accertamento compiuto dall'Autorità garante (con la sola eccezione di quelli incolpevolmente non dedotti) [...] induceva ad assimilare l'efficacia dei provvedimenti sanzionatori a quella del giudicato».

[208] La Direttiva ha esteso alle decisioni delle autorità nazionali quanto già prevedeva l'art. 16, Reg. (CE) n. 1 del 2003 per i provvedimenti emessi dalla Commissione europea.

diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»[209]. Lo stesso articolo precisa nel suo secondo comma che la particolare efficacia probatoria del provvedimento «riguarda la natura della violazione e la sua dimensione sotto i profili materiale, personale, temporale e territoriale, senza tuttavia estendersi al nesso di causalità e alla prova dell'esistenza del danno[210-211]». In tal

[209] Il comma 1 dell'art. 7 prosegue: «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno».

[210] A differenza dell'azione *stand-alone*, in cui il ricorrente deve provare, oltre al danno e al nesso di causalità, anche la violazione in tutti i suoi elementi. Cfr*.,* fra i vari*,* CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D. LG. 19 gennaio 2017, n. 3),* in Dir. Proc. Amm., 208, pp. 1207 ss.; GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativi*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2016, pp. 999 ss.; MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali* e CHIEPPA, *Coordination between Private and Public Antitrust Enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement* in BENACCHIO, CARPAGNANO (a cura di*), Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019; DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri,* in MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza,* Torino, 2017; NASCIMBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (direttiva 2014/14/*UE), in www.eurojus.it.

[211] V. anche Tribunale Milano, Sez. spec. in materia di imprese, 09/11/2015, n. 12547. La sentenza, pronunciata in materia di abuso di posizione dominante, afferma che l'efficacia probatoria "privilegiata" deve intendersi limitata all'accertamento della posizione rivestita sul mercato dalla società indagata, alla qualifica della sua posizione come dominante sul mercato di riferimento, alla sussistenza della condotta accertata e alla sua qualificazione come abuso della posizione dominante; non si estende all'accertamento degli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni (*id est*, il danno cagionato e il nesso di causalità). La *ratio* risiede nella possibilità che talune violazioni non siano immediatamente percepibili nei loro esatti confini (come accade ad esempio nel caso di intese segrete, o nel caso di violazioni cosiddette "lungolatenti", ossia fattispecie in cui la percezione del danno subito emerge solo a distanza di un significativo lasso temporale rispetto al momento in cui si è concretizzato il fatto storico). Per tale motivo, grava in ogni caso sull'attore, in qualità di danneggiato, l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza e la quantificazione del danno attuale, inteso come il pregiudizio sussistente al momento della proposizione della domanda giudiziale, non già al momento dell'accertamento dell'Autorità garante (e nel corso dell'eventuale giudizio di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo). Questa stessa argomentazione consente di spiegare perché l'attore, col trascorrere del tempo, possa acquisire consapevolezza del fatto che il

modo, il legislatore ha inteso rafforzare l'efficacia dell'accertamento amministrativo, pur lasciando margini di valutazione discrezionale al giudice civile in relazione ai profili eziologici e risarcitori della fattispecie in esame[212].

Per quanto concerne, invece, le decisioni di transazione, ci si domanda se queste abbiano efficacia vincolante, ovvero meramente probatoria (e siano quindi soggette al libero apprezzamento del giudice) nei giudizi *follow-on*. Per rispondere al quesito, si guarderà a pronunce di giudici italiani fondate su decisioni di transazione della Commissione, non avendo l'AGCM, ad oggi[213], emanato sue proprie decisioni di transazione.

Per gli scopi della nostra trattazione, ci si riferirà ad alcune sentenze riconducibili alla cd. "saga degli autocarri"[214] (che sarà approfondita in seguito, nel paragrafo ad essa dedicato, cfr. *infra* par. 3.3.3.). Dinanzi al Tribunale delle imprese di Milano[215], la società costruttrice IVECO sosteneva che le decisioni adottate dalla Commissione Europea all'esito di una procedura di *settlement* non potessero *tout court* ritenersi automaticamente vincolanti per il giudice chiamato a pronunciarsi sull'azione risarcitoria, in quanto assunte in presunta violazione delle garanzie difensive sancite dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, con particolare riferimento agli artt. 47 e 48, par. 2. Tuttavia, i giudici investiti della questione hanno rigettato l'eccezione, rilevando come il procedimento delineato nella Comunicazione sulla transazione, illustrato nel primo capitolo (cfr. *supra* parr. 1.3.1. e segg.), non comporti alcuna compressione o limitazione del diritto di difesa delle imprese coinvolte nel cartello, le quali hanno volontariamente aderito alla proposta di transazione formulata dalla Commissione, nella piena consapevolezza dello sconto di sanzione derivante. Al contrario, tale meccanismo procedurale garantisce l'effettivo esercizio del diritto di difesa e il rispetto delle garanzie

pregiudizio subito sia riconducibile a una violazione non previamente accertata dall'Autorità antitrust, ovvero a una condotta illecita di portata più ampia rispetto a quella oggetto di accertamento. In tal caso, il danneggiato potrà tentare di fornire adeguata dimostrazione del nesso eziologico tra l'infrazione e il danno subito nel corso del giudizio.

[212] MUSCOLO. *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust* in Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa, n. 2/2017, pp. 391-410.

[213] Aggiornamento a: marzo 2025.

[214] LOPOPOLO. *Trucks cartel: un nuovo capitolo tutto italiano* in Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2021; MUSCOLO. *Implications of commitments, settlements & confidential information for courts,* AECLJ Hague Conference, 21st Annual Meeting, L'Aia 15-17 giugno 2023.

[215] Tribunale delle imprese di Milano, sentenza del 4 ottobre 2018, n. 9759.

del giusto processo sancite dall'art. 6 CEDU, concludendosi con una decisione adottata ai sensi degli artt. 7 e 23 del Reg. (CE) n. 1/2003. In ragione di ciò, anche la decisione resa nell'ambito di un *settlement*, adottata con il consenso e la piena collaborazione delle imprese cartelliste, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 16 del Reg. (CE) n. 1/2003[216] ha valore di prova privilegiata e risulta pertanto vincolante per il giudice nazionale nei limiti dell'accertamento della violazione e, in particolare, con riguardo alla natura dell'infrazione, alla sua portata materiale, soggettiva, temporale e territoriale. Anche in questo caso, la vincolatività non si estende alla sussistenza del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale e il danno, né alla quantificazione[217] dello stesso, come previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017.

La Cassazione si è recentemente pronunciata sul punto[218], in sede di ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello che aveva confermato la decisione del Tribunale di Milano. Quest'ultima, a sua volta, aveva respinto l'eccezione sollevata da IVECO in merito alla pretesa non vincolatività delle decisioni adottate dalla Commissione nell'ambito di una procedura di *settlement*. La Corte d'appello, pur aprendo alla possibilità (in astratto) di mettere in discussione il valore vincolante di tali decisioni, ha in ogni caso fondato il proprio giudizio circa l'esistenza dell'illecito concorrenziale su altri elementi. La Suprema Corte ha chiarito che, a prescindere dalla questione relativa alla vincolatività della decisione di *settlement*, la violazione *antitrust* riscontrata dalla Commissione europea deve ritenersi comunque accertata nel giudizio civile. Tale conclusione

[216] La norma, espressione del principio sancito dalla giurisprudenza europea nella sentenza *Masterfoods* (C. giust. UE, 14 dicembre 2000, C-344/98 parr. 56 e 57), dispone che «un giudice nazionale, quando si pronuncia su un accordo o pratica, non ancora oggetto di decisione da parte della Commissione, ma che può esserlo, deve evitare di adottare pronunce incompatibili con una decisione che la Commissione intende adottare per l'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria. A fortiori i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado».

[217] Tale considerazione assume ulteriore rilievo se si tiene presente che l'efficacia vincolante della decisione della Commissione non esclude il potere-dovere del giudice nazionale di rigettare la domanda risarcitoria qualora, ad esempio, venga accertata l'intervenuta prescrizione del diritto, oppure emerga che l'intesa, sebbene qualificata come restrittiva per oggetto, non abbia prodotto effetti anticoncorrenziali, o ancora che il danno lamentato non sia causalmente riconducibile alla violazione accertata.

[218] Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232.

discenderebbe, tuttavia, dalla condotta processuale tenuta dalla parte, la quale è liberamente valutabile dal giudice ex art. 116, comma 2 del c.p.c., poiché questa non aveva contestato gli addebiti formulati dalla Commissione durante il procedimento *antitrust* né successivamente in sede di giudizio di merito. La mancata contestazione di fatti specifici determina infatti, secondo l'art. 115 c.p.c., la loro implicita ammissione ed esonera la controparte dall'onere probatorio. Pertanto, anche qualora si escludesse a priori la vincolatività della decisione della Commissione, il giudice nazionale può valorizzare tale accertamento, salvo che emergano prove contrarie.

Alla luce di quanto affermato finora, l'unico elemento distintivo tra le decisioni adottate all'esito di un procedimento ordinario e quelle emesse nell'ambito di una procedura di *settlement* atterrebbe esclusivamente al profilo formale. Infatti, queste ultime sono redatte in forma semplificata e sintetica, coerentemente con gli obiettivi di efficienza e celerità che caratterizzano il meccanismo transattivo delineato dalla Commissione europea.

I soggetti danneggiati traggono evidente vantaggio dalla rapidità con cui viene adottata la decisione di transazione, potendo beneficiare dei suoi effetti in sede civile senza dover attendere i tempi più lunghi, necessari per l'adozione di una decisione di accertamento all'esito di un procedimento ordinario. Tuttavia, in senso opposto, poiché la decisione resa nell'ambito di un *settlement* è caratterizzata da una struttura semplificata, oltre a non contenere riferimenti agli effetti potenzialmente distorsivi dell'illecito, risulta anche meno analitica sotto il profilo fattuale rispetto alle decisioni ordinarie[219]. Generalmente, tale decisione omette qualsiasi menzione a circostanze fattuali rilevanti, quali eventuali incontri tra le parti, discussioni concernenti la fissazione dei prezzi o la ripartizione del mercato. Ciò comporta inevitabili conseguenze in termini di assolvimento dell'onere probatorio in capo all'attore, nonché con riferimento alla possibilità per quest'ultimo di avanzare istanza per ottenere un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.
Qualora l'attore non disponga di informazioni essenziali relative ai fatti controversi, l'accertamento e la quantificazione del danno subito risulteranno, inevitabilmente, ancor

[219] D'ALBERTI. Le decisioni con *settlement* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement,* Dizionario Sistematico della Concorrenza (a cura di Lorenzo F. Pace), Jovene Editore, 2013, pp. 388-396.

più complessi[220]. Tuttavia, nelle ipotesi di *settlement* ibrido, le criticità appena delineata si attenuano. Infatti, il danneggiato può avvalersi della decisione di accertamento, adottata a seguito di procedimento ordinario nei confronti della parte o delle parti che hanno deciso di non aderire alla procedura di *settlement*. Tale decisione, strutturata in modo più approfondito sotto il profilo fattuale, rappresenta un elemento probatorio di rilevante ausilio per l'attore[221].

Nei casi in cui il procedimento *antitrust* abbia natura ibrida, la decisione di transazione non potrà essere usata in sede civile nei confronti delle imprese che hanno scelto di non avvalersi del *settlement*. Al contrario, contro queste ultime potrà essere utilizzata la decisione ordinaria della Commissione di cui siano dirette destinatarie.

2.7.2. (Segue). Limiti alla divulgazione dei documenti del fascicolo istruttorio

Per chiudere il quadro, si esaminerà il regime di utilizzabilità nel giudizio civile delle informazioni scambiate dall'impresa con l'Autorità nel corso del procedimento *antitrust*.

Nell'ambito delle procedure di transazione, infatti, il regime di riservatezza delle informazioni fornite all'Autorità assume una rilevanza centrale: se dichiarazioni contenenti elementi di prova potenzialmente autoincriminanti — quali quelle rese nell'ambito di proposte di transazione — fossero divulgate, si determinerebbe un disincentivo per le imprese a cooperare con l'Autorità[222]. Difatti, la possibile

[220] MUSCOLO, «*Public e private enforcement* (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in *20 Anni di Antitrust*, RABITTI BEDOGNI, BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, pp. 1015 e segg.

[221] D'ALBERTI. *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement,* Dizionario Sistematico della Concorrenza (a cura di Lorenzo F. Pace), Jovene Editore, 2013, p. 395.

[222] Considerando 26, Direttiva 2014/104/UE, cit.: «I programmi di clemenza e le procedure di transazione sono strumenti importanti per l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza dell'Unione, poiché contribuiscono ad individuare e perseguire efficacemente e sanzionare le violazioni più gravi di tali norme. Inoltre, poiché molte decisioni delle Autorità garanti della concorrenza nei casi riguardanti cartelli si basano su richieste di clemenza e le azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli sono in genere successive a tali decisioni, i

divulgazione a scopo probatorio delle ammissioni rese da coloro che partecipano alla procedura di transazione[223] può avere un effetto negativo sulla qualità delle loro dichiarazioni o addirittura dissuadere coloro che abbiano commesso un'infrazione dal "cooperare" con l'Autorità. Per le imprese (o i loro amministratori e dirigenti) sussisterebbe infatti il rischio che dall'adesione alla procedura di transazione derivi una responsabilità più grave rispetto agli altri coautori della violazione che, nell'ambito del medesimo procedimento, abbiano scelto di non ricorrere al *settlement*.

Al fine di preservare l'efficacia dello strumento transattivo la Direttiva danni, insieme al decreto legislativo attuativo n. 3/2017 (noto come "Decreto danni")[224], sanciscono un peculiare regime di riservatezza avente ad oggetto prove e informazioni scambiate nel corso del procedimento *antitrust* e, segnatamente, nel corso del procedimento di transazione[225]: l'assetto giuridico si articola nella previsione di tre categorie di

programmi di clemenza sono importanti anche per assicurare l'efficacia delle azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli. Le imprese potrebbero essere dissuase dal collaborare con le Autorità garanti della concorrenza nell'ambito di programmi di clemenza e di procedure di transazione se dichiarazioni contenenti prove autoincriminanti, quali le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione predisposte soltanto ai fini della collaborazione con le Autorità garanti della concorrenza venissero divulgate. Tale divulgazione comporterebbe il rischio di esporre le imprese che collaborano o il loro personale con funzioni di amministrazione o direzione a responsabilità civile o penale a condizioni peggiori di quelle dei coautori della violazione che non collaborano con le Autorità garanti della concorrenza. Per garantire che le imprese continuino ad essere disposte a rivolgersi volontariamente alle Autorità garanti della concorrenza presentando dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, è opportuno che tali documenti siano esclusi dall'ordine della divulgazione delle prove. Tale esclusione dovrebbe altresì applicarsi alle citazioni letterali di una dichiarazione legata a un programma di clemenza o di una proposta di transazione contenute in altri documenti. Tali limitazioni quanto alla divulgazione delle prove non dovrebbero impedire alle Autorità garanti della concorrenza di pubblicare le loro decisioni conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile. Per assicurare che tale deroga non interferisca in modo indebito con il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati, essa dovrebbe essere circoscritta alle suddette dichiarazioni volontarie e autoincriminanti legate a un programma di clemenza e a proposte di transazione».

[223] Le medesime argomentazioni sostengono il principio di riservatezza delle informazioni rese dalle imprese che partecipano al programma di clemenza.

[224] La disciplina posta dalla Direttiva danni è stata recepita puntualmente dal decreto legislativo n. 3/2017; non sussistono differenze sostanziali tra le due normative, l'unica divergenza è di carattere meramente formale, giacché la disciplina europea utilizza il termine "divulgazione" mentre la disciplina interna adotta il termine "esibizione".

