

EDITORIALE – 4 MAGGIO 2016

I programmi di clemenza come
strumento del diritto della
concorrenza

di Beniamino Caravita

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

e Annalisa D'Urbano

Socio CdTA



I programmi di clemenza come strumento del diritto della concorrenza^{*}

di Beniamino Caravita

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

e Annalisa D'Urbano

Socio CdTA

Sommario: Premessa. **1.** Definizione generale. **2.** I programmi di clemenza nel contesto europeo. **3.** La disciplina nazionale e la recente giurisprudenza amministrativa sui programmi di clemenza. **4.** Rapporti tra procedimento *antitrust* e azione civile.

Premessa

Tra il 26 ed il 29 Aprile, la città di Singapore ed, in particolare, alcuni dei suoi luoghi iconici quali la *Marina Bay Sands*, la *National Gallery*, i *Gardens by the Bay*, i *Botanic Gardens* e l'*UNESCO World Heritage site*, hanno fatto per la prima volta da cornice alla Conferenza annuale organizzata dall'ICN (*International Competition Network*), ossia dall'organismo internazionale che rappresenta le Autorità nazionali e multinazionali preposte alla tutela della concorrenza.

L'evento si è rivelato una interessante occasione di dialogo – informale, ma nel contempo altamente specializzato – su alcune delle più attuali tematiche del diritto della concorrenza che, impattando sul mercato globale, suggeriscono l'adozione di misure coordinate e razionalizzate (raccomandazioni, *best practices*, ecc.) da parte dei vari attori internazionali.

I plurimi gruppi di lavoro ed i tavoli tecnici organizzati nei quattro giorni di conferenza hanno, tra l'altro, discusso: del complesso rapporto di interazione e completamento (ma anche di potenziale conflitto) tra il *Private and Public Enforcement*; della cooperazione tra le varie Agenzie, delle sanzioni, delle teorie applicabili all'accertamento delle pratiche escludenti, delle pratiche

* Beniamino Caravita ha partecipato in qualità di *non governative agent* alla *International Competition Network Annual Conference*, tenutasi del 26 al 29 aprile 2016 a Singapore.



raccomandate per il controllo delle concentrazioni, della promozione e dell'implementazione della concorrenza nelle attività economiche, della massimizzazione dell'impatto assegnato agli studi afferenti il mercato rilevate per renderne più agevole l'individuazione, dello sviluppo dei metodi di indagine, delle esperienze condivise e degli insegnamenti acquisiti.

Tra le questioni affrontate spicca quella dei programmi di clemenza (*leniency program*) sui quali, per la rilevanza delle implicazioni teoriche e pratiche sottese, è opportuno svolgere alcune considerazioni, anche alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza¹.

1. Definizione generale

I programmi di clemenza sono strumenti tesi a promuovere l'emersione delle intese anticoncorrenziali, stimolando le imprese partecipanti al cartello all'"auto-denuncia" ed alla attiva e determinante collaborazione (soprattutto mediante l'acquisizione degli elementi probatori) al loro accertamento; ciò in cambio della non applicazione – ovvero di una sostanziale riduzione – delle sanzioni previste per quelle violazioni.

In tal senso, siffatti programmi sono stati ritenuti utili ad individuare ed a porre termine a condotte anticoncorrenziali (spesso segrete e difficilmente accertabili), contribuendo all'obiettivo dell'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (Corte di Giustizia, sentenza Pfleiderer, C-360/09, giugno 2011, punto 25).

Lo scopo dei *leniency programs* è ingenerare incertezze all'interno delle intese, al fine di incoraggiare la loro denuncia alla Commissione ed alle Autorità nazionali competenti (Corte di Giustizia, sentenza LG Display e LG Display Taiwan/Commissione, C-227/14, aprile 2015, punto 87). Tali incertezze sono connesse alla circostanza che un solo partecipante al cartello segreto (cioè quello che per prima denuncia) è in grado di beneficiare dell'immunità totale e che, in qualsiasi momento, la Commissione può identificare l'esistenza di siffatta condotta abusiva. L'implementazione dei programmi di clemenza è perciò in qualche modo connessa alla percezione dell'efficace esercizio dei poteri investigativi (tra cui il potere ispettivo): maggiore è il rischio che l'intesa venga scoperta, più alto sarà l'interesse delle imprese a denunciare il cartello.

¹ Per l'approfondimento delle tematiche trattate si suggeriscono i seguenti documenti messi a disposizione dall'ICN in vista della Conferenza: Chapter "Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy" of the Anti-Cartel Enforcement Manual, consultabile all'indirizzo: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf> ed "ICN Leniency Waiver Templates and Explanatory Note" accessibile all'indirizzo: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1012.pdf>.



La scelta di fondo è stata quella di non utilizzare con pienezza la leva sanzionatoria, ritenendo prevalente l'interesse pubblico a disvelare il comportamento collusivo premiando il “ravvedimento” dell'impresa che decide di collaborare, nonché di adoperarsi per eliminare o ridurre le conseguenze dell'illecito *antitrust* (c.d. «*race to the courthouse*»).

