

## Giuseppe Galasso

### **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

### **Direzione Generale Concorrenza**

### **Responsabile Direzione Industria e Servizi**

La legislazione “premiale” non è un fenomeno nuovo nel nostro ordinamento giuridico ed è ammesso, originariamente nel diritto penale, per tutte quelle ipotesi di reato caratterizzate da un accentuata pericolosità sociale, come nei casi di associazione a delinquere di stampo mafioso o terrorismo. Nel diritto antitrust, il riconoscimento della collaborazione nell’ambito dei programmi di *leniency* è perfettamente speculare a quanto accade negli altri settori dell’ordinamento dal momento che esso è preordinato a rendere più efficace la lotta ai cartelli segreti che rappresentano, come noto, una delle infrazioni più gravi del diritto antitrust.

La valorizzazione della collaborazione delle imprese nell’ambito delle istruttorie dirette all’accertamento dei cartelli segreti da parte dell’Autorità Antitrust non è una pratica recente. Già nel 1997, infatti, l’Autorità ha per la prima volta riconosciuto l’immunità totale dalla sanzione ad un’impresa nell’ambito di un’istruttoria diretta all’accertamento di un cartello segreto tra i principali operatori italiani di esplosivi per uso civile volto al coordinamento delle rispettive politiche commerciali e alla ripartizione del mercato, nonché alla fissazione dei prezzi degli esplosivi per uso civile e alla limitazione degli investimenti.

E tale circostanza appare significativa per due ordini di motivi: *in primis* perché, all’epoca, non esisteva una norma nazionale diversa dalla legge n. 689 del 1981 che consentisse di riconoscere l’immunità totale dalla sanzione a fronte della collaborazione “qualificata” delle imprese. L’unico istituto già contemplato dalla normativa nazionale e che presagiva ad una possibile riduzione della sanzione era infatti il cd. ravvedimento operoso consistente, nella sostanza, non tanto in un’ammissione di colpa quanto piuttosto in comportamenti attivi volti alla rimozione totale o parziale, per quanto possibile, degli effetti dell’infrazione.

Ma il ruolo di precursore dell’Autorità *antitrust* è ancora più apprezzabile se si considera che nel 2007 la Commissione europea aveva adottato la prima comunicazione

sulla non imposizione o riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese (GU n. C207 del 18 luglio 2006) nell'ambito della quale non veniva necessariamente garantita l'immunità neppure all'impresa *first applicant*. Questa, infatti, poteva beneficiare di una riduzione pari almeno al 75% dell'ammontare dell'ammenda che sarebbe stata inflitta in assenza di cooperazione (sezione B della comunicazione).

Ovviamente, con ciò non voglio dire che il cammino dell'Autorità nel tentativo di innalzare il meccanismo di riconoscimento della collaborazione qualificata delle imprese a vero e proprio strumento di *policy antitrust*, sulla falsariga di quanto accadeva in sede comunitaria sia stato un percorso facile; tutt'altro. Mi preme sottolineare, tuttavia, come la consapevolezza dei benefici ricollegabili ad un tale *modus operandi* è più risalente rispetto al 2007, anno in cui l'Autorità ha adottato la sua prima Delibera sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Basti pensare allo sforzo motivazionale che, nel caso che ho citato, è stato effettuato per riconoscere a fronte di quella collaborazione "qualificata" un beneficio specifico che travalicasse i confini posti dalla legge n. 689/1981 e i cui contorni presentavano già non pochi profili di conformità ai principi sostanziali contenuti nei principali programmi di *leniency* attualmente vigenti nel panorama comunitario.

In quel contesto, infatti, fu ritenuto decisivo il fatto che il *leniency applicant* avesse fornito, per primo e in epoca precedente all'avvio del procedimento, informazioni complete circa gli accordi di fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato e la limitazione degli investimenti, precisandone le modalità di esecuzione e l'ambito di applicazione. Informazioni di cui l'Autorità - è importante sottolinearlo - non disponeva in alcun modo. Attraverso la predisposizione di una relazione completa circa il funzionamento del cartello, la trasmissione dei documenti e delle prove riguardanti la struttura e il funzionamento dello stesso, nonché attraverso la continua e completa collaborazione assicurata all'Autorità durante tutto lo svolgimento del procedimento istruttorio, la società collaborante ha consentito, dunque, di acquisire dati e informazioni, che si sono rivelati essenziali nella successiva attività di verifica e di riscontro volta ad accertare la struttura e il funzionamento dell'intesa illecita. Dalle risultanze istruttorie risultava peraltro evidente la volontà del *leniency applicant* di porre fine alle intese prima dell'intervento dell'Autorità.