[225] Considerando 25, Direttiva 2014/104/UE cit.: «Una deroga dovrebbe inoltre applicarsi con riguardo ad ogni divulgazione che, laddove concessa, interferisca in modo indebito con un'indagine in corso

informazioni, le cd. *black list*, *grey list* e *white list,* soggette ad una diversa disciplina di ostensione al giudice civile[226], con l'obiettivo di prevenire abusi e utilizzi impropri delle informazioni sensibili, garantendo al contempo un adeguato equilibrio tra l'interesse privato alla tutela risarcitoria e l'interesse pubblico all'efficacia dell'*enforcement antitrust.*

La *black list*, disciplinata al par. 6 dell'art. 6 della Direttiva danni e recepita dall'art. 4, comma 6 del Decreto danni, individua quelle informazioni la cui divulgazione (esibizione) è assolutamente preclusa in ogni circostanza. In tale categoria rientrano le proposte di transazione, in ragione della loro natura altamente sensibile e della necessità di preservare l'efficacia degli strumenti di enforcement delle Autorità *antitrust*. La riservatezza di tali documenti è infatti essenziale per garantire la collaborazione delle

da parte di un'Autorità garante della concorrenza in merito ad una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale. Le informazioni preparate da un'Autorità garante della concorrenza nel corso di un suo procedimento d'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale e trasmesse alle parti di tale procedimento (come una comunicazione degli addebiti) oppure preparate da una parte del procedimento (come le risposte alle richieste di informazioni dell'Autorità garante della concorrenza o le deposizioni testimoniali) dovrebbero quindi essere divulgabili, nelle azioni per il risarcimento del danno, solo dopo che l'Autorità garante della concorrenza abbia chiuso il procedimento, ad esempio adottando una decisione a norma dell'articolo 5 o a norma del capitolo III del Regolamento (CE) n. 1/2003, ad eccezione delle decisioni che dispongono misure cautelari».

Considerando 27, Direttiva 2014/104/UE: «Le norme della presente direttiva in materia di divulgazione di documenti diversi dalle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e dalle proposte di transazione garantiscono che i soggetti danneggiati mantengano mezzi alternativi sufficienti per avere accesso alle pertinenti prove necessarie ad esperire le loro azioni per il risarcimento del danno. I giudici nazionali dovrebbero avere la possibilità, su richiesta dell'attore, di accedere essi stessi a documenti per i quali è invocata la deroga al fine di verificare se il loro contenuto esuli dalle definizioni di dichiarazione legata a un programma di clemenza e di proposta di transazione previste dalla presente direttiva. Qualsiasi contenuto che vada oltre tali definizioni dovrebbe essere divulgabile alle condizioni stabilite».

Considerando 24, Direttiva 2014/104/UE cit.: «La presente direttiva non pregiudica il diritto dei giudici di considerare, a norma del diritto dell'Unione o nazionale, l'interesse all'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza allorquando ordinano la divulgazione di prove di qualsiasi tipo, diverse dalle dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza e dalle proposte di transazione».

[226] AL MUREDEN, BASTIANON, CASOLARI, DAL POZZO, DE PAMPHILIS, DI FEDERICO, FERRARO, FRATEA, SCHEPISI. *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* (a cura di) Pietro Manzini, Giappichelli, 2017.

imprese con le autorità di concorrenza, evitando che il rischio di divulgazione possa disincentivare il ricorso all'istituto della transazione.

Diversamente, la *gray list*, prevista all'art. 6, par. 5 della Direttiva danni e recepita dall'art. 4, comma 4 del Decreto danni, comprende quelle prove il cui accesso è soggetto a un divieto temporaneo, che perdura fino alla conclusione del procedimento dell'Autorità garante. In tale categoria rientrano, *ex pluris*, i documenti redatti specificamente dalle parti per il procedimento dell'Autorità, le comunicazioni scambiate tra l'Autorità e le parti nell'ambito dell'istruttoria e, soprattutto, le proposte di transazione che sono state ritirate. La *ratio* di questa limitazione risiede nell'esigenza di evitare che l'accesso anticipato a tali informazioni possa compromettere lo svolgimento delle indagini e influenzare negativamente l'efficacia dell'azione pubblica di *enforcement*.

Infine, *la white list* assume carattere residuale e comprende tutte le prove che non rientrano nelle due categorie precedenti, ai sensi dell'art. 9 della Direttiva danni e dell'art. 4, comma 6 del Decreto danni. In particolare, possono essere oggetto di divulgazione — anche prima della conclusione del procedimento *antitrust* — quelle prove che esistevano indipendentemente dal procedimento dinanzi all'Autorità, come documenti aziendali preesistenti o altre tipologie di elementi probatori già disponibili alle parti[227].

A completamento del quadro normativo, è introdotta un'ulteriore limitazione, stabilendo che le prove ottenute unicamente grazie all'accesso ai fascicoli delle Autorità garanti della concorrenza non possono essere utilizzate in procedimenti civili diversi da quello per cui sono state richieste, come sancito dall'art. 7 della Direttiva danni e dall'art. 5, comma 4 del Decreto danni.

Queste limitazioni all'accesso agli atti del procedimento transattivo rendono più difficoltoso, dal lato dei danneggiati, il vittorioso esperimento dell'azione civile. Tale circostanza, unita all'impossibilità di fare affidamento su una decisione articolata e dettagliata dell'Autorità, potrebbe tradursi in un significativo disincentivo

[227] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, 2023, Giappichelli, capitolo VI, par. 10.

all'instaurazione di azioni per il risarcimento dei danni dinanzi al giudice civile, incidendo negativamente sull'effettività della tutela giurisdizionale dei soggetti lesi[228].

Per contro, si rileva che le parti del procedimento di transazione possono utilizzare *pro se* le informazioni ottenute mediante l'accesso al fascicolo del procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 31-*ter*, comma 2, della legge n. 287/1990[229]. La norma dispone che l'accesso a dichiarazioni legate alle proposte di transazione è concesso solo alle parti oggetto del relativo procedimento e unicamente ai fini dell'esercizio dei loro diritti di difesa nei procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria, solo qualora tali procedimenti, in particolare in sede civile, siano collegati al caso per il quale è stato concesso l'accesso e riguardino la ripartizione tra i partecipanti al cartello della sanzione imposta loro in solido dall'Autorità[230]. Per quanto concerne le informazioni contenute nelle proposte di transazione che siano state ritirate, queste possono essere utilizzate nel giudizio civile dai soggetti e per i soli fini indicati poc'anzi, purché il procedimento *antitrust* si sia concluso nei confronti di tutte le parti coinvolte nel medesimo caso.

2.8. Considerazioni conclusive: la convenienza della transazione

In questa sede ci si interrogherà sulla misura in cui risulti vantaggioso per le imprese scegliere di concludere una transazione con l'Autorità[231].

Da un lato, il *settlement* consente di ottenere una riduzione dell'ammenda. Ragionando in termini astratti (cioè, senza volersi addentrare nelle molteplici sfaccettature che il caso concreto possa avere), si deve tener conto che nelle transazioni in materia di cartelli segreti, la riduzione applicabile è limitata al 10%, risultando pertanto di impatto

[228] D'ALBERTI. Le decisioni con *settlement* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement,* Dizionario Sistematico della Concorrenza (a cura di Lorenzo F. Pace), Jovene Editore, 2013, p. 395.
[229] Articolo introdotto dal D.lgs. n. 185/2021.
[230] La norma permette l'accesso a tali informazioni anche ai fini dell'impugnazione del provvedimento finale dinanzi al giudice amministrativo. In questa sede, tuttavia, si tratta dell'utilizzo di tali informazioni nel contesto dei giudizi civili.
[231] Le riflessioni che seguiranno si applicano anche alle ipotesi di *settlement* con la Commissione europea.

contenuto. Per le altre violazioni la riduzione della sanzione è pari al 20%, configurandosi come un incentivo più consistente e dunque meritevole di maggiore considerazione da parte delle imprese coinvolte. Va altresì evidenziato che, anche nei procedimenti per cartelli segreti, il beneficio derivante dalla transazione può essere incrementato qualora l'impresa abbia collaborato ulteriormente con l'Autorità garante della concorrenza: dal momento che la procedura di *settlement* è compatibile con il programma di clemenza, si potranno cumulare le riduzioni della sanzione conseguenti all'applicazione di entrambi gli istituti. La possibilità di accorpare tali benefici rafforza, dunque, l'attrattività della transazione per le imprese che intendano ridurre l'impatto economico delle sanzioni *antitrust*.

Sotto un diverso profilo, occorre considerare attentamente che l'impatto economico derivante dall'accertamento non si esaurisce nella sola sanzione pecuniaria: la riduzione dell'ammenda che segue alla transazione può non si tradursi in un vantaggio apprezzabile per l'impresa qualora questa debba far fronte ad azioni risarcitorie. Il rischio risulta ancor più elevato nell'eventualità di *class actions*[232], che potrebbero determinare un onere finanziario ben superiore al beneficio derivante dalla riduzione della sanzione ottenuta con la transazione.

Vi sono poi ulteriori fattori rilevanti da esaminare nel valutare della convenienza del *settlement* nel caso di specie.

Con il *settlement* l'impresa può esporsi anche a rischi ulteriori: nei casi di *bid rigging*, per esempio, espone alla possibilità di estromissione da future gare pubbliche nel medesimo settore merceologico oggetto di accertamento[233].

[232] AFFERNI. *Azione di classe e danno antitrust, in* Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2010, pp. 493-494.

[233] Cfr. sul punto ANAC, Linee Guida n. 6 — Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, c. 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, una volta che sia stata già accertata la responsabilità per illecito *antitrust*, vi potrebbe essere la possibilità di esporsi a sanzioni più elevate in una futura istruttoria, data l'applicabilità dell'aggravante della recidiva prevista dalle Linee Guida sanzionatorie.

L'interesse alla celerità dell'accertamento rappresenta un elemento di rilievo da considerare. Uno studio condotto in materia[234] ha analizzato la durata dei procedimenti per cartello in ambito europeo prima e dopo l'introduzione della procedura di transazione, evidenziando che un procedimento ordinario dinanzi alla Commissione ha una durata media di circa 52 mesi, pur con variazioni legate alla complessità del caso e al livello di cooperazione delle parti coinvolte. Con l'introduzione del *settlement*, tuttavia, si è registrata una riduzione della durata media di circa 13,5 mesi, con un significativo risparmio di risorse nella fase compresa tra la notifica della comunicazione degli addebiti e l'adozione della decisione finale. Alla luce di tali considerazioni, appare ragionevole ipotizzare che anche l'Autorità garante, avvalendosi del meccanismo della transazione, possa conseguire una sensibile riduzione dei tempi di conclusione del caso rispetto all'*iter ordinario*, in proporzione quantomeno analoga a quella osservata in ambito europeo.

Nel calcolo delle tempistiche in cui l'impresa condannata è esposta al rischio delle conseguenze sfavorevoli dell'accertamento dell'illecito si devono considerare anche i tempi in cui si può essere destinatari di azioni di risarcimento in sede civile. Per quanto concerne la prescrizione dell'azione per il risarcimento del danno da illecito *antitrust* il termine è di cinque anni e decorre dal momento in cui il danneggiato ha avuto conoscenza sufficiente della condotta illecita e del danno subito[235], come disposto dall'art. 10 della Direttiva UE 2014/104 e dell'art. 8 del d.lgs. n. 3 del 2017. Qualora nel frattempo venga proposta impugnazione avverso la decisione dell'Autorità, l'operatività della sospensione del termine di prescrizione per tutta la durata del relativo giudizio comporterebbe un

[234] HÜSCHELRATH, LAITENBERGER. *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation*, Journal of Antitrust Enforcement, n. 5/2017, pp. 471-473; i dati sono stati raccolti nel periodo 2010-2014, in base a un campione totale di 82 casi per cartello, di cui 70 conclusi con procedimento ordinario e 12 conclusi con *settlement*.
[235] LOPOPOLO. *Trucks cartel: un nuovo capitolo tutto italiano* in Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2021, pp. 595-599.

prolungamento dell'incertezza giuridica per l'impresa sanzionata, esponendola al rischio di azioni risarcitorie per un arco temporale significativamente esteso.

Un ulteriore aspetto meritevole di attenzione riguarda il fatto che l'ordinamento non riconosce alla parte alcun diritto di accedere alla procedura di transazione[236]: l'effettiva sottoposizione alla procedura *de qua* è subordinata al fatto che l'Autorità abbia — discrezionalmente — invitato la parte a partecipare a discussioni in vista di una futura transazione e anche in questa ipotesi nulla vieterebbe all'AGCM, alla luce delle evidenze acquisite, di abbandonare la transazione e procedere secondo le modalità ordinarie. Oltretutto, è nelle prerogative dell'Autorità adottare una decisione che si discosti dalle conclusioni indicate nella comunicazione delle risultanze istruttorie, anche nel caso in cui tali risultanze coincidano con la proposta formale di transazione avanzata da una delle parti. Tale impostazione si riflette in maniera particolarmente evidente nei procedimenti che coinvolgono una pluralità di imprese e che possono assumere una configurazione ibrida. In questi casi, qualora alcune imprese decidano di non aderire alla transazione, l'Autorità non è vincolata a proseguire la procedura transattiva nei confronti delle altre, potendo ritenere più conveniente — in ragione della finalità deflattiva dell'istituto — procedere secondo le forme ordinarie nei confronti di tutte le parti coinvolte[237].

Ciò evidenzia come l'istituto ex art. 14-*quater* della legge n. 287/1990 non sia stato concepito come uno strumento di tutela per i soggetti sottoposti al procedimento *antitrust*, quanto piuttosto un mezzo per favore l'efficientamento procedurale, a beneficio prevalente — se non esclusivo — dell'Autorità. Dal lato dell'AGCM, il sistema così delineato garantirebbe — in via generale — una riduzione del possibile contenzioso e una più efficiente allocazione delle risorse, che potrebbero essere redistribuite su più casi.

---

[236] Sugli elementi che intervengono nella scelta dell'impresa di aderire o meno al *settlement* (ed ancor prima della Commissione di proporlo) ed i possibili svantaggi che da tale scelta possono derivare, si v. D'ALBERTI. *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, pp. 392-394. Si noti che le considerazioni esposte dall'autore muovono dall'analisi del procedimento dinanzi alla Commissione europea. Stante la quasi identità del procedimento, possono essere applicate anche al procedimento dinanzi all'AGCM.

[237] ASSONIME, *Risposta a Consultazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287, n. 7/2023*.

Secondo il parere di chi scrive, tuttavia, il beneficio del risparmio delle risorse, da parte dell'AGCM, apparrebbe più contenuto rispetto a quanto si verifica nei procedimenti dinanzi alla Commissione europea. Questa differenza è riconducibile alla diversa portata delle infrazioni trattate (sia in termini di mercato territoriale rilevante, che in termini di vendite interessate), nonché alla complessità procedurale che caratterizza i procedimenti europei, i quali spesso coinvolgono un numero maggiore di parti e richiedono la traduzione di documenti, l'impiego di interpreti per lo svolgimento delle audizioni orali e un'accurata epurazione di centinaia di documenti da informazioni riservate per consentirne l'accesso alle parti.

Ne consegue che, sebbene il risparmio di risorse nel singolo procedimento avanti all'AGCM sia relativamente limitato, su un numero consistente di casi l'istituto della transazione potrebbe comunque generare un vantaggio significativo, contribuendo al rafforzamento complessivo del sistema di *public enforcement*. Si auspica quindi che l'AGCM, forte del fatto di poter adottare la procedura anche in casi diversi dai cartelli, ricorra più spesso a questa procedura semplificata.

CAPITOLO III

RAPPORTI CON ALTRI ISTITUTI DI COLLABORAZIONE DELLE IMPRESE

* ○○○ *

SOMMARIO — 3.1. Premessa — 3.2. Istituti a confronto: procedura di transazione e programma di clemenza — 3.3.1. Compatibilità della procedura di transazione con il programma di clemenza — 3.3.2. (Segue). Il Caso AT.40547: Stirene Monomero — 3.3.3. (Segue). Il Caso AT.39824: Autocarri — 3.3.4. (Segue). Il Caso AT.40636: SNBB — 3.4. Istituti a confronto: transazione e impegni — 3.5.1. Compatibilità della procedura di transazione con l'istituto degli impegni — 3.5.2. (Segue). Il Caso AT.39759: Preclusione del mercato da parte di ARA — 3.5.3. (Segue). Il Caso AT.40134: AB InBev, Restrizioni al Commercio della birra.

3.1. Premessa

La transazione potrebbe essere ricompresa nel novero degli istituti di "collaborazione" delle imprese con l'Autorità *antitrust* (sia essa l'AGCM o la Commissione europea). Ciò si deve al fatto che il provvedimento finale non viene imposto dall'Autorità in modo del tutto autoritativo: come affermato a più riprese nel corso dell'elaborato, l'essenza del *settlement* risiede nell'apporto fornito dall'impresa soggetta a istruttoria, che contribuisce alla definizione dell'accertamento e della misura sanzionatoria attraverso un confronto diretto con l'Autorità. Come "ricompensa" per il riconoscimento della violazione *antitrust*, nonché dell'ammissione della responsabilità per tale violazione, le imprese ottengono una riduzione dell'ammenda, fissata in misura differente dalla disciplina interna e dalla disciplina comunitaria in ragione del tipo di illecito per cui si procede.