In linea generale, l'immunità o la riduzione della sanzione sono collegate: (i) alla tempestività della collaborazione prestata; (ii) nonché alla qualità delle informazioni fornite.

2. I programmi di clemenza nel contesto europeo

Nell'Unione Europea non esiste una disciplina unitaria della clemenza, bensì una pluralità di programmi (26 programmi nazionali oltre a quello della Commissione) tra loro autonomi, ancorché ispirati ad un unico “programma di clemenza modello”, vale a dire il *Model Leniency Programme*, adottato nel 2006 dall'ECN “European Competition Network”, organo di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali.

Il punto 1 della comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101, pag. 43) ha affermato: “*Il Regolamento n. 1/2003 (...) istituisce un sistema di competenze parallele in base al quale la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (...) possono applicare l'articolo [101 TFUE] e l'articolo [102 TFUE]. La Commissione e le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche Autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le Autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli [101 TFUE] e [102 TFUE] e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa. La rete è denominata “European Competition Network” (ECN) (...)*”.

L'assenza di una completa armonizzazione del regime di clemenza a livello europeo fa sì che i programmi si inseriscono in un quadro di competenze definite, appunto, “parallele” delle autorità di concorrenza per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, secondo quanto disposto dal Reg. CE n. 1/2003.

Conseguentemente, i programmi pur essendo rispettosi del diritto dell'Unione (Regolamento n. 1/2003) - non potendo gli stati membri rendere impossibile o difficile l'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (Corte di Giustizia, sentenza Pfeleiderer, C-360/09, giugno 2011, punto 24, nonché Kone e a., C-557/12, giugno 2014, punto 26) - sono destinati a coesistere



autonomamente, senza che possa rintracciarsi una connessione giuridica tra le domante presentante nei diversi paesi interessati dall'infrazione.

Al riguardo, occorre, innanzitutto, chiarire che la domanda di clemenza avanzata nei confronti di una determinata autorità nazionale di concorrenza non viene considerata come presentata anche presso altre autorità eventualmente interessate (vedi punto 38 della Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza 2004/C 101/03). Ne discende che l'impresa che intenda beneficiare di siffatto strumento ha l'onere di attivarsi anche presso le altre autorità presentando analoghe domande. In proposito, il punto 1 del programma modello di clemenza dell'ECN ha sottolineato l'interesse delle imprese a chiedere il trattamento favorevole a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE nel territorio interessato dall'infrazione.

Per facilitare tali operazioni e ridurre gli oneri amministrativi delle imprese sono stati creati dei meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi, quali la possibilità di presentare domande multiple in forma semplificata, secondo il citato modello delineato dall'ECN.

Il tema afferente le forme di coesistenza tra i programmi di clemenza a livello europeo è stato al centro di una recente sentenza della Corte di Giustizia resa, nel gennaio 2016, nella causa C-428/14, *DHL Express (Italy) S.r.l. e a. / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a.*

La vicenda giudiziaria trae origine dall'intesa anticoncorrenziale sui trasporti da e per l'Italia posta in essere da 19 operatori di settore sanzionata dall'AGCM nel 2011, con multe di circa 76 milioni di euro (provvedimento n. 22521 del 2011). Dalla ricostruzione svolta dall'AGCM, Schenker Italiana S.p.a. aveva consentito la scoperta del cartello godendo, nella qualità di prima denunciante, dell'immunità. DHL Express (Italy) S.r.l. e DHL Global Forwarding (Italy) S.p.a. e Agility Logistics S.r.l. – che pure avevano collaborato all'indagine – avevano invece usufruito di una riduzione della sanzione.

DHL Express Italy e DHL Global Forwarding Italy avevano impugnato il provvedimento dell'AGCM dinanzi al TAR Lazio (sent. n. 03034/2012) e poi in appello (Rg. n. 4998/2012), ivi lamentando che l'Autorità avrebbe dovuto tener conto del fatto che le società avevano presentato una domanda d'immunità alla Commissione europea già nel 2007 e cioè prima che Schenker avanzasse un'analogo domanda dinanzi all'AGCM. Da ciò, la difesa faceva discendere che l'immunità totale garantita dal programma di clemenza sarebbe dovuta spettare a DHL e non a Shenker.

Con Ordinanza n. 4508 del 2014, il Consiglio di Stato, evidentemente persuaso dalle interpretazioni dedotte dalla difesa DHL, ha formulato diversi quesiti in merito all'interpretazione



del diritto dell'unione per quanto concerne il rapporto esistente tra il programma di clemenza comunitario e quello nazionale coesistenti all'interno dell'ECN.

Con sentenza depositata in data 20 gennaio 2016, la Corte di Giustizia ha definitivamente chiarito che:

- gli strumenti adottati nell'ambito della rete europea della concorrenza, segnatamente il programma modello di clemenza di tale rete, non hanno effetto vincolante nei confronti delle autorità nazionali garanti della concorrenza;
- tra la domanda d'immunità che un'impresa abbia presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione europea e la domanda semplificata presentata per la medesima intesa a un'autorità nazionale garante della concorrenza non sussiste alcuna connessione giuridica che obblighi tale autorità a valutare la domanda semplificata alla luce della domanda d'immunità;
- un'autorità nazionale garante della concorrenza può accettare una domanda semplificata d'immunità di un'impresa che abbia presentato alla Commissione non una domanda d'immunità totale, bensì una domanda di riduzione di ammende.