Pertanto, sebbene l'infrazione commessa rivestisse natura e connotazione analoghe a quelle delle altre società parti del procedimento si ritenne che la collaborazione prestata contraddistinguesse l'impresa "pentita" rispetto alle altre imprese coinvolte.

Ciò che sin qui appare essere il trattamento eccezionalmente riservato ad un caso isolato di collaborazione da parte di un'impresa coinvolta in un caso di intesa assume valore di precedente valido per tutti i casi a seguire proprio dall'analisi dell'ultimo capoverso della motivazione, dove si legge:

*“Considerato che l'interesse prioritario perseguito dalla legge è quello all'accertamento e alla eliminazione delle intese restrittive della concorrenza, anche al fine di disincentivare violazioni future. Considerato, inoltre, che l'irrogazione della sanzione prevista dall'articolo 15 è volta a rafforzare l'una e l'altra finalità, cosicché comminare, nel caso di specie, la sanzione alla società SME scoraggerebbe per il futuro comportamenti simili e finirebbe perciò con il contrastare con le finalità stesse per cui la sanzione è prevista dalla legge, si ritiene di non irrogare alla società SME alcuna sanzione per la violazione commessa, atteso il ruolo decisivo e fondamentale dalla stessa svolto, che ha permesso all'Autorità di accertare e reprimere le intese denunciate e in considerazione della spontanea cessazione dell'infrazione prima dell'intervento dell'Autorità”.*

Ciò che mi preme sottolineare è le centralità di alcuni elementi successivamente ripresi da tutti i programmi di *leniency* sia comunitari che nazionali: 1) la totale novità dei fatti segnalati e la tempestività della segnalazione (precedente all'avvio del procedimento); 2) la consapevolezza del pieno coinvolgimento nell'illecito segnalato; 3) la completezza delle informazioni fornite; 4) l'aver posto fine ai comportamenti oggetto di segnalazione.

Tutti gli elementi sono stati ripresi più di recente, a quasi dieci anni di distanza dal caso relativo ai produttori di esplosivi, nell'ambito del caso di intesa che ha visto coinvolti i principali produttori di pannelli truciolati e che è stato chiuso dall'Autorità nel maggio del 2007, a ridosso della delibera del 15 febbraio 2007 sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

In quel caso, in particolare, i rappresentanti dell'impresa collaborante hanno avuto il merito di aver tempestivamente fornito all'Autorità tutte le informazioni rilevanti e gli elementi di prova di cui sono venuti in possesso sia precedentemente che dopo l'avvio del procedimento. Il dettaglio delle informazioni e delle evidenze fornite è stato ritenuto

decisivo per l'accertamento dell'infrazione anche perché ha consentito di effettuare accertamenti ispettivi mirati presso le sedi di tutte le parti del procedimento. Determinante, a tal fine, è stata considerata la comunicazione da parte del gruppo Trombini dell'identità delle aziende partecipanti e dei loro rappresentanti, delle date e dei luoghi delle riunioni e dell'oggetto delle discussioni. Tanto premesso, venivano ritenuti sussistenti i presupposti per la non imposizione della sanzione al Gruppo Trombini, ai sensi dell'articolo 15, comma 2-bis, della legge n. 287/90 appena novellato dall'articolo 14, comma 2, del decreto-legge 223/2006 convertito, con modifiche, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248.

Tale decisione riassumeva una consapevolezza immutata dei benefici riconducibili alla promozione dei programmi di clemenza ma, a differenza della prima, poggiava già su di un'esperienza comunitaria ormai consolidata, completa di requisiti puntuali di ammissione al programma e criteri di valutazione della collaborazione delle imprese più rigorosi e stringenti, tutti trasfusi nella Comunicazione adottata dall'Autorità poco prima della conclusione del procedimento.