Accanto alla transazione, vi sono altri istituti che valorizzano e incentivano la collaborazione delle imprese con l'Autorità, prevedendo, a fronte della cooperazione

prestata, una significativa riduzione della sanzione o la chiusura del procedimento senza che esso conduca all'accertamento. Tra questi figurano il programma di clemenza e la chiusura anticipata del procedimento con accettazione degli impegni.

Il presente capitolo si propone di analizzare gli elementi distintivi di suddetti strumenti, evidenziandone i punti di contatto e le differenze con l'istituto della transazione. Sarà altresì oggetto di indagine la loro eventuale compatibilità con il *settlement* all'interno di un medesimo procedimento. A tal fine, si procederà a un esame della normativa nazionale ed europea di riferimento, nonché della prassi applicativa sinora sviluppata. In particolare, si prenderanno in considerazione i precedenti della Commissione europea, la quale ha maturato un'esperienza consolidata nell'implementazione del *settlement* con gli altri istituti di collaborazione delle imprese, fornendo un possibile modello per la futura applicazione di tale strumento in Italia, dove l'AGCM non ha, ad oggi, ancora applicato la procedura *de qua*.

3.2. Istituti a confronto: procedura di transazione e programma di clemenza

I programmi di clemenza (noti anche come programmi di trattamento favorevole o *leniency programmes*) costituiscono un efficace strumento di contrasto ai cartelli segreti e, in effetti, la prassi comunitaria dimostra che la maggior parte dei cartelli segreti oggetto di indagine da parte della Commissione viene disvelata grazie all'adesione delle imprese a tali programmi[238]. L'istituto in esame è finalizzato a incentivare le imprese coinvolte in intese illecite a collaborare attivamente con l'Autorità competente — sia essa l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o la Commissione europea — fornendo informazioni determinanti per l'accertamento dell'illecito. In particolare, le imprese possono rivelare spontaneamente l'esistenza del cartello mediante una dichiarazione autoincriminante ovvero presentare nuove prove che consentano di accertare singoli aspetti della violazione. In cambio, l'ordinamento permette alle imprese di beneficiare

[238] GULLO. *Commento a L. 10 ottobre 1990, n.287 (art.15-bis, 15-septies)*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 906-925.

dell'esenzione totale o di una riduzione significativa della sanzione pecuniaria prevista[239]. L'effetto di tali programmi è quello di indebolire il rapporto fiduciario esistente tra i partecipanti al cartello, disgregando la coesione interna all'intesa, con l'obiettivo ultimo di indurre i cartellisti a defezionare e permettere, così, il ripristino di un regime di concorrenza effettiva tra le imprese coinvolte[240].

Già da una prima osservazione emerge come il programma di clemenza presenti significative affinità, nonché talune differenze, rispetto alla procedura di transazione: questi aspetti saranno oggetto di esame in questo paragrafo. Si precisa, altresì, che le considerazioni che seguono riguardano gli istituti nella loro configurazione generale e prescindono dalle specificità procedurali previste dalla normativa dell'Unione europea e dall'ordinamento interno[241]. Di conseguenza, esse troveranno applicazione sia con riferimento ai procedimenti condotti dalla Commissione europea, sia a quelli di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

a) *Ratio degli istituti*

Il programma di clemenza e la procedura di transazione rappresentano strumenti fondamentali per l'applicazione pubblicistica del diritto della concorrenza, poiché consentono di individuare, perseguire e sanzionare efficacemente le violazioni più gravi della normativa *antitrust*. Entrambi gli istituti mirano a ottenere una dichiarazione di responsabilità dalle imprese coinvolte in illeciti, inducendole alla collaborazione con l'Autorità, tuttavia, pur condividendo questa finalità, sottendono delle *rationes* differenti. Il programma di clemenza è volto a incentivare le imprese partecipanti a cartelli segreti a denunciare l'illecito mediante una dichiarazione autoincriminante e a collaborare attivamente con l'Autorità in cambio

[239] GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in AA.VV., *Governo dell'impresa, del mercato e delle regole, scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, 869.

[240] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, terza edizione, Giappichelli, 2023, capitolo VI, paragrafo 10.

[241] A livello europeo la fonte di riferimento della relativa disciplina è la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità delle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, dell'8 dicembre 2006; in ambito interno le fonti di riferimento sono gli artt. 15-*bis* e segg. della legge n. 287/1990 e la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (Delibera AGCM n. 16472 del 15 febbraio 2007, modificata da ultimo in data 31 luglio 2013).

della non applicazione o della riduzione significativa delle sanzioni, ingenerando una corsa virtuosa al ravvedimento[242]. La sua *ratio* è quella di minare il rapporto fiduciario tra i membri del cartello, disincentivando *ex ante* la formazione di intese e introducendo un elemento di instabilità nei cartelli esistenti[243]. Questo spiega la ragione per cui la *leniency* non trovi applicazione per condotte unilaterali (come gli abusi di posizione dominante), mancando in queste la dinamica cooperativa[244].

La procedura di transazione, invece, persegue obiettivi differenti e mira principalmente a garantire un risparmio di risorse amministrative e a ridurre il rischio di impugnazioni del provvedimento finale.

Poiché i due strumenti perseguono scopi distinti, qualora un'impresa beneficiaria del programma di clemenza acceda anche alla procedura di transazione, la riduzione della sanzione derivante da quest'ultima può sommarsi a quella già concessa nell'ambito della clemenza.

b) *Modalità di collaborazione dell'impresa con l'Autorità*

L'accesso al programma di clemenza avviene tramite un'apposita richiesta e presuppone un'ammissione esplicita e circostanziata di responsabilità in relazione all'illecito specificamente individuato. In particolare, l'impresa deve denunciare l'esistenza di un cartello sconosciuto all'Autorità oppure fornire informazioni che altrimenti l'Autorità non avrebbe potuto acquisire autonomamente. La cooperazione richiesta all'impresa richiedente consiste nel fornire spontaneamente all'Autorità tutti gli elementi di prova e le informazioni rilevanti nel modo più tempestivo e completo possibile[245]. Non è necessario che l'impresa fornisca la totalità degli elementi probatori idonei a dimostrare ogni dettaglio dell'intesa illecita, ma è sufficiente che offra prove determinanti — anche se non

[242] WILS. *The Use of Leniency in Eu Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years*, World Competition: Law and economics Review, vol. 39, n. 3, 2016, p. 338.

[243] VATIERO. *I programmi di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, Concorrenza e mercato, n. 16/2008, pp. 439-440.

[244] MELI. *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, Mercato Concorrenza Regole, n. 2/2007, p. 201.

[245] Si veda la sentenza della CGUE del 24 giugno 2015, *Fresh Del Monte Produce Inc. v. Commission*, C-293/13 P e C-294/13 P.

autonomamente sufficienti — a fondare una comunicazione degli addebiti o una decisione definitiva[246].

Nella procedura di transazione, l'impresa non rivela l'esistenza dell'illecito, ma, soltanto dopo che l'Autorità abbia già avviato delle indagini in autonomia, collabora per accelerare la conclusione del procedimento. In questo contesto, la cooperazione consiste nella rinuncia a contestare le allegazioni dell'Autorità, nel riconoscimento dell'esistenza dell'illecito (già individuato, quantomeno in via presuntiva, dall'Autorità), nell'ammissione della propria responsabilità in relazione a tale illecito e nell'accettazione preventiva della sanzione che si prevede possa essere applicata. In ragione della partecipazione attiva dell'impresa al procedimento, è possibile addivenire a un accertamento in tempi più rapidi.

c) *La "ricompensa" per la collaborazione con l'Autorità*

Nell'ambito del programma di clemenza, l'Autorità può concedere l'immunità totale dalle sanzioni qualora un'impresa, soddisfatte le condizioni generali previste dalla relativa disciplina[247], denunci la propria partecipazione a un cartello segreto e fornisca, per prima, elementi probatori idonei a consentire all'Autorità di effettuare un accertamento ispettivo mirato o, in alternativa, di constatare l'infrazione in assenza di prove già sufficienti[248]. Il criterio temporale assume dunque un ruolo determinante nell'accesso all'immunità, giacché il beneficio dell'immunità dalla sanzione spetta solo all'impresa che per prima (tra le partecipanti al medesimo cartello) abbia trasmesso le prove rilevanti. A tal fine, le Autorità di concorrenza a livello nazionale ed europeo hanno adottato un "sistema di prenotazione" (cd. *marker*) che consente di stabilire l'ordine di priorità delle domande. Nei casi in cui l'immunità non sia più ottenibile, è prevista una significativa riduzione delle

[246] CGUE 3 settembre 2009, *Papierfabrik*, cause riunite C-322/07P, C-327/ 07P e C-338/07; CGUE 9 luglio 2009, *Archer Daniels*, C-511/06.

[247] Nell'ambito dei procedimenti condotti dall'AGCM, la disciplina applicabile è quella dell'art.15-*quater*; per quanto concerne i procedimenti condotti dalla Commissione europea, la norma di riferimento è il Punto 12 della Comunicazione della Commissione sul trattamento favorevole.

[248] Nell'ambito dei procedimenti condotti dall'AGCM, la disciplina applicabile è quella dell'art.15-*bis*, comma 3 della legge 287; per quanto concerne i procedimenti condotti dalla Commissione europea, le norme di riferimento sono i Punti 8, 9, 10, 11 della Comunicazione della Commissione sul trattamento favorevole.

sanzioni per le imprese che, pur non avendo collaborate per prime, abbiano rivelato la propria partecipazione al cartello e fornito elementi probatori di valore aggiunto rispetto a quelli già acquisiti dall'Autorità. Sarà quest'ultima a valutare se tali elementi siano atti a completare, integrare o chiarire il quadro probatorio esistente[249]. Anche in questo caso, a seconda dell'ordine di "arrivo" nell'accesso al programma di clemenza, le imprese possono ottenere una riduzione della sanzione altrimenti applicabile, in misura di regola non superiore al 50%[250].

Mediante la transazione, le imprese aderenti beneficiano di una riduzione della sanzione nella misura del 10% rispetto all'importo altrimenti applicabile qualora il procedimento riguardi un cartello e si svolga dinanzi alla Commissione. Se il procedimento si svolge dinanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la riduzione della sanzione è pari al 10% in caso di cartello segreto e al 20% negli altri casi di illeciti *antitrust*.

d) *Conseguenze sul contenzioso*

In entrambi i casi, la collaborazione delle imprese con l'Autorità, dovrebbe comportare, quantomeno in astratto, una riduzione dei provvedimenti finali di accertamento della violazione.

e) *Rapporti con il private enforcement*

La scelta di aderire al programma di clemenza, sebbene comporti significativi benefici sul versante del *public enforcement*, espone l'impresa richiedente a un rischio maggiore sul piano del *private enforcement*. L'ammissione della propria partecipazione a un'intesa illecita, infatti, può costituire una prova "privilegiata" (cfr. *supra*, par. 2.7) nelle eventuali azioni risarcitorie intentate da soggetti danneggiati, quali consumatori o utilizzatori finali. Al fine di bilanciare l'esigenza di riservatezza del *leniency applicant* con il diritto di accesso alle prove da parte dei

[249] Nell'ambito dei procedimenti condotti dall'AGCM, la disciplina applicabile è quella dell'art. 15-*ter* legge n. 287/1990; per quanto concerne i procedimenti condotti dalla Commissione europea, le norme di riferimento sono i Punti 23, 24, 25, 26 della Comunicazione della Commissione sul trattamento favorevole.

[250] Comunicazione AGCM sul Programma di Clemenza, Punto 4; Comunicazione della Commissione sul trattamento favorevole, Punto 26.

soggetti lesi, la Direttiva (UE) n. 2014/104 e il d.lgs. n. 3/2017 hanno introdotto disposizioni volte sia a incentivare l'adesione ai programmi di clemenza sia ad accrescere il successo delle azioni dei privati in sede civile. Tra queste, rileva in particolare la distinzione dei documenti potenzialmente interessati dalla richiesta di accesso in tre categorie, ciascuna delle quali corrispondente a un diverso grado di protezione, in funzione della loro rilevanza e sensibilità[251]. Tali disposizioni si applicano anche alle decisioni di transazione adottate dall'AGCM e dalla Commissione Europea, configurando un impianto normativo volto a preservare la riservatezza delle imprese collaboranti. La disciplina applicabile ad entrambi gli istituti è quella già illustrata all'interno del capitolo precedente (cfr. *supra*, par. 2.7.1.).

f) *Ambito di applicazione oggettivo*

L'accesso al programma di clemenza è riservato alle imprese che abbiano preso parte a cartelli segreti[252], tale limitazione è giustificata dalla gravità di questa tipologia di illecito e, soprattutto, con la maggiore difficoltà per le autorità di concorrenza di individuare e perseguire le condotte.

Quanto alla procedura di transazione, il suo ambito di applicazione oggettivo varia tra il contesto europeo e il contesto nazionale. A livello comunitario, essa è limitata ai soli casi di cartello, essendo invece esclusa per ogni altro illecito *antitrust*. A livello interno, invece, può trovare applicazione in tutti i procedimenti avviati per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonché degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990, dunque in relazione a qualsiasi tipologia di intesa o di abuso di posizione dominante.

g) *Rilevanza dell'accertamento ai fini della recidiva*

[251] CASSINIS. *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, Dizionario sistematico della Concorrenza, Jovene, 2013, pp. 397-399.

[252] Sul punto, la Comunicazione dell'AGCM chiarisce che, sebbene restrizioni diverse dai cartelli segreti – come accordi verticali o alcune forme di intese orizzontali – risultino generalmente più agevoli da individuare e investigare, non si può escludere l'applicazione del trattamento favorevole anche a queste tipologie di accordi.

Per quanto concerne la recidiva, la partecipazione al programma di clemenza e la conseguente decisione dell'Autorità sono rilevanti. In caso di violazioni successive, l'Autorità potrebbe considerare precedenti infrazioni accertate, anche se sanzionate in misura ridotta o non sanzionate grazie al programma di clemenza, come circostanze aggravanti ai fini della determinazione della sanzione. Questo perché l'obiettivo principale del programma di clemenza è incentivare le imprese a denunciare le intese illecite; ciò non elimina la responsabilità per le infrazioni commesse.

Anche una decisione di accertamento resa dall'Autorità all'esito della procedura di transazione può essere tenuta in considerazione ai fini dell'applicazione dell'aggravante della recidiva in un procedimento successivo.

Tenendo conto degli elementi fin qui analizzati, le imprese devono valutare caso per caso l'opportunità di aderire al *settlement*, alla *leniency* o a entrambi, in funzione di specifici obiettivi strategici.

Sebbene la transazione consenta una riduzione dell'ammenda, la *leniency* può risultare più conveniente, poiché offre la possibilità di ottenere una riduzione ben più ampia, fino all'esenzione totale nel caso in cui siano integrati i requisiti per l'immunità. Tuttavia, l'adesione al programma di clemenza implica, da parte dell'impresa, il rilascio di una dichiarazione autoincriminante all'Autorità, assicurando che questa venga a conoscenza dell'illecito, delle sue caratteristiche, nonché del coinvolgimento dell'impresa. In tale prospettiva, potrebbe rivelarsi strategico attendere l'eventuale avvio di un'indagine da parte dell'Autorità e poi optare per il *settlement*, ove possibile.

Va sottolineato, infine, che le due procedure non si escludono a vicenda: *leniency* e *settlement* sono compatibili. Pertanto, qualora si richieda una riduzione dell'ammenda (escludendo l'ipotesi dell'immunità, rispetto alla quale il beneficio sarebbe superfluo) tramite il programma di trattamento favorevole, sarà possibile accedere anche alla transazione e giovarsi, così, di un doppio sconto sulla sanzione.

3.3.1. Compatibilità della procedura di transazione con il programma di clemenza

Nel corso di questo elaborato è stato più volte evidenziato come il programma di clemenza e l'istituto della transazione siano tra di loro compatibili. Per l'impresa che abbia già presentato domanda di accesso al programma di clemenza e abbia, quindi, già ammesso la propria partecipazione ad un illecito grave, la procedura di *settlement* può rappresentare l'opportunità di ottenere un'ulteriore riduzione della sanzione.

Nel proseguo si andrà ad analizzare in che misura i due istituti siano compatibili ed entro quali limiti, andando ad analizzare la disciplina del procedimento posta dalla normativa nazionale e dalla normativa comunitaria.

Iniziando con l'analisi della procedura interna, si andrà a guardare la normativa posta dalla Comunicazione AGCM sulla transazione[253].