Tale pronuncia conferma, dunque, la corretta applicazione delle norme da parte dell'AGCM, avendo riguardo all'autonomia dei procedimenti di clemenza e conseguentemente al ranking dei leniency applicant.

La stessa ha, inoltre, il merito di aver chiarito il rapporto tra i diversi procedimenti attivati a livello comunitario, valorizzando l'autonomia e l'indipendenza dei rispettivi moduli procedimenti.

3. La disciplina nazionale e la recente giurisprudenza amministrativa sui programmi di clemenza

Il legislatore italiano ha espressamente previsto tale strumento premiale all'art. 15, comma 2-bis della L. 287/1990², rimettendone la disciplina attuativa ad un successivo provvedimento dell'AGCM a carattere normativo³.

² La norma, introdotta dall'art. 14, comma 2, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248 (cd "Decreto Bersani") prevede che: "*Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario*".

³ In realtà prima ancora della riforma, l'Autorità aveva sperimentato modelli di clemenza premiando un'impresa che con le proprie dichiarazioni confessorie aveva consentito all'AGCM di avviare un procedimento, successivamente conclusosi con l'accertamento di un cartello segreto nel settore degli esplosivi (*Esplosivi da mina*, 26 giugno 1997). In tale occasione, l'Autorità evidenziò come l'interesse dei consumatori e dei cittadini a che le intese restrittive della concorrenza siano scoperte ed effettivamente



A tal fine quest'ultima ha adottato la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni del 15 febbraio 2007 (modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

Stando a quanto espressamente previsto dalla menzionata Comunicazione, i programmi di clemenza consentono di riconoscere l'immunità dalle sanzioni e la loro riduzione (fino al 50%) alle imprese partecipanti ad accordi orizzontali segreti, che ne denuncino spontaneamente l'esistenza all'Autorità.

La comunicazione, a seguito delle recenti modifiche, specifica che la segretezza non implica che tutti gli aspetti della condotta delle imprese siano segreti, essendo sufficiente che non siano noti al pubblico o ai clienti e/o ai fornitori, in particolare, gli elementi che rendono più difficile rilevare la complessiva portata della condotta.

Mostrando un approccio sostanzialista in linea con le previsioni europee, la Comunicazione prevede inoltre che possano beneficiare dei programmi di clemenza anche i partecipanti ad accordi verticali o a pratiche orizzontali diverse dai cartelli segreti⁴.

Al fine di poter accedere al programma di clemenza è necessario rispettare una serie di condizioni di tipo sia oggettivo che soggettivo, che possono sintetizzarsi: **a)** nella natura decisiva delle informazioni e/o prove documentali fornite ai fini dell'accertamento dell'infrazione; **b)** nella novità dei fatti segnalati; **c)** nell'impegno ad una collaborazione 'piena' (astensione dalla distruzione delle prove, sospensione della condotta illecita, mantenimento della riservatezza sull'intenzione di presentare la richiesta di accesso, protrarsi della cooperazione per tutta la durata del procedimento).

Sotto il profilo pratico, le imprese che intendano accedere ad un leniency program possono contattare, anche in forma anonima, l'Autorità, direttamente o tramite un proprio consulente. Le domande di trattamento favorevole concernenti la stessa intesa sono valutate dall'Autorità seguendo l'ordine in cui pervengono. Conseguentemente, solo il soggetto che per primo presenta la domanda può fruire dell'immunità, mentre i successivi denunciatori possono accedere (anche in

vietate riveste importanza prevalente rispetto all'interesse d'infliggere ammende alle imprese che, collaborando con le autorità antitrust, consentono di scoprire i cartelli o contribuiscono al raggiungimento di tale obiettivo.

⁴ Nel caso I733 - *Servizi di agenzia marittima*, 22 febbraio 2012, l'Autorità ha applicato il programma di clemenza a una fattispecie che presentava sia aspetti verticali che elementi di non segretezza. Tale provvedimento è stato annullato con sentenza del TAR Lazio, 16 ottobre 2012, n. 8862, che tuttavia non ha affrontato le questioni relative all'ambito di applicazione del programma di clemenza.



relazione alla tempestività ed alla qualità delle informazioni fornite) solo ad una riduzione delle sanzioni.

Per garantire l'efficiente e trasparente funzionamento di siffatto sistema l'AGCM – in linea con una prassi ormai ampiamente sperimentata e suggerita anche dall'ICN – assegna a ciascuna istanza un cd. *marker*. Tale strumento consiste in una ricevuta che attesta la data e l'ora di ricezione della domanda⁵.

La disciplina nazionale, pur in massima parte analoga a quella comunitaria, differisce da quest'ultima per alcuni aspetti concernenti sia i soggetti ammessi che l'ambito oggettivo di applicazione dei programmi in esame.