Più di recente, alla fine del mese appena trascorso, è stato chiuso il primo caso di applicazione del programma di clemenza nazionale riguardante l'intesa tra le società Butangas, Liquigas e Eni volta alla determinazione congiunta delle variazioni dei listini dei prezzi al pubblico del GPL in bombole tutto il territorio nazionale. All'Eni, che ha denunciato il cartello segreto fornendo prove ed elementi dell'intesa, l'Autorità ha riconosciuto il beneficio dell'immunità, decidendo di non imporre sanzioni. Butangas e Liquigas sono state invece sanzionate, alla luce della gravità e della durata dell'intesa, con multe pari rispettivamente a 4.888.121 euro e 17.142.188 euro.

\* \* \* \* \*

E' inutile che io mi dilunghi troppo sull'importanza crescente del ruolo delle *leniency* nell'attività di *enforcement* dell'art. 81 (ora 101 del TFUE). Basti solo ricordare che, a livello comunitario, a seguito dell'entrata in vigore della legislazione Europea sulle *leniency*, il numero dei casi di cartello conclusi dalla Commissione è notevolmente aumentato. Nello stesso tempo, la crescente collaborazione da parte delle imprese nella raccolta delle informazioni e degli elementi di prova ha accresciuto notevolmente l'efficacia delle procedure, riducendone i costi ed il relativo contenzioso. Lo stesso *trend* si conferma a livello nazionale in considerazione del fatto che dall'adozione della comunicazione nel

febbraio del 2007 sono state presentate circa 40 domande di applicazione del programma di clemenza, alcune delle quali, peraltro, di esclusiva rilevanza nazionale.

Tuttavia, se l'obiettivo che si intende perseguire è l'effettiva deterrenza dei programmi di *leniency* vanno attentamente valutati, a mio parere, l'esercizio del potere sanzionatorio, l'utilizzo di altri istituti concorrenti ai *leniency program* e le garanzie procedurali riconosciute ai *leniency applicant*.

Sul primo aspetto, appare determinante che l'adequatezza delle sanzioni per le parti del procedimento diverse dai *leniency applicant* al disvalore sociale dell'illecito accertato, giacché solo in tal modo può esprimersi la minaccia credibile di un intervento istruttorio che, a sua volta, aumenta l'incentivo delle imprese a collaborare. Dall'entrata in vigore della legislazione sulla *leniency* se il numero dei cartelli accertato e sanzionato dalla Commissione è più che raddoppiato lo si deve anche alla notevole crescita del livello complessivo delle sanzioni comminate alle imprese.

Personalmente ritengo, tuttavia, che il tema in grado più di altri di condizionare il funzionamento di programmi di clemenza sia quello legato ai diritti dei terzi diversi dai *leniency applicant*, siano essi parti del procedimento o soggetti potenzialmente lesi dai comportamenti oggetto dell'intesa. I due piani vanno ovviamente differenziati dal momento che, con riferimento ai primi, si pone un problema di tutela dei diritti di difesa mentre, con riferimento ai secondi, si pone un problema di tutela del diritto al risarcimento del danno.

Il regime di riservatezza delle dichiarazioni confessorie può considerarsi, in tal senso, l'ago della bilancia da cui dipende il futuro sviluppo dei programmi di *leniency*. In sede comunitaria, la tutela delle dichiarazioni dell'impresa è assoluta dal momento che, come esposto nel recente Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme antitrust, l'accesso alle dichiarazioni è consentito solo alle altre imprese parti del procedimento e, soprattutto, solo successivamente alla comunicazione dello statement of *objections*. Sussiste, inoltre, a carico dei titolari del diritto di accesso un vincolo teleologico che si esprime nella possibilità di utilizzare le informazioni così assunte solo ed esclusivamente per tutelare il proprio diritto di difesa nell'ambito del procedimento instaurato innanzi alla Commissione Europea.

Completa tale quadro una disciplina rigorosa del diritto di accesso contenuta nella Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese laddove è previsto che l'accesso alle

dichiarazioni ufficiali è accordato soltanto ai destinatari della comunicazione degli addebiti, purché s'impegnino - e insieme con loro i consulenti legali ai quali sia consentito l'accesso in loro rappresentanza - a non riprodurre con qualsiasi mezzo meccanico o elettronico alcuna informazione contenuta nella dichiarazione ufficiale alla quale è loro consentito l'accesso e ad utilizzare le informazioni ottenute mediante la dichiarazione ufficiale unicamente ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo.