L'interpretazione del punto 7 della Comunicazione sulla transazione suggerisce che le imprese non possano beneficiare dell'immunità (di cui all'art. 15-*bis* della legge n. 287/1990) prevista dal programma di clemenza una volta ricevuta la comunicazione di cui al punto 4 della medesima Comunicazione[254], ossia l'invito dell'AGCM a partecipare alle discussioni di transazione. Dopo tale invito, infatti, l'accesso alla clemenza risulta precluso. In altri termini, il fatto che l'Autorità abbia preso contatto con l'impresa con lo scopo di sondarne l'interesse verso discussioni bilaterali in vista di una transazione, postula l'idoneità delle evidenze documentali fino a quel momento raccolte ai fini della prova dell'infrazione. Ne consegue che l'impresa, qualora intenda ottenere il beneficio dell'immunità, debba prima presentare domanda di accesso al programma di clemenza e,

[253] Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottata dall'AGCM con delibera del 16 maggio 2023, n. 30629.

[254] Il punto 4 della Comunicazione AGCM sulla transazione dispone che «Qualora l'Autorità ritenga che il procedimento possa, in linea di principio, rivelarsi idoneo ad essere definito con una transazione, essa invita per iscritto le parti nei confronti delle quali intende muovere degli addebiti a manifestare il proprio interesse a partecipare alle discussioni in vista dell'eventuale transazione entro un termine non inferiore a 15 giorni. Tale comunicazione può intervenire in ogni fase del procedimento, fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie».

solo dopo, sperare di essere invitata dall'Autorità a partecipare alle discussioni per il *settlement*. Ciò, in ragione del fatto che l'impresa non può richiedere di accedere al *settlement*: ai sensi del punto 2 della Comunicazione sulla transazione, l'iniziativa di procedere alla verifica dell'interesse alla transazione spetta esclusivamente all'AGCM, essendo, dunque, irricevibile una richiesta di transazione presentata prima dell'invito dell'Autorità.

Resta comunque possibile, laddove ne ricorrano i presupposti, ottenere una riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15-*ter* della legge 287/90, purché la richiesta sia presentata entro il termine fissato nel punto 4, ossia entro il termine — fissato dall'Autorità e comunque non inferiore a 15 giorni — entro cui le imprese sono tenute a rispondere all'invito di partecipare alle discussioni di transazione[255].

Seguendo questo ragionamento, nella misura in cui l'accesso al programma di clemenza si basi sulla presentazione prove determinanti ai fini dell'accertamento di taluni aspetti di un cartello segreto già scoperto dall'AGCM — e non sulla denuncia della sua esistenza — si potrebbe ammettere un diverso ordine procedurale: dapprima l'adesione al *settlement* su invito dell'Autorità, in seguito la richiesta di accesso al programma di clemenza.

Anche nei procedimenti dinanzi alla Commissione europea, qualora le imprese coinvolte forniscano una collaborazione che soddisfi i requisiti per l'accesso sia al programma di clemenza sia alla procedura di transazione, tale cooperazione può essere ricompensata in modo cumulativo. Al fine di determinare in che misura siano compatibili *leniency* e *settlement*, occorre fare riferimento alla Comunicazione della Commissione sulla transazione[256].

La norma di riferimento è il punto 13 della Comunicazione sulla transazione, il quale prevede che la Commissione possa decidere di non prendere in considerazione le richieste

[255] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, terza edizione, Giappichelli, 2023, capitolo 6, paragrafo 9.
[256] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli.

di immunità o di riduzione delle ammende presentate ai sensi della Comunicazione sul trattamento favorevole, qualora queste siano state avanzate dopo la scadenza del termine indicato al punto 11 della Comunicazione sul *settlement*[257]. Ci si riferisce il termine — non inferiore a due settimane — entro cui le parti, su invito della Commissione, possono dichiarare per iscritto di essere disposte a partecipare a discussioni in vista di una transazione.

Nel contesto europeo, il rapporto tra il programma di clemenza e la procedura di *settlement* appare maggiormente flessibile rispetto al sistema interno. Infatti, la richiesta di accesso alla transazione successivamente a quella di *leniency* non presenta criticità, poiché il procedimento europeo consente alle imprese di manifestare autonomamente l'intenzione di aderire alla transazione, senza che sia necessario un invito preventivo da parte dell'Autorità.
Inoltre, nell'ipotesi in cui un'impresa presenti prima la richiesta di accesso al *settlement* e successivamente alla *leniency*, la Commissione mantiene la facoltà di non prendere in considerazione le richieste di clemenza avanzate dopo la scadenza del termine richiesto per manifestare interesse verso la transazione. Tuttavia, tale previsione non configura una preclusione assoluta, lasciando spazio a una valutazione discrezionale da parte della Commissione[258].

A titolo esemplificativo, di seguito saranno trattate alcune significative decisioni adottate dalla Commissione in materia di cartelli, all'esito di procedimenti in cui le parti hanno avuto accesso al programma di clemenza e, contestualmente, al *settlement*.

[257] «Qualora ritenga opportuno sondare l'interesse delle parti ad avviare discussioni di transazione, la Commissione fissa un termine non inferiore a due settimane, ai sensi dell'articolo 10-*bis*, paragrafo 1, e dell'articolo 17, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 773/2004, entro il quale le parti dello stesso procedimento devono dichiarare per iscritto se sono disposte a partecipare a discussioni per giungere a una transazione in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione in una fase successiva», cit. Comunicazione della Commissione sulla transazione, punto 11.
[258] A questa conclusione si giunge tramite l'interpretazione della locuzione "può non prendere in considerazione" di cui al punto 13 della Comunicazione della Commissione sulla transazione e riferita alle richieste di immunità o di riduzione delle ammende che siano state presentate dopo la scadenza del termine di cui al punto 11.

3.3.2. (Segue). Il Caso AT.40547: Stirene Monomero

Si è optato per la trattazione del seguente caso in considerazione della gravità delle violazioni riscontrate, alle quali è seguita l'irrogazione di sanzioni pecuniarie di rilevante entità. In casi come questo, in cui l'infrazione ha una portata significativa, il ricorso allo strumento della transazione — nonché, a maggior ragione, della *leniency* — risulta particolarmente vantaggioso, in quanto consente di beneficiare di significative riduzioni delle sanzioni. Sebbene le percentuali di riduzione restino invariate, l'elevato ammontare delle ammende di base rende comunque conveniente l'adesione a tali procedure, garantendo un'attenuazione rilevante dell'impatto economico della sanzione.

Per quanto concerne il caso di specie, nel 2022 la Commissione europea ha inflitto alle società Sunpor, Synbra, Synthomer, Synthos e Trinseo[259] un'ammenda totale pari a Euro 157 milioni per la loro partecipazione a un cartello per gli acquisti di stirene monomero sul mercato commerciale.

Lo stirene monomero, noto anche come "stirene", è un prodotto chimico intermedio che non ha di per sé alcun uso finale, ma funge da componente essenziale per altri prodotti chimici, quali plastiche, gomme, resine e lattici, usati a loro volta in un'ampia gamma di produzioni. Più precisamente, il prodotto oggetto della decisione è lo stirene monomero che viene acquistato sul mercato libero: si esclude dunque lo stirene prodotto per essere utilizzato dagli stessi produttori per il proprio consumo. Questo materiale è venduto sul mercato per la consegna immediata, oppure (più di frequente) in forza di contratti di fornitura a lungo termine: in quest'ultimo caso, al fine di stabilire un prezzo equo e

[259] Più precisamente, le imprese interessate, nonché destinatarie della decisione, sono i soggetti giuridici facenti parte delle società di seguito elencate:
a) Ineos Limited, Ineos Europe AG, INOVYN Enterprises Limited e Ineos Styrolution UK Limited (congiuntamente denominate "Ineos");
b) Synthomer Deutschland GmbH, Synthomer UK Limited e Synthomer plc (congiuntamente denominate "Synthomer");
c) Trinseo PLC e Trinseo Europe GmbH (congiuntamente denominate "Trinseo");
d) Synbra Holding B.V. e BEWI RAW B.V. (congiuntamente denominate "Synbra");
e) O.N. Sunde AS e SUNPOR Kunststoff Gesellschaft m.b.H (congiuntamente denominate "Sunpor");
f) Synthos S.A., Synthos Styrenics Services B.V. e Black Forest SICAV-SIF (congiuntamente denominate "Synthos").

contrastare la volatilità dei prezzi dello stirene, i contratti di fornitura a lungo termine vigenti nel SEE[260] possono contenere un riferimento al prezzo contrattuale mensile dello stirene[261]; questo non è un prezzo fisso, ma si determina tramite l'applicazione di una formula *ad hoc* applicata a detti contratti. Per stabilire il prezzo contrattuale mensile della fornitura per il mese venturo è necessario che due diverse coppie di fornitori e acquirenti raggiungano due accordi bilaterali distinti ma identici.

Dunque, di regola, a inizio di ogni mese gli acquirenti svolgono trattative con i venditori con i quali hanno stipulato un contratto di fornitura a lungo termine; le trattative sono condotte in coppia, ognuna indipendentemente e separatamente dalle altre coppie.

Quando una coppia acquirente/fornitore ha raggiunto un accordo sul livello auspicato di prezzo contrattuale mensile dello stirene, il risultato della negoziazione bilaterale è comunicato alla *reporting agency* ICIS (Independent Commodity Intelligence Services), quale parere di tale specifica coppia acquirente/venditore concernente l'adeguato prezzo contrattuale mensile dello stirene per il mese a venire. Quando anche un'altra coppia conclude e comunica a ICIS una transazione bilaterale con un prezzo identico, tale prezzo viene poi reso noto da ICIS e viene usato quale prezzo contrattuale mensile valido per il mese successivo.

Nel caso di specie, le imprese interessate avevano posto in essere scambi bilaterali e multilaterali di informazioni commercialmente sensibili e avevano coordinato tra loro il prezzo contrattuale mensile relativo agli acquisti di sirene nel SEE, considerato un elemento essenziale del prezzo negli acquisti del prodotto in questione. L'obiettivo dell'intesa era coordinare e influenzare le trattative sul prezzo contrattuale mensile dello stirene, affinché da tale allineamento gli acquirenti potessero ottenere a proprio vantaggio un prezzo inferiore. Dunque, anziché definire la loro strategia commerciale in materia di prezzo contrattuale mensile dello stirene in via autonoma, le parti avevano valutato congiuntamente le tendenze del mercato e avevano coordinato il loro comportamento mediante contatti bilaterali e multilaterali (prima e durante la fase di determinazione del

[260] I contratti «a lungo termine» hanno di norma una durata pari o superiore a un anno.

[261] Gli acquisti di stirene che non contengono un riferimento al prezzo contrattuale mensile dello stirene bensì ad altri sistemi di determinazione dei prezzi, come quello gestito da [...], non rientrano nel caso in oggetto.

prezzo contrattuale mensile dello stirene), così alterando il regolare andamento del mercato.

Per quanto concerne l'estensione dell'infrazione, essa aveva interessato l'intero territorio del SEE[262] e si era protratta dal 1 maggio 2012 al 30 giugno 2018.

Il caso ha preso inizio da una domanda di trattamento favorevole presentata dalla società Ineos nel settembre 2017, con riferimento a contatti collusivi di cui l'impresa era parte insieme ad altri importanti acquirenti di stirene nel SEE. Sulla base di questa domanda, nel giugno 2018 la Commissione ha svolto accertamenti a sorpresa presso le sedi di Synthomer, Sunpor e Synthos e ha contestualmente inviato a Trinseo e a Synbra una richiesta di informazioni. In ragione di ciò, tutti i cartellisti — fatta eccezione per Synbra — hanno presentato una domanda di immunità e, in via subordinata, di riduzione dell'ammenda ai sensi della Comunicazione sul trattamento favorevole del 2006.

Il 17 luglio 2020 la Commissione ha avviato un procedimento ai sensi dell'articolo 2, par. 1 del Reg. (CE) n. 773/2004 nei confronti delle parti, allo scopo di avviare con le imprese delle discussioni in vista di una transazione. In seguito, tutte le imprese interessate hanno presentato le rispettive proposte formali di transazione ai sensi dell'articolo 10-*bis*, par. 2 del Reg, (CE) n. 773/2004.

Con decisione formale del 29 novembre 2022, la Commissione ha accertato l'esistenza di un'infrazione unica e continuata dell'articolo 101 TFUE, infliggendo alle parti transigenti le relative sanzioni pecuniarie, determinate in funzione delle specificità delle condotte adottate da ciascuna impresa.

Nel determinare l'ammontare delle ammende, la Commissione ha applicato gli Orientamenti sul calcolo delle sanzioni del 2006[263]. Alla luce del fatto che il caso in

[262] Ai fini della decisione, per SEE si intendono i 27 Stati membri dell'Unione europea e il Regno Unito, nonché l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia. Di conseguenza, tutti i riferimenti al SEE contenuti nella presente decisione si estendono anche al Regno Unito.

[263] Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003.

oggetto riguarda un cartello di acquisto, le sanzioni sono stata calcolate tenendo conto del valore degli acquisti, non delle vendite. Inoltre, poiché il cartello nel caso in oggetto è un cartello di acquisto, è improbabile che il valore degli acquisti sia di per sé un parametro adeguato a rispecchiare la rilevanza economica dell'infrazione; pertanto, la Commissione ha applicato un aumento delle ammende pari al 10 % nei confronti di tutte le parti.

La Commissione altresì la riduzione prevista nell'ambito del trattamento favorevole, in considerazione delle informazioni fornite dalle imprese nel corso del procedimento. Le ammende inflitte a ciascuna delle parti sono state poi ridotte del 10 % in applicazione della Comunicazione concernente la transazione: tale riduzione è stata aggiunta a quanto concesso a titolo di trattamento favorevole[264].

Ammende comminate alle imprese che hanno partecipato al *settlement*

Società	Riduzione a norma della Comunicazione sul trattamento favorevole	Riduzione a norma della Comunicazione concernente la transazione	Ammenda (EUR)
INEOS	100%	10%	0
Synthos	40%	10%	32 505 000
Sunpor	30%	10%	31 720 000
Trinseo	20%	10%	32 621 000
Synthomer	10%	10%	43 011 000
Synbra	-	10%	17 215 000
Totale	-	-	157 072 000

Tabella 2. Ammende comminate alle imprese che hanno partecipato al settlement[265].

3.3.3. (Segue). Il Caso AT.39824: Autocarri

[264] Decisione della Commissione europea sul caso AT.40547 — *Stirene Monomero*, disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202330/AT_40547_9160373_2598_8.pdf.
[265] Tabella tratta dal Comunicato stampa della Commissione europea, IP/22/7168.

Si è deciso di approfondire l'analisi di questo celebre caso concernente l'accertamento di un longevo cartello segreto attuato tra i principali produttori europei di autocarri, in ragione della peculiare rilevanza che esso ha rivestito sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo economico. Il procedimento avviato in tale contesto si è contraddistinto per l'applicazione congiunta di due strumenti di primaria importanza nell'ambito del diritto *antitrust*: il programma di clemenza e la procedura di transazione, entrambi finalizzati a incentivare la collaborazione delle imprese coinvolte e a garantire un'efficace repressione in ambito di cartelli. Inoltre, questa vicenda si è conclusa con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria di eccezionale entità, pari a Euro 2,9 miliardi, e ha dato origine a una complessa e significativa "saga" giudiziaria che ha visto il coinvolgimento delle corti nazionali di numerosi Stati membri dell'Unione europea, riflettendo l'ampia portata e le implicazioni transnazionali del caso[266].

L'indagine ha avuto inizio nel 2010 a seguito della richiesta di immunità presentata dalla società inglese MAN, ai sensi della Comunicazione sul trattamento favorevole. Di conseguenza, tra il 18 e il 21 gennaio 2011, la Commissione ha effettuato accertamenti presso le sedi di diversi produttori di autocarri. In seguito a tali verifiche, Volvo/Renault, seguita da Daimler e Iveco, ha presentato una domanda di riduzione dell'importo delle ammende, chiedendo l'accesso al *leniency programme*.

Nel 2014 la Commissione ha formalmente avviato un procedimento ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 1/2003 nei confronti di Scania, DAF, Iveco, Daimler, MAN, Volvo/Renault e ha successivamente notificato loro una comunicazione degli addebiti. Dopo tale notificazione, le imprese destinatarie hanno preso contatto con la Commissione in via informale, manifestando l'intenzione di voler proseguire il caso

[266] La decisione è destinata alle seguenti società:
a) MAN SE, MAN Truck & Bus AG, MAN Truck & Bus Deutschland GmbH (di seguito "MAN");
b) Daimler AG (di seguito "Daimler");
c) Fiat Chrysler Automobiles N.V., CNH Industrial N.V., Iveco SpA, Iveco Magirus AG (di seguito denominate congiuntamente "Iveco");
d) AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB, Renault Trucks SAS, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH (di seguito denominate congiuntamente "Volvo/Renault");
e) PACCAR Inc., DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF Trucks N.V., DAF (di seguito denominate congiuntamente "DAF").

nel quadro della procedura di transazione. Con la conferma da parte di tutti i soggetti interessati della disponibilità a negoziare un *settlement*, la Commissione ha disposto l'adozione di tale procedura.
In seguito, tutte le parti coinvolte, ad eccezione di Scania, hanno presentato alla Commissione una richiesta formale di transazione ai sensi dell'articolo 10-*bis*, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione.