Con riguardo ai soggetti ammessi il programma nazionale, a differenza di quello comunitario, non esclude il cd. *coercer* e cioè le imprese che abbiano adottato misure volte a costringere altre imprese a partecipare al cartello. Sotto il profilo oggettivo, in Italia, l'accesso al Programma di clemenza è subordinato alla verifica circa la natura “decisiva” delle informazioni ed evidenze fornite dal *leniency applicant*, mentre la Comunicazione della Commissione richiede che le informazioni e le evidenze siano tali da consentire di effettuare accertamenti ispettivi. In ogni caso, i benefici sono riconosciuti, sia a livello nazionale che europeo, solo alle imprese che prestino una collaborazione qualificata.

Infine, il procedimento teso alla non applicazione della sanzione può concludersi con le seguenti decisioni:

1. rigetto della domanda per insussistenza dei requisiti. In tal caso, l'impresa può comunque richiedere che l'Autorità consideri la propria domanda ai fini di una riduzione della sanzione. Tale riduzione può essere applicata ove l'Autorità ritenga che le evidenze prodotte rafforzino in misura significativa l'impianto probatorio⁶. In alternativa, alla richiesta di riduzione l'impresa può domandare che gli elementi di prova trasmessi ai fini della presentazione della propria domanda siano ritirati;

⁵ Il sistema del marker consente di presentare una domanda incompleta e di chiedere all'Autorità di fissare un termine entro il quale la domanda dovrà essere perfezionata, con la conseguenza che se la richiesta di un marker viene accolta e la domanda perfezionata entro il termine stabilito dall'Autorità, l'istanza di accesso al programma si considera pervenuta in forma completa alla data di accoglimento della richiesta del marker

⁶ Al fine di determinare la misura adeguata della riduzione della sanzione, l'Autorità prende in considerazione una serie di ulteriori elementi quali, a titolo esemplificativo, la tempestività ed il grado della collaborazione prestata dall'impresa, la valenza probatoria del materiale prodotto. Peraltro, la Comunicazione specifica che ove dal materiale prodotto emergano delle circostanze aggravanti, queste ultime non possono essere addebitate ai fini della determinazione della sanzione.



2. accoglimento della domanda con decisione condizionata. In tal caso, se le condizioni imposte non vengono rispettate, l'impresa è definitivamente esclusa dal programma di clemenza.

A distanza di circa dieci anni dall'introduzione ex lege di tali strumenti, non si può non constatare lo scarso successo che gli stessi hanno, almeno sino a questo momento, registrato nel contesto nazionale.

Stando alle informazioni riportate nella relazione 2013, dal 2007 al 2013, l'Autorità ha ricevuto circa 50 domande di clemenza, gran parte della quali aventi rilevanza comunitaria. Le richieste di clemenza che hanno determinato l'apertura di istruttorie successivamente definite con l'accertamento di intese restrittive sono state 4 e, se si considera anche il procedimento avviato prima del 2007, il trattamento favorevole risulta esser stato accordato in 5 casi. Ai dati riportati nella Relazione AGCM 2013, deve aggiungersi che nel dicembre dello stesso anno l'Autorità ha ricevuto un'ulteriore domanda di clemenza da parte della società Calcestruzzi S.p.a.. Quest'ultima, grazie alla collaborazione prestata, ha consentito all'Autorità di accertare che, dal 2010, le principali aziende del settore avrebbero attuato due intese per fissare i prezzi e spartirsi la clientela: una, nelle province di Udine, Pordenone, Gorizia e Treviso; l'altra, nella provincia di Trieste. In cambio dell'autodenuncia, Calcestruzzi ha ottenuto una riduzione dell'ammenda. L'istruttoria si è conclusa con provvedimento n. 25401 recante le seguenti sanzioni: 1.782.660 euro alla General Beton Triveneta, 3.454.587 alla Calcestruzzi Zillo, 145.663 alla Calcestruzzi Nord Est, 46.011 euro alla Nuova Calcestruzzi, 331.322 euro alla Cobeton e, infine, 504.952 euro a Friulana Calcestruzzi. Il provvedimento in parola, nonché le sanzioni dal medesimo comminate (per oltre 12,5 milioni di euro) sono state confermate dal Tar Lazio, Sez. I[^], con sentenze n. 4095-4099, pubblicate lo scorso 6 aprile 2016 rese nei giudizi incardinati dalle imprese sanzionate. Particolarmente interessante per il tema ivi oggetto di trattazione è il punto della sentenza 4095/16, nel quale il Tar Lazio ha statuito in ordine all'impossibilità di considerare la collaborazione prestata dalle imprese interessate nel corso del procedimento istruttorio quale circostanza attenuante. In merito, il Collegio ha ritenuto legittima la scelta discrezionalmente avallata dall'Autorità in quanto conforme al punto 23, secondo trattino, delle Linee Guida sulle sanzioni *«secondo cui «Per le fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del programma di clemenza dell'Autorità, la cooperazione delle imprese sarà valutata esclusivamente secondo le disposizioni del programma di clemenza».* Tale previsione, stando a quanto affermato dal Tar Lazio, *«da un lato, risulta conforme agli Orientamenti della Commissione (punto 29, secondo cui la collaborazione, per essere riconosciuta come attenuante, deve avvenire «al di fuori del campo di applicazione della comunicazione sul trattamento favorevole») ed alla finalità di incentivare le imprese nazionali a collaborare efficacemente alla individuazione e repressione delle intese,*