Con riferimento ai terzi potenzialmente lesi dall'intesa, egualmente, la Commissione esclude che il *corporate statement* possa essere trasmesso ai giudici nazionali anche successivamente alla conclusione del procedimento giacché le confessioni volontarie delle imprese *“si sono rivelate utili ai fini dell'efficacia delle indagini e per porre fine alle infrazioni costituite dai cartelli, e non vanno scoraggiate con ordini di esibizione delle prove documentali nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. I potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione ai sensi della presente comunicazione se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile”* (Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese).

A livello nazionale la situazione non è molto diversa. Il programma di clemenza attualmente prevede la possibilità di differire l'accesso alle dichiarazioni confessorie sino alla Comunicazione delle risultanze istruttorie salvo che non si tratti di dichiarazioni presentate oralmente, nel qual caso, il differimento è automatico. Concretamente, stante il silenzio del programma di clemenza nazionale sul punto, l'accesso alle trascrizioni delle dichiarazioni orali è stato fino ad ora consentito, successivamente alla CRI, senza possibilità di estrarre copia delle stesse e limitatamente all'esercizio dei diritti di difesa.

Il tema della riservatezza delle informazioni fornite dai *leniency applicant* è strettamente connesso, peraltro, alla valutazione di rilevanza che l'Autorità opera su di esse. In altri termini, se è vero che il presupposto per il funzionamento del programma è la “confessione” di un illecito è oltremodo vero che l'Autorità non è vincolata alla qualificazione giuridica dell'infrazione *antitrust* fornita dalla parte: nel senso che la visione prospettica fornita dalla parte può essere riduttiva perché limitata solo ad uno o più profili di

collusione parte di un'intesa di più ampio respiro o, come più spesso accade, riguardare tutta una serie di altri comportamenti, solo alcuni dei quali sono ritenuti rilevanti dall'Autorità, ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust*.

Tali eventualità condizionano pesantemente l'esercizio del diritto di accesso dei terzi al fascicolo istruttorio dal momento che questo è delimitato da una valutazione di rilevanza che svolge l'Autorità procedente. In altri termini se già per l'accesso alle informazioni "pertinenti" fornite dai pentiti devono essere apprestate particolari cautele, appare ragionevole escludere del tutto il diritto di accesso per le informazioni fornite nell'ambito del programma di *leniency* e che l'Autorità considera irrilevanti giacché non contenenti elementi né a carico né a discarico delle parti del procedimento.

Ma tali cautele, benché necessarie, a mio parere, rischiano di non apparire del tutto sufficienti a scongiurare la possibile efficacia dissuasiva che la conoscenza delle dichiarazioni confessorie può esercitare sull'utilizzo del programma di clemenza. Il vero limite – *de iure condito* – dei programmi di clemenza è legato al tema delle azioni di risarcimento del danno derivante da illecito *antitrust* rispetto alle quali il legislatore non ha apprestato alcuno strumento idoneo a preservare la posizione dell'impresa collaborante.

L'esperienza ha mostrato che il successo delle azioni risarcitorie dipende anche dalla profondità e dall'ampiezza dell'analisi giuridica ed economica condotta dall'Autorità nell'ambito del procedimento e riassunta nel provvedimento di accertamento dell'intesa. Laddove vi è stata un'analisi che ha condotto all'accertamento – in concreto – del prezzo sovra competitivo effetto del cartello accertato, il giudice civile ha potuto quantificare il danno di ciascun ricorrente senza particolari complessità. Ecco, dunque, perché i *leniency applicant*, nella gran parte dei casi, sono apparsi disponibili a confessare intese illecite solo ed esclusivamente per l'oggetto e più restii ad ammettere gli effetti – anche solo potenziali – prodotti da un cartello di cui erano parte. Ma tale atteggiamento è comprensibile nella misura in cui si considera che, in alcuni casi, la sanzione *antitrust* è un rischio tollerabile, in quanto stimabile e prevedibile, per un'impresa collusa rispetto alla possibile reazione di clienti – nel caso di mercati intermedi – e dei consumatori nel caso di mercati della vendita al dettaglio.