A questo punto la Commissione ha proceduto ad accertare l'esistenza di un cartello segreto, illecito il quale aveva interessato l'intero territorio del SEE per quattordici anni, dal 1997 al 2011 L'intesa in questione aveva ad oggetto la fissazione e l'incremento dei prezzi lordi degli autocarri medi e pesanti, nonché la definizione delle tempistiche e delle modalità di trasferimento dei costi legati all'introduzione di tecnologie a basse emissioni richieste dalla normativa EURO 3 e successive.

Nella determinazione delle sanzioni, la Commissione ha applicato gli Orientamenti per il calcolo delle ammende del 2006,[267]imponendo sanzioni a tutte le imprese coinvolte, ad eccezione di MAN, che ha ottenuto la completa immunità per aver denunciato l'esistenza del cartello segreto nell'ambito del programma di trattamento favorevole.
La determinazione dell'importo delle ammende ha tenuto conto delle vendite pertinenti di autocarri medi e pesanti nel SEE nell'ultimo anno di infrazione, della gravità della violazione, della durata dell'intesa e della quota di mercato detenuta dai soggetti coinvolti. Inoltre, la Commissione ha previsto un importo supplementare volto a dissuadere le imprese dall'adottare condotte di coordinamento dei prezzi.[268]
Per quanto concerne le altre imprese che hanno avuto accesso al programma di *leniency*, le riduzioni delle ammende sono state concesse come segue: Volvo/Renault ha beneficiato di una riduzione del 40%, Daimler del 30% e Iveco del 10%. Inoltre, tutte le

[267] Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003.
[268] LAINA, BOGDANOV. *The EU cartel settlement procedure: latest developments*, Journal of European Competition Law & Practice, 2017, Vol. 8, No. 5, p. 338.

imprese coinvolte nella procedura di transazione hanno ottenuto una riduzione ulteriore del 10%[269].

Come anticipato, il procedimento de quo ha assunto natura ibrida. La società svedese Scania, infatti, aveva scelto di non concludere un *settlement* con la Commissione, a differenza delle altre cinque parti coinvolte nel cartello degli autocarri. Di conseguenza, l'istruttoria della Commissione nei confronti di Scania è stata condotta secondo le forme ordinarie e ha portato, al termine dell'accertamento, all'irrogazione di un'ammenda parti a Euro 880 milioni nei confronti di Scania[270].

Società	Riduzione a norma della Comunicazione sul trattamento favorevole	Riduzione a norma della Comunicazione concernente la transazione	Ammenda (EUR)
MAN	100%	10%	0
Volvo/ Renault	40%	10%	670 448 000
Daimier	30%	10%	1 008 766 000
Iveco	10%	10%	494 606 000
DAF		10%	752 679 000
Totale			2 926 499 000

Tabella 3. Ammende comminate alle imprese che hanno partecipato al settlement[271].

3.3.4. (Segue). Il Caso AT.40636: SNBB

La decisione in esame, pronunciata nel 2023, riguarda il primo caso di cartello farmaceutico attuato all'interno dell'Unione europea, protrattosi per circa quattordici anni, dal 2005 al 2019[272].

[269] Decisione della Commissione europea sul caso AT.39824 — *Trucks*, disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8750_4.pdf
[270] Decisione C(2017) 6467 final.
[271] Tabella tratta dal Comunicato stampa della Commissione europea, IP/16/2582.
[272] Più precisamente, le imprese interessate, nonché destinatarie della decisione, sono le società di seguito elencate:
a) Alkaloids of Australia Pty. Limited (di seguito "Alkaloids of Australia");

L’intesa illecita, posta in essere tra i produttori di N-butilbromuro di scopolamina/joscina (di seguito “SNBB”), si è concretizzata attraverso contatti bilaterali e multilaterali finalizzati alla fissazione dei prezzi di vendita e alla ripartizione delle quote di mercato a livello globale per tale principio attivo, essenziale per la produzione del farmaco Buscopan e delle sue versioni generiche.

L’accordo aveva lo scopo di coordinare e determinare il prezzo minimo di vendita di SNBB per i clienti, ossia distributori e produttori di farmaci generici, nonché di ripartire le quote di mercato tra i partecipanti al cartello, al fine di stabilizzare il prezzo globale ed evitare ribassi. I produttori di SNBB avevano concordato i loro comportamenti concorrenziali attraverso contatti multilaterali e bilaterali aventi ad oggetto:

a) la fissazione del prezzo minimo di vendita di SNBB applicato ai clienti;

b) la ripartizione delle quote annuali tra i produttori di SNBB;

c) lo scambio di informazioni commercialmente sensibili, incluse le previsioni di approvvigionamento delle materie prime, la situazione dell’offerta e l’andamento dei volumi di produzione.

L’indagine ha preso avvio nel 2019, a seguito di una richiesta di immunità presentata dalla società C-squared PHARMA S.à r.l. (di seguito “C2 PHARMA”) ai sensi della comunicazione sul trattamento favorevole. Le investigazioni della Commissione hanno rivelato l’esistenza di un’infrazione unica e continuata che era stata attuata per quattordici anni all’interno dello Spazio economico europeo e alla quale avevano partecipato sette imprese, alcune produttrici, altre distributrici di SNBB.

---

b) Alkaloids Corporation (di seguito “Alkaloids Corporation”);
c) Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG, Boehringer Ingelheim GmbH e C.H. Boehringer Sohn AG & Co. KG, in solido (di seguito denominate congiuntamente “Boehringer”);
d) C-squared PHARMA S.à r.l. (di seguito “C2 Pharma”);
e) Linnea SA, Schwabe Extracta GmbH & Co. KG e Ipsen S.A., in solido (di seguito denominate congiuntamente “Linnea”);
f) Transo-Pharm Handels-GmbH e Transo-Pharm Holding-AG, in solido (di seguito denominate congiuntamente “Transo-Pharm”).

Successivamente, anche le società Transo-Pharm e Linnea hanno presentato richiesta di accesso al programma di trattamento favorevole, seguendo l'esempio di C2 Pharma.

Nell'ottobre 2021 la Commissione ha formalmente avviato un procedimento nei confronti di tutte le imprese coinvolte, con l'obiettivo di avviare con esse delle discussioni in vista di una futura transazione. All'esito di dette discussioni, tutte le imprese, ad eccezione di una, hanno presentato una richiesta formale di transazione ai sensi dell'articolo 10-*bis*, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 773/2004. Nei confronti dell'impresa che non ha aderito alla procedura di transazione, la Commissione ha proseguito secondo le forme ordinarie, dando luogo ad un procedimento ibrido.

Con riguardo alle imprese transigenti, la Commissione ha accertato l'infrazione, tenendo conto della durata e della gravità della condotta in concreto posta in essere dalla singola impresa. Il calcolo delle ammende è stato effettuato in base agli Orientamenti del 2006[273], valutando la media annuale delle vendite di SNBB nello Spazio economico europeo, il modello commerciale adottato dai distributori e la differenza tra prezzo di acquisto e di vendita del prodotto.

La Commissione ha inoltre considerato il fatto che le intese si configurano, per natura, tra le restrizioni più dannose della concorrenza e ha pertanto aggiunto all'ammenda un importo supplementare per dissuadere le imprese dall'adottare tali pratiche. Non ha, tuttavia, applicato circostanze aggravanti o attenuanti.

Si nota come la Commissione ha concesso alla società C2 PHARMA la completa immunità dalle ammende in ragione della sua richiesta di accesso al *leniency programme*. Per la stessa ragione, ha concesso alla società Transo-Pharm una riduzione dell'ammenda del 50 % e alla società Linnea una riduzione del 30 %. L'importo delle ammende è stato ulteriormente ridotto del 10 % per tutte le imprese che hanno concluso una transazione con la Commissione[274].

[273] Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003.
[274] Decisione della Commissione europea sul caso AT.40636 — *SNBB*, disponibile per la consultazione all'indirizzo web:

Società	Riduzione a norma della Comunicazione sul trattamento favorevole	Riduzione a norma della Comunicazione concernente la transazione	Ammenda (EUR)
C2 Pharma	100%	10%	0
Transo-Pharm	50%	10%	98 000
Alkaloids Corporation	-	10%	537 000
Alkaloids of Australia	-	10%	559 000
Linnea		10%	1 791 000
Boehringer	-	10%	10 401 000
Totale	-	-	13 386 000

Tabella 4. Ammende comminate alle imprese che hanno partecipato al settlement[275].

3.4. Istituti a confronto: transazione e impegni

Il legislatore europeo (art. 9 del Regolamento n. 1/2003[276]) e, successivamente, quello nazionale (art. 14-*ter* della legge n. 287/1990, introdotto dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223) hanno attribuito alle imprese la facoltà, nel corso del procedimento istruttorio, di proporre impegni volti a eliminare i profili anticoncorrenziali che hanno indotto l'Autorità (sia essa l'AGCM o la Commissione) ad avviare un'indagine nei loro confronti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, nonché degli artt. 2 e 3 della legge *antitrust* italiana. In questi casi, i procedimenti non sfociano in una pronuncia sulla violazione, pertanto rappresentano un'alternativa alla conclusione "ordinaria" del procedimento *antitrust*[277].

Con la presentazione degli impegni (ossia le misure correttive volte a rimuovere i profili anticoncorrenziali) da parte delle imprese indagate, si apre un sub-procedimento, il quale

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202447/AT_40636_10356597_3607_4.pdf

[275] Tabella tratta dal Comunicato stampa della Commissione europea, IP/23/5104.

[276] Si vedano, in particolare, l'articolo 9 (Impegni) e l'articolo 23 del Regolamento n. 1/2003. La procedura per le decisioni formali di impegno è in vigore dal 2004, anno in cui è entrato in vigore il Regolamento 1/2003.

[277] FRENI. *Commento a L. 10 ottobre 1990, n.287 (art.14-ter)*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 833-856.

si innesta nel procedimento principale avviato dall'Autorità per presunta violazione della normativa *antitrust*. Dopo la presentazione degli impegni nella loro formulazione definitiva, si apre una fase di valutazione, al termine della quale, qualora l'Autorità ritenga che gli impegni non siano manifestamente infondati, ne dispone la pubblicazione mediante apposita delibera. La valutazione consiste nello svolgimento di un cd. *market test*, in cui i terzi interessati (tra cui, *in primis*, i concorrenti) hanno la possibilità di esprimere osservazioni in merito all'idoneità e all'adeguatezza delle misure proposte dall'impresa nel risolvere le criticità concorrenziali individuate a monte dall'Autorità. L'Autorità, nell'ambito della valutazione delle proposte avanzate dalle imprese, dispone esclusivamente del potere di accettare o rigettare gli impegni, senza alcuna possibilità di modificarne il contenuto. Qualora l'Autorità, all'esito del contraddittorio con i concorrenti e gli altri soggetti coinvolti, valuti positivamente gli impegni ritenendoli sufficienti a rimuovere i profili anticoncorrenziali della condotta dell'impresa, essa può renderli vincolanti per l'impresa che li aveva proposti e disporre la chiusura anticipata del procedimento. Con l'accettazione degli impegni da parte dell'Autorità il procedimento si conclude senza l'accertamento di un'eventuale infrazione[278].

In questo paragrafo verranno esaminate le affinità e le differenze tra l'istituto degli impegni e la procedura di transazione. Le considerazioni che seguono hanno carattere generale e prescindono dalle specificità procedurali previste dalla normativa comunitaria e dalla disciplina nazionale. Di conseguenza, esse trovano applicazione tanto nei procedimenti condotti dalla Commissione europea, quanto in quelli svolti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

a) *Ratio degli istituti*

I due istituti perseguono obiettivi parzialmente sovrapponibili, tra cui il miglioramento dell'efficienza complessiva del sistema di *public enforcement* del diritto *antitrust*. In particolare, l'istituto degli impegni consente di risolvere tempestivamente gli aspetti problematici che una condotta attuata dalle imprese possa aver assunto sotto il profilo concorrenziale, mentre la transazione permette di

[278] STELLA. *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, in Pace (a cura di) Dizionario sistematico della concorrenza, Jovene, 2013, pp. 155-169.

giungere a una decisione del caso concordata tra l'impresa e la l'Autorità, accelerando la chiusura del procedimento.

Entrambe le procedure consentono di pervenire a una soluzione del caso — finalizzata, in ogni caso, al ripristino della concorrenza sul mercato — in tempi significativamente più brevi rispetto a quelli richiesti da un procedimento sanzionatorio tradizionale. Ciò permette all'Autorità di allocare le proprie risorse in modo più efficiente, destinando le risorse risparmiate allo svolgimento di un numero maggiore di indagini[279].

b) *Modalità di collaborazione dell'impresa con l'Autorità*

Tanto nell'ipotesi della transazione quanto in quella degli impegni, un ruolo cruciale è rivestito dalla partecipazione attiva dell'impresa al procedimento.

Nell'ambito degli impegni, il contributo dell'impresa si concretizza nella formulazione di misure correttive volte a eliminare le restrizioni alla concorrenza derivanti dalla condotta illecita contestata. In tale scenario, l'Autorità accoglie gli impegni proposti e, in conseguenza di ciò, si astiene dall'adottare una decisione di accertamento della violazione nei confronti dell'impresa, sottraendola così alle conseguenze pregiudizievoli derivanti da tale accertamento.

Per quanto concerne la procedura di transazione, l'impresa prende parte attivamente a negoziazioni bilaterali con l'Autorità competente (sia essa l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o la Commissione Europea), al fine di pervenire a una soluzione condivisa del caso. In cambio, l'impresa transigente beneficia di una riduzione dell'ammontare della sanzione che le sarebbe altrimenti irrogata, la cui entità varia in funzione della natura dell'infrazione e del regime normativo applicabile, ossia quello previsto per il procedimento dinanzi alla Commissione Europea o quello disciplinato per il procedimento avanti all'AGCM.

c) *Conseguenze sul contenzioso*

Entrambi gli istituti svolgono una funzione deflattiva del contenzioso, contribuendo a prevenire l'instaurazione di ricorsi avverso le decisioni dell'Autorità (sia essa

[279] FRENI. *Commento all'art.14-ter della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 834-836.

l'AGCM o la Commissione). In particolare, gli impegni consentono alle imprese di partecipare attivamente al procedimento, formulando proposte idonee a correggere le distorsioni della concorrenza individuate dall'Autorità. La transazione, invece, presuppone il riconoscimento, da parte dell'impresa, della condotta illecita contestata, l'ammissione della relativa responsabilità e l'accettazione preventiva di un massimo edittale di ammenda atteso.

In ragione della collaborazione attiva prestata dalle imprese nel corso dei rispettivi procedimenti, risulta meno frequente che le stesse impugnino le decisioni dell'Autorità, quantomeno sotto il profilo del merito.

d) *Ambito di applicazione oggettivo*

Mentre la transazione, a livello unionale, è circoscritta ai soli procedimenti per cartelli e, a livello nazionale, è ammissibile quando si procede in relazione a tutte le violazioni *antitrust*, le decisioni con impegni trovano applicazione solo nei casi in cui la condotta restrittiva della concorrenza non rientri tra le restrizioni cd. *hardcore* (ossia violazioni più gravi, quali i cartelli per la fissazione dei prezzi o per la ripartizione delle quote di mercato) e non presenti un grado di gravità tale da rendere necessaria l'irrogazione di una sanzione[280]. Di conseguenza, l'ambito oggettivo di applicazione di questi due istituti non è del tutto coincidente, poiché vi sono ipotesi in cui la transazione è ammessa mentre il ricorso agli impegni è escluso. Ciò si verifica, ad esempio, in alcuni casi di cartelli, in cui la transazione è consentita nei procedimenti dinanzi alla Commissione europea, mentre gli impegni non sono applicabili. Ne derivano, pertanto, limiti alla loro intercambiabilità nei diversi contesti procedurali.

e) *L'accertamento*

Le decisioni di transazione comportano l'accertamento dell'infrazione, delineandone e dimostrandone tutti gli elementi rilevanti, imponendo la cessazione della condotta illecita e applicando una sanzione pecuniaria alle imprese coinvolte, benché ridotta.