e dall'altro, prevedendo oltre all'immunità da sanzione per la prima impresa che abbia fornito piena collaborazione, la possibilità di beneficiare di una riduzione delle sanzioni applicabili per le altre imprese che forniscano un'effettiva collaborazione nell'ambito del medesimo programma di clemenza, appare idonea ad assicurare i medesimi effetti della prassi della Commissione europea che riconosce in alcuni casi la riduzione per efficace collaborazione anche in fattispecie in cui vi era stata applicazione del programma di clemenza, imponendo alle imprese interessate – a giudizio del Collegio in modo non irragionevole o vessatorio o discriminatorio, e quindi non illegittimo- l'onere di aderire al programma di clemenza al fine di poter beneficiare di una riduzione della pena in ragione del proprio atteggiamento collaborativo nel corso del procedimento” (Tar Lazio, Sez. I^, sent. n. 4095/2016, p. 27).

Sempre in ordine agli effetti derivanti dall'adesione al programma di clemenza occorre, inoltre, segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez VI^, n 362/16, resa nell'ambito di un giudizio di ottemperanza incardinato da Hapag Lloyd (per l'esecuzione della sentenza del TAR Lazio, n. 16406/2014) confermata dal Consiglio di Stato, Sez.VI^, n. 3406 del 2014. Con tale giudizio, HAP Lloyd mirava, tra le altre cose, ad ottenere la restituzione dell'importo corrisposto nella qualità di lenincy applicant in forza di un provvedimento successivamente annullato dal Giudice amministrativo.

La sottostante vicenda trae origine dall'apertura, da parte dell'AGCM, del procedimento I-733 - *Servizi di Agenzia Marittima*, di contestazione di un'intesa restrittiva della concorrenza nei confronti di alcune agenzie marittime, nonché dell'Associazione Agenti Raccomandati Mediatori Marittimi Agenti Aerei, di Genova e dell'Associazione Spedizionieri Corrieri e Trasportatori, di Genova.

In tale contesto Hapag Lloyd, ha chiesto e ottenuto l'applicazione del programma di clemenza ai sensi dell'art. 15, comma 2-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, offrendo collaborazione, ammettendo il coinvolgimento alle riunioni intervenute tra i soggetti in questione e consentendo all'Autorità di ricostruire l'ambito di operatività dell'intesa.

Con il provvedimento n. 23338 del 22 febbraio 2012, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tesa ad alterare il mercato dei servizi di agenzia marittima mediante l'incremento concertato dei corrispettivi tra società di agenzia marittima, la società Maersk Italia e, appunto, la s.r.l. Hapag –Lloyd Italy.

In particolare, l'Antitrust ha applicato sanzioni amministrative pecuniarie di importo differenziato alle imprese suddette, riconoscendo alla Maersk Italia s.p.a. il beneficio della non imposizione della sanzione e alla Hapag Lloyd Italy il beneficio della riduzione del 50% della sanzione.



Le imprese sanzionate, non beneficiarie del programma di clemenza, hanno impugnato dinanzi al TAR Lazio il provvedimento dell'Antitrust contestando la sussistenza dell'infrazione e la quantificazione della sanzione. Hapag Lloyd, pur evocata in giudizio, non si è costituita, né ha autonomamente impugnato il provvedimento di applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria dimezzata.

Con sentenza n. 362 del 2013 – successivamente confermata anche dal Consiglio di Stato nella decisione n. 3406 del 2014 – il TAR Lazio ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento AGCM per insussistenza dell'infrazione contestata.

Successivamente, Hapag Lloyd ha chiesto all'Autorità la restituzione dell'importo corrisposto ivi ritenendo che le suddette sentenze avessero inciso su un provvedimento unitario, sicché l'annullamento del medesimo doveva considerarsi efficace verso la totalità dei destinatari del provvedimento sanzionatorio (ivi inclusi gli ammessi alla misura di clemenza e non ricorrenti).

Tale richiesta è stata respinta dall'AGCM in forza dell'art. 2909 c. c. — applicabile anche al processo amministrativo — ai sensi del quale l'efficacia del giudicato si estende alle sole parti in giudizio.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 362/2016, ripercorrendo i principi in merito già affermati dal medesimo Collegio e dal Tar, ha affermato che l'impresa beneficiaria del trattamento favorevole della riduzione alla metà della sanzione, conserva pur sempre la legittimazione e l'interesse a impugnare il medesimo provvedimento. La stessa, tuttavia, è priva di legittimazione al ricorso in ottemperanza giacché non si verifica l'estensione in suo favore degli effetti di una sentenza *inter alios* passata in giudicato, al cui giudizio ella è restata estranea⁷.

La medesima pronuncia ha altresì richiamato un consolidato orientamento secondo cui gli effetti del giudicato possono estendersi ai terzi solo se l'atto annullato è indivisibile e a contenuto inscindibile oppure ha carattere collettivo: requisiti che nella specie non sussistono, essendo il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM un atto plurimo.