Pertanto, la reticenza "strategica" dei *leniency applicant* può essere vanificata in tutti quei casi in cui l'Autorità proceda autonomamente all'analisi degli effetti di un cartello fornendo essa stessa, dunque, al giudice civile, che dovesse eventualmente essere invocato,

tutti gli strumenti per la quantificazione del danno. Come già vi dicevo prima, infatti, la “confessione” non limita né potrebbe limitare il potere di cognizione e di accertamento dell’Autorità.

Mi rendo pur conto che, trattandosi di diritti soggettivi, porre un limite all’esercizio del diritto al risarcimento dei terzi può essere solo il frutto di una precisa volontà legislativa in tal senso, che operi il necessario bilanciamento tra l’interesse all’accertamento e alla eliminazione delle intese restrittive della concorrenza e la tutela dei soggetti lesi da queste.

Probabilmente una delle strade possibili potrebbe essere quella di rendere - solo ed esclusivamente per i *leniency applicant* - il provvedimento di accertamento dell’intesa “inefficace” nei giudizi civili mutuando dagli art. 444 e ss. c. p. p. il regime di efficacia delle sentenze non dibattimentali di applicazione della pena su richiesta. In quel caso, conformemente agli orientamenti tracciati dalla Corte di Cassazione, il giudice civile deciderebbe accertando i fatti illeciti e le relative responsabilità autonomamente dal provvedimento dell’Autorità antitrust, pur non essendogli precluso di valutare, unitamente ad altre risultanze, anche il provvedimento di accertamento dell’intesa illecita. Non appare essere un limite insormontabile, in tal senso, il fatto che il provvedimento di accertamento di un’intesa coinvolge almeno due o più soggetti in relazione ai quali esso avrebbe una diversa efficacia a seconda della parte convenuta in giudizio. La giurisprudenza delle SSUU, in relazione al caso RC Auto ha infatti sottolineato la natura “individuale” dell’illecito commesso da ciascun partecipante all’intesa.

Un’ultima annotazione *de iure condendo*. Il tema delle sanzioni *antitrust* nei casi di intese è strettamente connesso, infatti, allo sviluppo ed al possibile recepimento interno di altri istituti disciplinati a livello comunitario e il cui utilizzo troppo disinvolto potrebbe pregiudicare l’efficacia dei programmi di clemenza. Faccio riferimento al pacchetto di misure recentemente adottato dalla Commissione nel 2008 tra cui figurano i cd. “*direct settlement*” (*Comunicazione concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’art. 7 e dell’art. 23 del regolamento (CE) n. 1/2003, nonché un regolamento contenente le relative regole di procedura (regolamento (CE) n. 622/2008 che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli*).

Lo scopo del pacchetto adottato dalla Commissione è quello di riconoscere una modesta riduzione della sanzione alle imprese che ammettono le loro responsabilità nei

procedimenti avviati ai fini dell'applicazione dell'art. 81 (ora 101) del trattato CE nei casi di cartelli. La possibilità di raggiungere una transazione con le parti potrebbe condurre a una più rapida conclusione dei procedimenti e permettere alla Commissione di trattare un maggiore numero di casi. Naturalmente la riduzione non deve essere tale da indebolirne l'effetto dissuasivo.

La scelta di ricorrere ai *direct settlements* si fonda su evidenti ragioni di economia procedimentale perché concorre a snellire il procedimento diretto all'accertamento dell'illecito e al contempo ridurre significativamente il contenzioso che ne può derivare.

Tuttavia, proprio al fine di non ridurre l'efficacia deterrente delle sanzioni e, soprattutto, non pregiudicare il funzionamento dei programmi di *leniency*, la possibile riduzione della sanzione deve essere modesta. Muovendo da tale considerazione, la procedura di transazione offerta dalla Commissione Europea consente alle imprese disposte a riconoscere di avere violato l'art. 81 (ora 101) del Trattato CE attraverso la partecipazione ad un cartello, la possibilità di uno sconto di pena fino ad un massimo del 10% della sanzione complessiva in cambio di un impegno che ha per oggetto: i) l'accettazione integrale degli addebiti mossi dalla Commissione; ii) la rinuncia all'esercizio di alcuni diritti di difesa, ossia l'audizione finale e l'accesso al fascicolo dopo la ricezione degli addebiti.