[280] FRENI. *Commento all'art.14-ter della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 834.

Diversamente, le decisioni di accettazione degli impegni non implicano alcun accertamento di infrazione né l'irrogazione di una sanzione. Il loro obiettivo è quello di eliminare le criticità concorrenziali individuate dalla Commissione attraverso l'imposizione di obblighi comportamentali che le imprese si impegnano a rispettare. In questo contesto, l'assenza di un accertamento dell'illecito esclude l'applicazione immediata di una sanzione, che potrà eventualmente intervenire solo in caso di mancato rispetto degli impegni assunti. Dal momento che si basano su una forma di collaborazione più attiva rispetto a quella sottesa alla transazione, gli impegni valorizzano in misura più significativa la cooperazione delle imprese: a differenza di quanto accade con il *settlement*, l'adesione agli impegni non solo consente di evitare l'applicazione di una sanzione, ma soprattutto ha il vantaggio di sottrarre l'impresa alle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'accertamento dell'illecito (tra cui, in primis, l'utilizzo della decisione dell'Autorità come prova dell'illecito nei successivi giudizi per il risarcimento danni).

f) *Rapporti con il private enforcement*

La decisione di transazione comporta l'accertamento dell'illecito, il quale assume un'efficacia probatoria "privilegiata" nei procedimenti civili *follow-on*, seppur limitatamente alla natura della violazione e alla sua portata materiale, temporale e territoriale, senza estendersi alla dimostrazione del nesso causale e dell'esistenza del danno (cfr. *supra*, par. 2.7.1.)[281].

Da contro, nella decisione sugli impegni, l'assenza di una constatazione di infrazione da parte dell'Autorità incide infatti sulle eventuali richieste di risarcimento avanzate dai soggetti danneggiati, rendendole più complesse dal punto di vista probatorio. Il provvedimento conclusivo del procedimento con l'accettazione degli impegni non comporta, infatti, l'accertamento di alcuna violazione della normativa *antitrust* a carico dell'impresa proponente, né la presentazione degli impegni può essere interpretata quale confessione dell'illecito concorrenziale[282]. Ne deriva che il procedimento basato sugli impegni offre alle

[281] CAPRILE, SCHINAIA. *Commento all'art.14-quater della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 854-855.
[282] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Torino, 2023, capitolo VI, paragrafo 7.

imprese un vantaggio rilevante, poiché consente loro di evitare un accertamento formale della violazione e le conseguenze pregiudizievoli che ne deriverebbero, in particolare nell'ambito del *private enforcement* e delle azioni risarcitorie[283].

g) *Rilevanza dell'accertamento ai fini della recidiva*

Le decisioni di transazione accertano l'esistenza di un'infrazione, descrivendone e dimostrandone tutti gli elementi rilevanti, imponendo la cessazione della condotta illecita e applicando una sanzione pecuniaria. Tali decisioni assumono valore di precedente ai fini della recidiva in caso di successive violazioni analoghe e, oltretutto, precludono l'adozione di un'ulteriore decisione sugli stessi fatti e sulla medesima base giuridica da parte della Commissione o di qualsiasi Autorità nazionale della concorrenza all'interno dell'Unione europea, in conformità al principio del *ne bis in idem*.

Le decisioni con impegni, invece, rendono gli impegni assunti dalle imprese legalmente vincolanti, determinando così il venir meno delle ragioni per un intervento sanzionatorio da parte della Commissione. Tuttavia, difettando dell'accertamento dell'illecito, esse non rilevano ai fini dell'applicazione dell'aggravante della recidiva in relazione a eventuali infrazioni successive.

[283] Si deve tuttavia precisare che la rilevanza probatoria delle decisioni sugli impegni non è del tutto esclusa ai fini del successivo giudizio civile, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nella sentenza *Gasorba* del 23 novembre 2017 (C-547/16). Un primo aspetto esaminato dalla Corte ha riguardato la possibilità per il giudice nazionale di dichiarare la nullità di un accordo rispetto al quale la Commissione avesse precedentemente accettato e reso obbligatori degli impegni. Sul punto, la Corte ha affermato che le decisioni adottate ai sensi dell'art. 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003, alla luce dei considerando 13 e 22 del medesimo regolamento, non generano un legittimo affidamento per le imprese in merito alla conformità delle loro condotte agli artt. 101 e 102 TFUE, né possono essere interpretate come una legittimazione del loro comportamento sul mercato. Esclusa, inoltre, l'esistenza di un divieto a carico del giudice nazionale di dichiarare la contrarietà alla normativa *antitrust* delle condotte per cui sia stata adottata una decisione ex art. 9 Reg. (CE) n. 1/2003, la Corte ha tuttavia riconosciuto che le decisioni con impegni hanno comunque carattere decisorio. Pertanto, il giudice nazionale è tenuto a considerare la valutazione preliminare della Commissione come un *indizio* o persino un principio di prova della natura anticoncorrenziale delle condotte oggetto della decisione. Da ciò deriva che tali decisioni possono assumere nel giudizio risarcitorio il valore di prova presuntiva semplice, ai sensi dell'art. 2729 c.c.; cfr. FRENI. *Commento all'art.14-ter della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 847-849.

3.5.1. Compatibilità della procedura di transazione con l'istituto degli impegni

Alquanto problematico appare il rapporto il *settlement* e l'istituto degli impegni. A livello puramente teorico, *settlement* e impegni sembrerebbero configurarsi come mutualmente escludenti: l'uno, infatti, conduce in ogni caso all'adozione di una decisione di accertamento, benché in forma semplificata e salva l'applicazione di una sanzione ridotta; l'altro, invece, permette alle imprese di evitare l'accertamento dell'illecito nei casi di violazioni *antitrust* meno gravi e di sottrarsi, così, alle conseguenze sfavorevoli di esso[284].

L'analisi prenderà avvio dall'esame del rapporto tra la procedura di *settlement* e il meccanismo degli impegni nell'ambito dell'ordinamento interno. Considerando che la disciplina nazionale del *settlement* presenta dei margini di incertezza e che, allo stato attuale, manca una prassi applicativa da parte dell'AGCM, sarà necessario ricostruire in via interpretativa il significato delle disposizioni applicabili.

La norma chiave che permette di delineare il rapporto tra transazione e impegni nei procedimenti avviati dall'Autorità garante è il già citato punto 7 della Comunicazione AGCM sulla transazione. La norma in questione dispone che «fermo restando il termine di cui all'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge, di regola l'Autorità non esaminerà impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4». Tuttavia, «il rigetto degli impegni presentati anteriormente alla ricezione della comunicazione di cui al punto 4 non preclude alle parti la possibilità di accedere alla procedura di transazione». La norma apre una serie di possibili scenari.

Il primo scenario si configura qualora l'AGCM abbia invitato l'impresa a partecipare a discussioni in vista di una transazione. In tal caso, il punto 7 della Comunicazione stabilisce espressamente che, di regola, l'Autorità non esaminerà gli impegni presentati successivamente alla ricezione della comunicazione di cui al punto 4, ossia l'invito a

[284] GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, terza edizione, Giappichelli, 2023, capitolo VI, paragrafo 8.

partecipare alle discussioni di transazione. Ne consegue che, una volta avviata la procedura di *settlement*, non è più possibile proporre impegni.

Il secondo scenario è quello in cui l'impresa abbia spontaneamente presentato gli impegni, i quali devono essere in ogni caso presentati nella loro formulazione definitiva entro il termine di tre mesi decorrenti dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria (termine di cui all'art. 14-*ter* della legge n.287/1990)[285], salvo eventuali proroghe concesse dall'Autorità su richiesta motivata delle parti[286].
La presentazione degli impegni comporta l'apertura di un sub-procedimento finalizzato alla valutazione di suddetti impegni da parte dell'Autorità (che in ogni caso deve concludersi entro il termine di tre mesi, che decorre dalla pubblicazione degli impegni presentati nella loro formulazione definitiva). Durante tale periodo, il procedimento per l'accertamento dell'infrazione rimane sospeso. Solo in caso di rigetto degli impegni l'Autorità potrebbe valutare l'opzione della transazione, ma il tempo già impiegato nella fase di esame degli impegni risulterebbe vanificato. Tale criticità appare ancor più evidente nei casi di restrizioni della concorrenza più gravi (cd. *hardcore*), per le quali la possibilità di presentare impegni è esclusa[287]. In tali ipotesi, l'attivazione del sub-procedimento relativo agli impegni creerebbe un periodo di stallo (cd. *stand still*), incompatibile con l'esigenza di rapidità e di efficienza delle risorse sottesa alla procedura di transazione[288].

---

[285] «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 e previa consultazione degli operatori del mercato, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese. Tale decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e chiude il procedimento senza accertare l'infrazione», cit. art. 14-*ter* della legge n. 287/1990.

[286] «In ogni caso, entro il termine di tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, come previsto dall'art. 14-ter della legge, le parti interessate dovranno far pervenire all'Autorità la versione definitiva degli impegni proposti, fatta salva la possibilità di chiedere, su istanza di parte, una proroga del suddetto termine per motivate ragioni», cit. Comunicazione sulle Procedure di applicazione dell'articolo 14-*ter* della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 3.

[287] AAI. *Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

[288] «In via preliminare e sulla base della prassi e della giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia, deve ritenersi non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui l'accertamento *antitrust* si riferisca a condotte suscettibili di integrare restrizioni gravi della

Da questa ricostruzione emerge una sostanziale incompatibilità tra transazione e impegni: da un lato, l'Autorità non può esaminare impegni presentati dopo l'invito alla transazione; dall'altro, la possibilità di accedere alla transazione si configura solo in seguito all'eventuale rigetto degli impegni. Inoltre, in assenza di una previsione normativa espressa, si deve ritenere che, una volta accettati gli impegni, l'impresa non possa successivamente avvalersi della transazione. Il quadro normativo appena delineato, infatti, non contempla espressamente la possibilità di un utilizzo congiunto dei due strumenti. Tuttavia, l'espressione "di regola" contenuta nel punto 7 della Comunicazione AGCM lascerebbe spazio a un'interpretazione più elastica della disciplina, che in futuro potrebbe consentire all'Autorità di esaminare impegni anche dopo che abbia invitato l'impresa alla transazione. Un'apertura in tal senso garantirebbe alle imprese una maggiore flessibilità, permettendo loro di sottoporre proposte di impegni fino alla trasmissione della comunicazione delle risultanze istruttorie. Inoltre, una simile impostazione risulterebbe coerente con la prassi della Commissione europea, che ha dimostrato come sia possibile concludere un procedimento mediante una combinazione atipica di impegni e transazione, come evidenziato nel caso trattato nel paragrafo che segue[289].

Anche la questione circa la compatibilità tra impegni e *settlement* nei procedimenti dinanzi alla Commissione europea si presenta come incerta e priva di riferimenti normativi. La Comunicazione della Commissione sulla transazione, infatti, non offre alcuna indicazione in merito, né affermando espressamente la compatibilità tra i due strumenti (come accade con riguardo alla compatibilità della transazione con il programma di clemenza), né escludendola in modo categorico. La differenza ontologica

concorrenza», cit. Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 6.

«Tenuto conto dell'ampia discrezionalità di cui gode l'Autorità nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese, confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale3 , gli impegni devono essere valutati anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio. Resta fermo che le decisioni concernenti gli impegni devono accertare che l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione», cit. Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punto 9.

[289] AAI. *Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

tra transazione e impegni porta a considerarli, almeno in linea teorica, come istituti mutualmente escludenti: laddove il *settlement* si conclude con un accertamento della violazione, il regime degli impegni ne prescinde, giacché evita una pronuncia sulla sussistenza dell'infrazione.

Tuttavia, l'esperienza pratica dimostra come la Commissione abbia più volte adottato procedure di cooperazione "atipiche" (cfr. *supra*, par. 1.3.3.) — oltretutto anche per ipotesi diverse dai cartelli — combinando elementi propri di entrambi gli istituti e integrandoli all'interno della stessa procedura, confermando così un approccio flessibile e pragmatico nell'applicazione del diritto della concorrenza[290].

Saranno esaminate, di seguito, alcune decisioni adottate dalla Commissione europea in materia di abuso di posizione dominante, adottate nell'ambito di procedure atipiche di cooperazione in cui hanno avuto luogo sia il *settlement* sia la proposta (con conseguente accettazione) di impegni di varia natura. In particolare, nel primo caso, dopo aver riconosciuto la propria responsabilità in merito all'infrazione, l'impresa interessata ha spontaneamente proposto — e successivamente implementato — misure di natura strutturale, consistenti nella cessione di determinati *asset* aziendali. Nel secondo caso, invece, la parte ha adottato di sua iniziativa una serie di misure comportamentali finalizzate a modificare specifiche pratiche commerciali precedentemente poste in essere, ritenute lesive della concorrenza. Si vedrà, inoltre, in che modo la Commissione ha riconosciuto e "ricompensato" la maggior cooperazione fornita dalle parti.

3.5.2. (Segue). Il Caso AT.39759: Preclusione del mercato da parte di ARA

La Commissione ha inflitto una sanzione di Euro 6 milioni alla società Altstoff Recycling Austria Aktiengesellschaft (di seguito **"ARA"**) per aver impedito ai concorrenti di

[290] KOPONEN, SKARPA. *EU: Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission*, in HAMER (a cura di), *The Settlements Guide*, Prima edizione, 2021, Global Competition Review, pp. 25-41.

accedere al mercato austriaco della gestione dei rifiuti di imballaggio domestici dal 2008 al 2012, in violazione dell'art. 102 TFUE[291].

ARA non si occupava direttamente della raccolta degli imballaggi ricompresi nella propria licenza, ma operava attraverso imprese di raccolta e comuni con cui aveva stipulato specifici contratti. Al tempo, ARA aveva il controllo di parte di una fondamentale infrastruttura diffusa su tutto il territorio austriaco, non replicabile da altri e necessaria alla raccolta di suddetti rifiuti. Nel periodo tra marzo 2008 e aprile 2012, l'impresa aveva negato ai concorrenti l'accesso all'infrastruttura, impedendo ad essi l'accesso o l'espansione sul mercato ed eliminando così la concorrenza.

Nel 2010, a seguito di segnalazioni ricevute dagli operatori del settore, la Commissione ha avviato un'indagine relativa alla condotta di ARA e l'anno seguente ha aperto un procedimento formale a carico dell'impresa.

Nel luglio 2013, la Commissione ha notificato ad ARA una comunicazione degli addebiti, consentendo alla società di accedere al fascicolo d'indagine e di rispondere con le proprie osservazioni a riguardo[292]. La società, invece di opporre delle proprie argomentazioni difensive volte a contrastare gli addebiti formalizzati dalla Commissione, ha presentato alla Commissione una *Cooperation Submission*, ovvero una proposta formale di collaborazione in cui ha ammesso l'infrazione e ha proposto di adottare una misura correttiva di tipo strutturale.

La proposta di cooperazione conteneva:

a) un riconoscimento in termini chiari e inequivocabili della responsabilità di ARA per l'infrazione, consistente nell'aver negato l'accesso all'infrastruttura essenziale per la raccolta dei rifiuti domestici, la descrizione dell'illecito in relazione ai fatti principali, la loro qualificazione giuridica e la loro durata;

[291] Decisione della Commissione europea sul caso AT.39759 — *ARA Foreclosure*, disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39759/39759_3071_5.pdf
[292] Decisione della Commissione europea sul caso AT.39759 — *ARA Foreclosure*, paragrafo 15.

b) la conferma di aver ricevuto la comunicazione degli addebiti, di aver avuto pieno accesso al fascicolo della Commissione fino al momento della notifica della stessa, di aver avuto in seguito sufficienti possibilità di accedere agli elementi di prova a sostegno delle obiezioni della Commissione e di aver avuto sufficienti possibilità di far conoscere il proprio punto di vista alla Commissione;

c) l'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che prevedeva di ricevere dalla Commissione e che sarebbe stata disposta ad accettare, al cui rispetto subordinava inoltre la propria cooperazione[293];

d) la proposta di un rimedio strutturale, consistente nella conclusione di contratti di compravendita volti a trasferire il titolo legale di parte dell'infrastruttura di raccolta dei rifiuti domestici di sua proprietà, a uno o più acquirenti indipendenti da ARA[294];

e) il riconoscimento che la cessione della parte dell'infrastruttura austriaca di raccolta domestica di cui ARA era proprietaria fosse necessaria e proporzionata per porre effettivamente fine all'infrazione[295].