Conclusivamente, secondo il Collegio, il divieto di estendere gli effetti del giudicato al terzo *leniency applicant* rimasto estraneo al giudizio non contrasta con i principi di equivalenza e di effettività di cui agli artt. 101 e 102 del TFUE, né pregiudica l'attuazione della disciplina relativa ai c. d. programmi di clemenza. E' infatti corretto che: “*l'art. 2909 Cod. civ. vale a impedire a chi non abbia impugnato in termini un provvedimento accertativo e sanzionatorio dell'Autorità di giovarsi*

⁷ Altra questione è comunque quella della ammissibilità della proposizione un ricorso in cognizione del *leniency applicant* per ottenere l'annullamento del diniego di restituzione dell'importo versato a titolo di pagamento della sanzione, pur dimezzata, irrogata in applicazione del detto programma.



dell'annullamento del provvedimento medesimo disposto dal giudice amministrativo su ricorso altrui: e ciò sia nel caso in cui tale provvedimento contenga un accertamento alla luce della normativa nazionale e sia - come nel caso di specie - quando emerga un contrasto con la normativa comunitaria (artt. 101 e 102 del TFUE)". In più, stando a quanto riportato dal *decisum*, "la mancata estensione soggettiva del giudicato discende non dall'aver partecipato a un programma di clemenza, ma solamente dal fatto di non aver impugnato l'atto amministrativo lesivo, e di non avere dunque partecipato alla formazione della sentenza poi passata in giudicato (quando invece il beneficiario del trattamento favorevole, che conserva legittimazione e interesse a impugnare il provvedimento sanzionatorio quantunque l'importo della sanzione risulti ridotto, resta destinatario degli effetti del giudicato se ha impugnato l'atto lesivo). Da ciò discende che il collaborante non è di per sé posto, a causa dell'operatività dell'art. 2909 Cod. civ., in posizione deteriore rispetto ai co-cartelists non collaboranti" (Cons. Stato, Sez. VI[^], sent. n. 362/2016, p. 4.3.).

4. Rapporti tra procedimento *antitrust* e azione civile.

4.1. Il rapporto tra la partecipazione ad un programma di clemenza e la responsabilità in sede civile dell'impresa coinvolta in un cartello *antitrust* costituisce senz'altro una delle questioni più delicate ed attuali nella dialettica tra *public* e *private enforcement*.

Nel nostro ordinamento, come in quello comunitario⁸, la circostanza che un'impresa benefici di un programma di clemenza non la pone al riparo dalle eventuali conseguenze civilistiche (in particolare, da richieste di risarcimento danni) derivanti dalla partecipazione all'intesa anticoncorrenziale. Tale assunto è stato peraltro da ultimo confermato anche nella richiamata sentenza del Tar Lazio, Sez. I[^], n. 4095/16 ove è stato evidenziato come "*l'impresa collaborante... può restare comunque esposta, per il fatto di cui al provvedimento dell'AGCM, a un ipotetico risarcimento del danno, al pari delle altre imprese coinvolte nel procedimento e sanzionate in misura piena.... Sicché l'accertamento del fatto illecito può divenire elemento di prova a favore di chi intenda chiamarla in giudizio con azione di danni*".

Non si può, quindi, escludere che un'impresa che abbia beneficiato dell'immunità totale dalla sanzione, nell'ambito del procedimento *antitrust*, possa poi essere chiamata a rispondere in sede civile dei danni provocati ai terzi in ragione della propria partecipazione al cartello. Sul piano dell'accertamento della responsabilità, anzi, la posizione dell'impresa che ha chiesto la clemenza (c.d. *leniency applicant*) potrebbe essere "peggiore", dal momento che, per poter beneficiare

⁸ Si veda in tal senso la Comunicazione della Commissione 2006/C 298/11, punto 39, secondo cui "*La concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo 81 del trattato CE*". Si vedano, altresì, Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*; 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfeiderer*; Tribunale di primo grado, 22 maggio 2012, T-344/08, *EnBW Energie Baden Wuerttemberg AG*.



dell'immunità essa dovrà aver riconosciuto la propria partecipazione al cartello ed averne fornito all'Autorità una rappresentazione alquanto dettagliata, corredata da elementi di riscontro e/o da elementi tali da consentire l'acquisizione di ulteriori prove, ad esempio, tramite ispezioni mirate da parte dell'Autorità. Pertanto, nel decidere se aderire o meno ad un programma di clemenza, l'impresa interessata sarà portata a valutare un fattore di rischio ulteriore (vale a dire, l'esposizione ad azioni risarcitorie in posizione per così dire "deteriore" a confronto con quella degli altri "co-cartelist") rispetto alla mera esposizione alla sanzione nell'ambito di un procedimento amministrativo antitrust. Si impone quindi un **delicato bilanciamento**, per così dire, tra le esigenze del *public enforcement* e quelle del *private enforcement*.