A ben vedere, la proposta di cooperazione, a prescindere dal *nomen iuris*, conteneva tutti gli elementi tipici di una formale proposta di transazione[296]. Inoltre, all'interno di tale proposta, la società non si limitava a riconoscere la propria partecipazione all'infrazione e ad accettare preventivamente un massimo di sanzione, ma avanzava altresì l'adozione di una serie di rimedi strutturali finalizzati a eliminare le criticità concorrenziali individuate dalla Commissione. In tal senso, la procedura di cooperazione adottata ha integrato anche elementi propri dell'istituto degli impegni, in quanto le misure correttive non sono state imposte unilateralmente dalla Commissione, bensì proposte spontaneamente dalla società stessa. Nello specifico, ARA si era impegnata a cedere la porzione di infrastruttura di raccolta domestica di sua proprietà, rimuovendo così ogni possibilità di escludere i concorrenti dall'accesso a tale infrastruttura e garantendo che la violazione non potesse ripetersi in futuro.

---

[293] *Ibidem*, paragrafo 20.

[294] *Ibidem*, paragrafo 139.

[295] *Ibidem*, paragrafi 19 e 161.

[296] KOPONEN, SKARPA. *EU: Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission*, in HAMER (a cura di), *The Settlements Guide*, Prima edizione, 2021, Global Competition Review, pp. 25-41; AAI. Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Si ritiene che nel caso in esame sussistessero degli elementi specifici in virtù dei quali tale procedura di cooperazione non fosse perfettamente coincidente con le disposizioni poste dalla disciplina del *settlement* "puro": *in primis*, il fatto che si procedesse per abuso di posizione dominante e *in secundis* il fatto che fossero stati proposti degli impegni. Per queste ragioni, la Commissione non è stata vincolata, nella determinazione della sanzione, alla riduzione prevista dalla Comunicazione sulla transazione. Potendo dunque adottare un approccio più flessibile, la Commissione ha valorizzato la duplice forma di cooperazione offerta da ARA — rappresentata in questo caso da una proposta di transazione più un *quid pluris*, ossia gli impegni — concedendo una riduzione della sanzione ben più elevata (pari al 30%) rispetto a quella prevista dalla disciplina ordinaria del *settlement* (ossia il 10%)[297]. La Commissione ha rilevato come il livello di collaborazione fornito dalla società eccedesse quanto giuridicamente richiesto nell'ambito di un ordinario procedimento *antitrust*; pertanto, ha potuto divergere dagli ordinari criteri di calcolo della sanzione, applicando a tal fine l'art. 37 degli Orientamenti del 2006 sul calcolo delle ammende[298].

3.5.3. (Segue). Il Caso AT.40134: AB InBev, Restrizioni al Commercio della birra

Il 13 maggio 2019 la Commissione europea ha applicato una sanzione di oltre Euro 200 milioni nei confronti di Anheuser-Busch InBev NV/SA (di seguito, "**AB InBev**"), il maggiore produttore di birra a livello mondiale. La società, attraverso la controllata belga e la controllata olandese, aveva adottato una strategia commerciale restrittiva, finalizzata a limitare l'importazione in Belgio dei propri prodotti brassicoli dai Paesi Bassi con l'obiettivo di mantenere i prezzi più elevati nel territorio belga, violando così l'articolo 102 TFUE. Le imprese, talvolta, adottano misure volte a contrastare le esportazioni dei propri prodotti verso determinati Stati membri per evitare che l'omogeneizzazione delle

[297] Decisione della Commissione europea sul caso AT.39759 — *ARA Foreclosure*, paragrafo 162.
[298] Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione del Regolamento (CE) n. 1/2003.

condizioni di mercato possa determinare un livellamento verso il basso dei prezzi di vendita[299].

Nel caso di specie, i prezzi inferiori applicati sui medesimi prodotti nei Paesi Bassi rappresentavano una minaccia per la controllata Belga, la quale aveva interesse a preservare il livello dei propri prezzi, evitando le ripercussioni negative derivanti dall'afflusso di importazioni parallele provenienti dalla più economica Olanda.

In tale contesto, il Gruppo InBev aveva implementato un'articolata strategia commerciale volta a contrastare le importazioni di birre dall'Olanda al Belgio e consistente:

a) nella riduzione dei quantitativi di merce vendute ad un distributore all'ingrosso attivo sul mercato olandese che, al contempo, rivendeva in Belgio una parte dei prodotti acquistati in Olanda, con lo scopo precipuo di limitare le importazioni di tali prodotti in Belgio;

b) nella modifica del *packaging* dei prodotti brassicoli forniti a dettaglianti e grossisti nei Paesi Bassi, con lo scopo di renderli meno attrattivi per i consumatori belgi, al fine di disincentivarne l'importazione in Belgio;

c) nel rifiuto di vendere questi prodotti a un rivenditore (nello specifico una catena di supermercati attiva sia in Belgio sia in Olanda) a meno che questi non accettasse di limitare le importazioni di birra, meno costosa, dai Paesi Bassi al Belgio;

d) nell'aver subordinato al rivenditore di cui sopra la possibilità di applicare promozioni sulle birre ai propri clienti olandesi, alla condizione che suddetto rivenditore non offrisse le stesse promozioni ai suoi clienti in Belgio.

L'indagine, avviata a giugno 2016, ha condotto alla notifica della comunicazione degli addebiti nel novembre 2017, mettendo in luce le quattro pratiche restrittive attuate da AB InBev tra il 2009 e il 2016, finalizzate a ostacolare il libero commercio transfrontaliero.

[299] LEMBO, BITONTO. *Importazioni parallele. Il caso AB InBev: quali indicazioni per le imprese?*, Newsletter Practice Concorrenza/Antitrust, BonelliErede, n. 3/2020.

Tali condotte, riconducibili all'abuso di posizione dominante[300], sono state qualificate dalla Commissione come restrittive per oggetto e sono state ritenute idonee a segmentare il mercato unico lungo i confini nazionali.

In seguito all'adozione della comunicazione degli addebiti, AB InBev ha manifestato il proprio interesse a collaborare con la Commissione[301] e, a seguito di svariati *round* di discussioni con questa (paragonabili proprio alle discussioni bilaterali che si svolgono nel contesto del *settlement* in materia di cartelli), la società ha presentato una proposta formale di transazione, contenente:

a) un riconoscimento in termini chiari e inequivocabili della propria responsabilità per l'infrazione, descritta sommariamente per quanto riguarda l'oggetto, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, compreso il ruolo assunto dalla società e la durata della sua partecipazione all'infrazione;
b) un'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che AB InBev era disposta ad accettare nel contesto di una procedura di cooperazione[302];
c) la conferma che AB InBev fosse stata sufficientemente informata delle obiezioni mosse dalla Commissione attraverso la comunicazione degli addebiti, che avesse avuto pieno accesso al fascicolo della Commissione al momento della comunicazione degli addebiti, che non intendesse richiedere un ulteriore accesso al fascicolo e che le fosse stata data una sufficiente possibilità di far conoscere il proprio punto di vista alla Commissione;
d) la proposta di impegnarsi per un periodo di cinque anni a seguire un rimedio comportamentale, consistente nel fornire le informazioni alimentari in entrambe le lingue ufficiali (olandese e francese) sulle confezioni di specifici marchi di birra venduti in Belgio, Francia e Paesi Bassi, con l'obiettivo di agevolarne la distribuzione transfrontaliera;

[300] Decisione della Commissione europea sul caso AT.40134 — *AB Inbev*, paragrafo 16. La decisione è disponibile per la consultazione all'indirizzo web:
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40134/40134_2872_5.pdf
[301] *Ibidem*, paragrafo 17.
[302] *Ibidem*, paragrafo 19.

e) il riconoscimento che il rimedio fosse adeguato e proporzionato nel quadro della procedura di cooperazione, per garantire che la pratica di cui alla comunicazione degli addebiti rimanesse completamente interrotta[303].

Sulla scia di quanto accaduto nel procedimento esposto nel paragrafo precedente (*ARA Foreclosure*, cfr. *supra*, par. 3.5.2.), anche in questo procedimento la società ha presentato una proposta di collaborazione contenente gli elementi essenziali tipici della proposta di transazione, benché integrati dall'impegno ad adottare misure correttive. In questo caso, tuttavia, a differenza del precedente, è stato riconosciuto anche formalmente che la proposta in esame avesse natura di proposta di transazione[304], la quale è stata tuttavia inserita in un contesto di cooperazione più ampio, esteso oltre il mero riconoscimento dell'infrazione e l'accettazione preventiva dell'ammenda richiesti per l'accesso al *settlement*.

A conferma del carattere atipico del procedimento descritto, derivante dalla compresenza di elementi propri sia della procedura di transazione sia dell'istituto degli impegni, si rileva che, all'esito di questo, la Commissione ha proceduto all'accertamento dell'infrazione (come avviene in caso di *settlement*, ma non di accettazione degli impegni) e ha altresì accolto l'impegno della società ad adottare misure correttive di tipo comportamentale. Tali misure sono state ritenute adeguate e proporzionate, in quanto idonee a rimuovere le barriere artificiali al commercio precedentemente imposte da AB InBev.

Infine, ai fini della determinazione dell'ammenda applicabile — resa necessaria dall'accertamento dell'illecito di AB Inbev — la Commissione ha adottato un approccio analogo a quello seguito nel caso precedente. Poiché la procedura presentava caratteristiche atipiche, non è stata applicata la disciplina prevista dalla Comunicazione sulla transazione. Tuttavia, al fine di riconoscere e valorizzare la più ampia cooperazione offerta dalla società, la Commissione ha fatto ricorso all'art. 37 degli Orientamenti del

[303] *Ibidem*, paragrafo 18.
[304] La versione originale della decisione, al paragrafo 18, discorre di "*settlement submission*", alludendo quindi al fatto che si tratti di una vera e propria proposta di transazione, benché atipica.

2006, ritenendo sussistenti circostanze specifiche che hanno permesso una deroga ai criteri ordinari di calcolo e hanno consentito di ridurre la sanzione del 15%[305].

[305] Decisione della Commissione europea sul caso AT.40134 — *AB Inbev*, paragrafi 259-261.

CONCLUSIONI

Nel corso di questa tesi è stato approfondito l'istituto della transazione — sia nell'ordinamento europeo, sia in quello interno — e ci si è interrogati in modo trasversale sulla convenienza, per le imprese, di valersi di tale strumento nell'ambito dei procedimenti *antitrust*. A tale quesito non può che darsi la risposta tipica che ogni giurista è solito fornire a qualsiasi domanda, ossia "dipende".

Dall'analisi condotta, si evince che la decisione di transazione, nella sua natura e, di conseguenza, nei suoi effetti, non si discosti in misura sostanziale da una decisione ordinaria. Sebbene tale analisi si basi eminentemente sulla prassi della Commissione europea, le conclusioni che ne derivano appaiono applicabili anche alla procedura di transazione nell'ambito dei procedimenti avviati dall'AGCM.

Nel contesto attuale, l'adesione alla transazione si traduce essenzialmente in uno sconto sulla sanzione (oltretutto non significativo), accompagnato, però, dal rischio certo di una condanna, nonché dall'esposizione dell'impresa ad azioni civili *follow-on* in cui, tra l'altro, la decisione di transazione è vincolante per il giudice civile nella stessa misura di una decisione ordinaria. I benefici pratici derivanti dall'adesione alla procedura transattiva appaiono, dunque, limitati.

Diverso sarebbe stato l'esito dell'analisi se, al di là del dato normativo, fosse stata riconosciuta alla decisione di transazione una natura giuridica differente e si fosse maggiormente valorizzato l'elemento dell'accordo sottostante, come accade con riguardo all'istituto degli impegni, in cui la cooperazione dell'impresa è "premiata" attraverso l'astensione dell'Autorità dall'accertamento dell'illecito[306].

[306] Come ha anche chiarito il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 4773/2014.), si precisa che gli impegni non si inseriscono nell'ambito di una negoziazione della funzione attribuita all'Autorità «ma si iscrivono pienamente e legittimamente in quella logica di leale collaborazione […], che presenta, anche nella dimensione comunitaria, evidenti connotati di flessibilità ed informalità, al fine di favorire, in un'ottica di crescente de-procedimentalizzazione, le occasioni di dialogo

Alla luce di quanto esposto, risulta difficile affermare, in termini generali e astratti, che il *settlement* rappresenti un istituto intrinsecamente favorevole per le imprese. Certamente, esso non può essere valutato esclusivamente sulla base della riduzione della sanzione prevista.

In ogni caso, il ricorso alla transazione è opportuno nei casi in cui essa possa essere adottata congiuntamente ad altri strumenti di collaborazione tra le imprese e l'Autorità. *Nulla quaestio* per quanto riguarda il programma di clemenza, compatibile con il *settlement* per espressa previsione normativa: la combinazione di tali procedure consente infatti alle imprese di beneficiare di una riduzione cumulativa della sanzione, che può assumere una rilevanza significativa. Più complessa è la questione relativa agli impegni, la cui compatibilità con il *settlement* — a livello teorico — appare problematica. Tuttavia, ove si deviasse dall'applicazione di alcuni principi propri dell'una e dell'altra disciplina, emergerebbe la possibilità di applicarli all'interno di un medesimo procedimento. In definitiva, la loro combinabilità troverebbe fondamento nella maggiore flessibilità dell'Autorità e nella sua disponibilità — fondata su valutazioni discrezionali e legate alle specificità del caso concreto — ad accogliere forme innominate di partecipazione delle imprese al procedimento. La prassi della Commissione dimostra come sia possibile discostarsi dalle procedure codificate per valorizzare forme di cooperazione atipiche e ottenere vantaggi considerevoli su ogni fronte. In tali scenari, la convenienza della transazione per le imprese sarebbe indubbia; si badi, tuttavia, che la "ricompensa" principale sarebbe riconducibile per lo più allo strumento di cooperazione sottostante (*i.e.,* la proposizione degli impegni o la presentazione di informazioni nel quadro del programma di clemenza); la transazione, in sé, assolverebbe un ruolo meramente "accessorio".

Da contro, la transazione si rivela uno strumento sicuramente vantaggioso per i soggetti lesi dalle condotte anticoncorrenziali, i quali possono beneficiare dell'accelerazione dei

collaborativo, volte all'individuazione di soluzioni condivise»; cfr. FRENI. *Commento all'art.14-ter della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 833-856.

tempi del procedimento *antitrust* promossa da questa procedura. La più tempestiva adozione di una decisione definitiva da parte dell'Autorità — rispetto ai tempi normalmente richiesti in un procedimento ordinario — consente infatti ai danneggiati di avvalersi più rapidamente di tale provvedimento nei giudizi civili *follow-on*. Questa dinamica favorisce la promozione delle azioni risarcitorie, contribuendo così al potenziamento del sistema di *private enforcement* del diritto della concorrenza.

Analogamente, dal lato dell'Autorità, la transazione rappresenta indubbiamente un'opzione vantaggiosa, consentendo sia un'ottimizzazione delle sue risorse, in vista di una diversa allocazione delle stesse, sia una riduzione del contenzioso, dal momento che le decisioni adottate in sede di transazione sono impugnate con minore frequenza rispetto a quelle ordinarie. Ciò contribuisce, in ultima analisi, a rafforzare l'efficacia complessiva del sistema di *public enforcement* del diritto *antitrust*.

Con riferimento al *settlement* nei procedimenti *antitrust* condotti, nello specifico, dall'AGCM, emerge che, ad oggi, il suo impatto risulti del tutto marginale. A conferma di ciò, a circa due anni dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano, l'Autorità non ne ha ancora fatto uso. Si auspica che in futuro, anche in ragione dell'ampio ventaglio di casi risolvibili con *settlement*, l'Autorità garante ne favorisca l'applicazione, consentendo in prospettiva un'analisi più approfondita sia delle modalità interpretative della disciplina sia delle potenzialità applicative dell'istituto.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

-A-

— AFFERINI. *Azione di classe e danno antitrust, in* Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2010, pp. 493-494.

— AL MUREDEN, BASTIANON, CASOLARI, DAL POZZO, DE PAMPHILIS, DI FEDERICO, FERRARO, FRATEA, SCHEPISI. *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* (a cura di) Pietro Manzini, Giappichelli, 2017.

— ALIENDE RODRIGUEZ, NOORALI. *Case T-180/15 Icap v. Commission: The Facilitator Doctrine and Other Cartel Concepts in Hybrid Settlements*, Journal of European Competition Law & Practice 2018, n. 9, 320-322.

— ALLAIN AND OTHERS. *Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from the European Union*, International Review of Law Economics, n. 42/2015, p. 38.

— ARENA et al. *Codice della concorrenza,* Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pp. 325-349.

— ASCIONE, MOTTA. *Settlements in Cartel Cases, EU Competition Law and Policy Workshop Proceeding*, 2008.

— AVENA. *Il private antitrust enforcement*, *dalle origini pretorie all'attuale assetto positivo*, Università degli Studi Roma Tre.

-B-

— BARBIER DE LA SERRE, LAGATHU. *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Still Time for a Refresh of the Guidelines*, Journal of European Competition Law & Practice 2020, n. 11, 537-549.

— BELLAMY & CHILD. *European Community Law of Competition*, Londra, 2010.

— BELLIS. *Cartel Settlements* in Conference on the Fight against Hard Core Cartels in Europe, Madrid, November 2014b.
— BELLIS. *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure (2014a*) in Competition Policy International.

-C-

— CALINI, CHIEPPA. *Procedure antitrust in Italia*. Milano: Giuffrè editore, 2018.
— CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU. *Fondamenti di Procedura penale*, CEDAM, 2023, pp. 753-770.
— CAPRILE, SCHINAIA. *Commento all'art.14-quater della legge n. 287/1990*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 854-855.
— CARINGELLA, *Manuale Ragionato di Diritto Amministrativo*, 2024, Dike Giuridica, pp. 934-954.
— CASSINIS. *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, Dizionario sistematico della Concorrenza, Jovene, 2013, pp. 397-399.
— CATRICALÀ, TROIANO (a cura di). *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.
— CAYSEELE, CAMESASCA, HUGMARK. *The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Overdeterrence*, Antitrust Bulletin, n. 53/2008, p. 1083.
— CERULLI IRELLI, CARBONE. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023
— CHIEPPA. *Coordination between Private and Public Antitrust Enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement* in BENACCHIO, CARPAGNANO (a cura di*), Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019.
— CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D. LG. 19 gennaio 2017, n. 3),* in Dir. Proc. Amm., 208, pp. 1207 ss..
— CIORRA. *L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi follow on, in Rassegna avvocatura dello stato*, n. 2/2017, pp. 1-20.

— CLARICH. *Manuale di Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, 2021.
— COMBE, MONNIER, *Fines Against Hard-core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*, Antitrust Bulletin, n. 56/2011, p. 235.
— COMOGLIO, Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. *Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2017, p. 998 ss.
— Conferenza di Global Competition Review, *Global Cartel Settlement: is it Possible*?, Miami, settembre 2013.

-D-

— D'ALBERTI. *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement,* Dizionario Sistematico della Concorrenza (a cura di Lorenzo F. Pace), Jovene Editore, 2013, p. 395.
— D'ANGELO. *Codice di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2022.
— DEKEYSER. *Alternative Procedures in the European Antitrust Legal Framework-Cartel Settlements and Commitment Decisions*, in EU-China Competition Policy Conference, Wuxi, 2012.
— DEL VESCOVO. *Il Danno da Illecito Antitrust Nella Disciplina del d. lgs. n. 3/2017.* Sapienza Legal Papers, n. 5/2016, p. 47; si v. anche MONTANARI. *Il danno antitrust*. Assago: Wolters Kluwer, 2019.
— DI FEDERICO. *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri,* in MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza,* Torino, 2017.

-F-

— FATTORI, TODINO. *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.
— FAULL, NIKPAY (a cura di). *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007.
— FERRARA. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023.
— FILIPPELLI. *Abusi di posizione dominante (anno 2016)*, Concorrenza e Mercato: Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual Property, n. 24/2017, p. 305.

— FORRESTER, *Modernization of EC Competition Law*, Fordham Int'l L. J. 1999, n. 23, pp. 1028 ss.
— FRENI. *Commento a L. 10 ottobre 1990, n.287 (art.14-ter)*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 833-856.

-G-

— GHEZZI. *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in AA.VV., *Governo dell'impresa, del mercato e delle regole, scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, 869.
— GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Seconda edizione, Giappichelli, 2021.
— GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Terza edizione, Giappichelli, 2023.
— GHIDINI, FALCE. *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale 2/1999, pp. 321-322.
— GIANGASPERO, *Pometon v. Commission: Reviving Staggered Hybrid Settlements?*, Journal of European Competition Law & Practice 2020, n. 11, 509.
— GIOVAGNOLI. *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*. Relazione al Convegno Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati, 2013.
— GOLIA. *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di "prova privilegiata".* Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 2/2021, 379-410.
— GRECO. *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativi*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2016, pp. 999 ss.
— GREEN. *Evidence and Proof in EC Competition Cases*, in SLOT-MCDONNELL, *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, London, 1993, p. 127.
— GUERRI. *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, pp. 156 ss.
— GULLO. *Commento a L. 10 ottobre 1990, n.287 (art.15-bis, 15-septies)*, in Arena, Chieppa (a cura di), Codice della Concorrenza, Giuffré, 2023, p. 906-925.

-H-

— HAEGEMAN, GHIORGHIES. *EU: Hybrid Antitrust Settlements*, in GlobalCompetitionReview.com, 2021.
— HAEGEMAN, GIORGHIES. *European competition law enforcement time to settle our differences*, European Competition Law Review, volume 41, edizione n. 2/2020, p. 63.
— HANSEN, YOSHIDA. *Cartel Settlements & Leniency in the United States and the European Union* in una Presentezione tenuta a Tokyo nel novembre 2012.
— HIRSCH, MONTAG, SÄCKER. *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008.
— HÜSCHELRATH-LAITENBERGER, *The settlement procedure in the European Commission's cartel cases: An early evaluation*, Journal of Antitrust Enforcement, n. 5/2017, pp. 458-487.

-K-

— KOPONEN, SKARPA. *EU: Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission*, in HAMER (a cura di), *The Settlements Guide*, Prima edizione, 2021, Global Competition Review, pp. 25-41.
— KROES. *Settlements in Cartel Cases*, in 12th Annual Competition Conference, Fiesole, settembre 2008.

-L-

— LAINA, BOGDANOV. *The EU cartel settlement procedure: latest developments*, Journal of European Competition Law & Practice, 2017, Vol. 8, No. 5, p. 338.
— LAINA, LAURINEN. *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, Journal of European Competition Law & Practice n. 4/2013, p. 302.
— LEMBO, BITONTO. *Importazioni parallele. Il caso AB InBev: quali indicazioni per le imprese?*, Newsletter Practice Concorrenza/Antitrust, BonelliErede, n. 3/2020.

— LOPOPOLO. *Trucks cartel: un nuovo capitolo tutto italiano* in Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2021, pp. 595-599.

-M-

— MARINIELLO. *Do European Union Fines Deter Price Fixing?*, Bruegel Policy Brief, n. 4/2010.
— MELI. *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, Mercato Concorrenza Regole, n. 2/2007, p. 201.
— MUSCOLO. «*Public e private enforcement* (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in *20 Anni di Antitrust*, RABITTI BEDOGNI, BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, pp. 1015 e segg.
— MUSCOLO. *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*
— MUSCOLO. *Implications of commitments, settlements & confidential information for courts,* AECLJ Hague Conference, 21st Annual Meeting, L'Aia 15-17 giugno 2023.
— MUSCOLO. *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust* in Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa, n. 2/2017, pp. 391-410.

-N-

— NASCIMBENE. *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (direttiva 2014/14/*UE), in www.eurojus.it.
— NEGRI. *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 480; si *v.* anche GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, p. 49.

-O-

— O'BRIEN. *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, in 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Firenze, giugno 2008.
— OLSEN, JEPHCOTT. *The European Commission's Settlement Procedure* (2010) 25 Antitrust 76 and VASCOTT, *EU Cartel Settlements: Are They Working*? (2013) in Global Competition Review.
— ORTIZ BLANCO. *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006.

-P-

— PAPPALARDO. *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2019.

-R-

— ROSSI DAL POZZO. *Codice della concorrenza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019.

-S-

— SCHINKEL. *Effective Cartel Enforcement in Europe*, World Competition Law and Economic Review, n. 30/2007, p. 539;
— SCORDAMAGLIA. *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees*, Competition Law Review 2010, n. 7, 5-52.
— SMUDA. *Cartel Overcharges and The Deterrent Effect of EU Competition Law*, J. Comp. L & Ec. 2014, n. 10, 63-86.
— STELLA. *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, in Pace (a cura di) Dizionario sistematico della concorrenza, Jovene, 2013, pp. 155-169.
— STEPHAN. *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, International & Comparative Law Quarterly, n. 58/2009, p. 627.

-T-

— TODINO. *Il procedimento antitrust dinanzi alla Commissione*, in PACE (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 184-198.
— TORCHIA. *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2013, il Mulino, pp. 50-530.
— TRABUCCHI. *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, 2022, pp. 159-165 e 198-206.
— TRAVI. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2023.

-U-

— UBERTAZZI. *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e Concorrenza*, Milano, 2019.
— URBANI. *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in Diritto Penale Contemporaneo, n.2/2017, pp. 148-149.

-V-

— VAN BAEL, BELLIS. *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009.
— VAN DE GRONDEN. *Competition Law in the EU Principles Substance Enforcement*, Edward Elgar Publishing, 2021; GHEZZI, OLIVIERI. *Diritto antitrust*, Torino, 2023, pag. 36.
— VANDENBORRE, GOETZ. *EU Competition Law Procedure*, in Journal of European Competition Law and Practice, n. 3/2012.
— VATIERO. *I programmi di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, Concorrenza e mercato, n. 16/2008, pp. 439-440.
— VELJANOVSKI. *Cartel Fines in Europe: Law, Practice and Deterrence*, World Competition Law and Economic Review, n. 30/2007, p. 65.
— VESE. *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali,* Civil Procedure Review, *v*. 11, n. 2/2020.

-W-

— WAELBROECK. *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées: Que va-t-il rester aux juges?,* in Global Competition Working Paper, 2008.
— WILS. *The Use of Settlements in Public antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in World Competition, 2008.
— WILS. *EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, World Competition, 2011, p. 189.
— WILS. *The Use of Leniency in Eu Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years*, World Competition: Law and economics Review, vol. 39, n. 3, 2016, p. 338.
— WISH, BAILEY. *Competition Law*, Oxford, 2012.

Giurisprudenza italiana, europea e internazionale

-C-

— C. giust. CE, 14 luglio 1972, *ACNA c. Commissione,* C-57/69.
— C. giust. CE, 15 luglio 1970, *Boehringer Mannheim c. Commissione,* C-45/69.
— C. giust. CE, 24 giugno 1986, *AKZO,* C-53/85.
— C. giust. CE, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland and others c. Commissione,* cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C217/00P e C-219/00P.
— C. giust. UE, *Xellia Pharmaceuticals and Other v Commission,* C-611/16 P.
— C. giust. UE, 12 gennaio 2017, *Timab Industries e CFPR c. Commissione europea*, C-411/15 P.
— C. giust. UE, 14 dicembre 2000, *Masterfoods*, C-344/98.
— C. giust. UE, 14 luglio 2017, *LG Electronics*, C-588/15 P, C-622/15 P.
— C. giust. UE, 18 luglio 2013, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione*, C-501/11 P.

— C. giust. UE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd*, C- 453/99.
— C. giust. UE, 23 novembre 2017, *Gasorba*, C-547/16.
— C. giust. UE, 24 giugno 2015, *Fresh Del Monte Produce Inc. v. Commission*, C-293/13 P e C-294/13 P.
— C. giust. UE, 26 gennaio 2017, *ROCA*, C-637/13 P.
— C. giust. UE, *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P.
— Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232.
— Cass. Civ., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.
— Cass. Civ., Sez. III, 12 aprile 2011, n. 8421.
— Cass. Civ., Sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116.
— Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2016, n. 6673.
— Cass. Sez. Un. Civ., 20 gennaio 2014, n. 1013.
— Commissione europea, decisione sul caso *Fosfati per mangimi,* AT.38866.
— Commissione europea, decisione sul caso *Derivati sui tassi di interesse in yen*, AT.39861.
— Commissione europea, decisione sul caso *Autocarri*, AT.39824, disponibile per la consultazione all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8750_4.pdf
— Commissione europea, decisione sul caso *Preclusione del mercato da parte di ARA*, AT.39759, disponibile per la consultazione all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39759/39759_3071_5.pdf
— Commissione europea, decisione sul caso *AB Inbev, Restrizioni al commercio della Birra,* AT.40134, disponibile per la consultazione all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40134/40134_2872_5.pdf
— Commissione europea, decisione sul caso *Stirene Monomero*, AT.40547, disponibile per la consultazione all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202330/AT_40547_9160373_2598_8.pdf

— Commissione europea, decisione sul caso *SNBB*, AT.40636, disponibile per la consultazione all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202447/AT_40636_10356597_3607_4.pdf
— Consiglio di Stato n.5733 dell'8 novembre 2001, *Cooperativa Vigilanza Sardegna*.
— Consiglio di Stato, Sez VI, n. 3571/2022.
— Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 13 dicembre 2011, n. 6525, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 dicembre 2007, n. 6469, *Lottomatica-Sisal*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20 aprile 2011, n. 2438, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20 maggio 2011, n. 3013, *Riciclaggio delle Batterie Esauste*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 dicembre 2010, n. 9565, *Ras-Generali/Iama Consulting*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 4773/2014.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697, *Associazione Nazionale Esercenti Cinematografi Lombarda*.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697, *Associazione Nazionale Esercenti Cinematografi Lombarda*.
— Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza del 20/05/2022, n. 4022.
— Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 2 febbraio 2023, n. 1159.
— Consiglio di Stato, Sez. VI n. 3571/2022.
— Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, n. 43509/08, sentenza del 27 settembre 2011.
— Corte EDU, Sessione Plenaria, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976.

-T-

— Tar del Lazio, Sez. I, sentenza del 9 gennaio 2013, n. 125, *Posta Elettronica Ibrida*.

— Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*, confermato in appello da C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05P, *SGL Carbon c. Commissione*.
— Trib. CE, 8 luglio 2004, *Corus UK c. Commissione*, T-48/00.
— Trib. UE, 8 luglio 2008, *BPB*, T-53/03.
— Trib. UE, 12 dicembre 2014, *ENI*, T-558/08.
— Trib. UE, *Icap plc, Icap Management Services Ltd e Icap New Zealand c. Commissione*, T-180/15.
— Trib. UE, 27 settembre 2017, *Scania e altri c. Commissione*, T-799/17, poi confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia (Decima sezione) del 1 febbraio 2024, C-251/22 P.
— Trib. UE, 24 settembre 2019, *HSBC c. Commissione*, T-105/17.
— Trib. UE, 8 luglio 2004, *Sumitomo Chemical Co. Ltd. c. Commissione*, T-22/02 e T-23/02.
— Trib. UE, 13 dicembre 2016, *Printeos e altri c. Commissione*, T-95/15.
— Trib. UE, 20 maggio 2015, *Timab Industries*, T-456/10.
— Trib. UE, *Tokin v Commission*, T-343/18.
— Trib. UE, 16 giugno 2011, *Ziegler*, T-199/08.
— Tribunale delle imprese di Milano, sentenza del 4 ottobre 2018, n. 9759.
— Tribunale delle imprese di Milano, sentenza del 9 novembre 2015, n. 12547.

Altri documenti

-A-

— AAI. *Osservazioni dell'Associazione Antitrust Italiana sulla Bozza di Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della Legge 10 ottobre 1990, n. 287*.
— ASSONIME, *Risposta a Consultazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato:* Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, n. 7/2023.

— Avvocati Generali dell'Unione europea, conclusioni:
  – AG Léger 3 febbraio 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P.
  – AG Kokott, 3 luglio 2007, *AGCM c. ETI*, C-280/ 06.
  – AG Bot, 29 marzo2011, *ArcelorMittal Luxembourg*, C-201/09 P, C-216/09 P.
  – AG Mengozzi, 19 dicembre 2013, *Siemens Österreich*, C-231/11 P, C-232/11 P e C-233/11 P.

-C-

— Commissione europea, Comunicato stampa IP/08/1056.
— Commissione europea, Comunicato stampa IP/16/2582.
— Commissione europea, Comunicato stampa IP/16/3116.
— Commissione europea, Comunicato stampa IP/19/2488.
— Commissione europea, Comunicato stampa IP/22/7168.
— Commissione europea, Comunicato stampa IP/23/5104.
— Commissione europea, Comunicazione *Ammende in caso di violazione del diritto della concorrenza*, novembre 2011.
— Commissione europea, Memorandum MEMO/08/458.
— Consigliere-auditore della Commissione europea, relazione finale sul caso AT.39914: *Derivati sui tassi di interesse in euro*, 2019/C 130/04.

-O-

— OECD, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*, OECD Publishing, Paris, 2008.