Tale bilanciamento è stato oggetto di alcune significative pronunce rese dal Consiglio di Stato nel caso Cosmetici (sentenze del 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278). In particolare, le stesse hanno ad oggetto il Provvedimento con il quale l'Antitrust, grazie all'autodenuncia di un'impresa ammessa a programma di clemenza, ha accertato che 16 aziende di produzione di cosmetici hanno posto in essere un'intesa finalizzata all'aumento dei prezzi⁹. Le sentenze in parola sono rilevanti in quanto, ribadendo quanto già rilevato dal Tar, il Consiglio di Stato ha riconosciuto come *"in un contesto "caratterizzato da una oggettiva difficoltà probatoria, lo strumento dei programmi di clemenza (leniency programmes) assume una fondamentale importanza per fronteggiare le intese orizzontali segrete. L'idoneità delle dichiarazioni rese deve essere valutata operando un accorto bilanciamento fra – da un lato – l'esigenza di non estendere oltre misura gli strumenti presuntivi e – dall'altro – l'esigenza di supplire alle difficoltà istruttorie tipiche di una tipologia di condotte anticoncorrenziali nel cui ambito è tipicamente assente qualunque prova documentale. (...) Pur non potendosi ritenere che le dichiarazioni del denunciante nell'ambito di un programma di clemenza possano costituire di per sé prova piena dell'esistenza dell'accordo collusivo, nondimeno a tali dichiarazioni deve essere riconosciuto un valore probatorio non trascurabile"*.

I delicati rapporti tra le esigenze di tutela dei programmi di clemenza e del diritto di accesso agli atti dei procedimenti *antitrust* hanno già da svariati anni impegnato i giudici comunitari. Nel caso *Pfleiderer* (2011), ad esempio, la Corte di giustizia ha enunciato una serie di principi sintetizzabili come segue:

⁹ Nella specie siffatto cartello era stato individuato grazie all'autodenuncia della multinazionale Henkel, che, fornendo all'AGCM tutti gli elementi utili all'accertamento delle condotte lesive, ha potuto beneficiare dell'esenzione dalla sanzione. Colgate-Palmolive e Procter&Gamble, che hanno aderito al programma di clemenza dopo l'autodenuncia di Henkel con autonomi contributi di prova, hanno invece beneficiato della riduzione, rispettivamente del 50% e del 40%, della sanzione.



- i programmi di clemenza contribuiscono all'effettiva applicazione del diritto antitrust e l'efficacia di tali programmi potrebbe essere compromessa dall'accesso ai documenti della *leniency* finalizzato alle azioni risarcitorie;
- nondimeno, chiunque ha diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un comportamento anticoncorrenziale e le azioni di risarcimento possono contribuire al mantenimento di un'effettiva concorrenza;
- pertanto, è necessaria una ponderazione da parte dei giudici nazionali da compiersi caso per caso alla luce del diritto nazionale, tra gli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni fornite spontaneamente dal richiedente il trattamento favorevole con quelli posti a tutela delle informazioni stesse;
- nel compiere tale ponderazione, il giudice nazionale dovrà verificare che le norme nazionali applicabili non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano domande simili di natura interna, né siano formulate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il conseguimento del risarcimento.

La suddetta decisione ha incontrato le critiche di chi ha ritenuto che il mero rinvio ad un approccio casistico vada a discapito dell'omogeneità applicativa e possa anche favorire il *forum shopping*. È infatti emersa una certa difficoltà dei giudici nazionali ad applicare in maniera coerente il *balancing test* formulato in *Pfleiderer*, tant'è che una nuova questione pregiudiziale è stata in proposito sollevata nella causa *Donau Chemie* (C-536/11).

In tale ultima pronuncia la Corte di Giustizia, pur richiamando i principi già enunciati nel precedente *Pfleiderer*, ha riconosciuto maggiore pregnanza all'esigenza di tutela dell'efficacia dei programmi di clemenza. In effetti, se da un lato, la Corte ha ritenuto che una norma quale quella contenuta nel *Kartellgesetz* austriaco, che subordina al consenso di tutte le parti l'accesso dei terzi al fascicolo – sostanzialmente conducendo ad un divieto generalizzato ed assoluto di accesso – osta al diritto dell'Unione, in quanto priva di ogni effetto utile il diritto al risarcimento, d'altro lato, essa ha ammesso la valutazione caso per caso. Quest'ultima, stando a quanto precisato dal giudice europeo, può precludere l'accesso ad uno o più documenti afferenti un *leniency program* laddove ciò sia giustificato (non in maniera generalizzata ma specifica) dal fatto che quel “*determinato documento rechi concretamente pregiudizio all'interesse pubblico attinente all'efficacia del programma di clemenza*” (punto 48 della sentenza).

In linea con quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria, la comunicazione dell'AGCM del 2007, a seguito delle modifiche introdotte nel 2010, ha stabilito (art. 10-bis) che l'**accesso alla** dichiarazione confessoria è consentito ai soli partecipanti al cartello e comunque solo dopo l'invio



della Comunicazione delle risultanze istruttorie. In ogni caso, i partecipanti all'intesa si devono impegnare a non copiare con qualsiasi mezzo le informazioni oggetto della dichiarazione confessoria, impiegandole unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo. I soggetti terzi rispetto al cartello, anche se intervenuti nel procedimento, non possono invece accedere né alle dichiarazioni confessorie, né alla documentazione allegata. La soluzione avallata tende ad evitare che sia compromessa

l'efficacia dei programmi di clemenza.

Si deve tuttavia alla Direttiva 2014/104/UE (la quale deve essere recepita entro il 27 dicembre 2016) la fissazione di regole tese al bilanciamento tra l'esigenza di consentire ai soggetti danneggiati da una violazione *antitrust* di "attingere" agli elementi di prova in possesso delle Autorità garanti (onde agevolare l'assolvimento dell'onere probatorio in giudizio) con l'opposta esigenza di preservare l'incentivo delle imprese a cooperare con le Autorità antitrust nell'ambito del *public enforcement*¹⁰.

La Direttiva, nel regolare l'intero sistema di c.d. "*divulgazione delle prove*" (Capo II, art. 5), dedica specifica attenzione all'ostensione delle prove incluse nel fascicolo di un'Autorità Garante della Concorrenza (art. 6) e, tra queste, anche a quelle connesse all'applicazione dei programmi di clemenza.

In merito la stessa ha introdotto un divieto assoluto di divulgazione delle dichiarazioni confessorie, la cui esibizione non può essere ordinata dal giudice civile trattandosi di documenti inseriti nella cd. *black list*.

Difetta invece nella Direttiva una norma *ad hoc* concernente la pubblicazione dei documenti prodotti dal *leniency applicant* in allegato alla dichiarazione confessoria. Per essi sembrerebbe quindi valere il regime generale di divulgazione previsto per le "altre" prove – diverse da quelle della *black list* della *grey list* – incluse nel fascicolo di un'Autorità garante della concorrenza.

¹⁰ La Direttiva muove infatti dal presupposto che, pur essendo stata assegnata efficacia vincolante in sede civile alle decisioni di accertamento delle Autorità (art. 9), e pur essendo presunto *iuris tantum* il danno in caso di cartello (art. 17.2), residui a svantaggio del soggetto danneggiato una forte asimmetria informativa, non solo nelle azioni *stand-alone*, o in quelle conseguenti a decisioni con impegni – in cui un accertamento difetta – ma, più in generale, anche in quelle *follow-on*, per tutti i fatti per cui la decisione non ha effetti vincolanti (il nesso di causalità e l'esistenza e l'ammontare del danno), nonché in ragione della complessa analisi fattuale ed economica sottesa all'accertamento, tale da giustificare comunque la previsione della divulgazione dei documenti contenuti nel fascicolo delle Autorità garanti della concorrenza (v. pure considerando



Per garantire effettività a tali previsioni, in attesa del loro recepimento a livello nazionale, la Commissione ha provveduto a emendare il Reg. (CE) 773/2004 e le Comunicazioni sulla leniency, sul settlement, sull'accesso al fascicolo istruttorio e sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE (Regolamento 2015/1348).

Particolarmente significativo è l'art. 16-bis del Reg. (CE) 773/2004 come introdotto dal Reg. (UE) 2015/1348, che disciplina i limiti all'utilizzo delle informazioni ottenute nel corso di un'istruttoria condotta dalla Commissione.

Detta disposizione prevede, infatti, che tali informazioni possano essere utilizzate soltanto nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi intesi all'applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE. La stessa aggiunge, inoltre, che l'accesso alle dichiarazioni ufficiali dell'impresa che abbia fatto ricorso alla leniency o al settlement sia concesso unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa nei procedimenti dinanzi alla Commissione e che le informazioni tratte da tali dichiarazioni possano essere utilizzate dalla parte che ha ottenuto l'accesso al fascicolo solo in vista dell'esercizio dei suoi diritti di difesa nei procedimenti dinanzi: (i) ai giudici dell'Unione europea nei casi di ricorso avverso le decisioni della Commissione, o (ii) dinanzi ai giudici nazionali nelle fattis stato accordato l'accesso, e che
riguardano la ripartizione, tra i partecipanti al cartello, dell'ammenda imposta loro in solido, oppure il ricorso nei confronti di una decisione con la quale un'autorità nazionale antitrust ha constatato una violazione dell'articolo 101 del TFUE.

La medesima disposizione ha, infine, disposto che le informazioni scambiate tra le parti e la Commissione non possano essere utilizzate in procedimenti dinanzi ai giudici nazionali fino a quando la Commissione non abbia chiuso il procedimento nei confronti di tutte le parti oggetto di istruttoria.

4.2. Ad oggi non risulta che all'Autorità siano pervenuti specifici ordini giudiziari di esibizione del materiale probatorio prodotto da un *leniency applicant* (dichiarazione confessoria e/o documenti). Conclusivamente, è lecito ipotizzare che in sede di recepimento della direttiva il legislatore nazionale dovrà adottare norme interne tese a limitare il potere dei giudici di ordinare l'esibizione dei documenti prestati dalle imprese che beneficiano dei programmi di clemenza in un'ottica di massimo potenziamento del *public enforcement*.