

Treviso 22/23 Maggio 2008 – VIII Convegno

ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO

“Convergenza senza primato: verso un modello condiviso”

Carla Rabitti Bedogni

Componente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'applicazione decentrata delle regole di concorrenza del Trattato e la tendenziale omogeneità delle norme sostanziali nazionali e comunitarie inducono nel sistema giuridico interno una tensione verso un parallelo allineamento delle regole di procedura rispetto al modello comunitario. Si assiste dunque ad un fenomeno progressivo di “comunitarizzazione” delle regole procedurali in materia antitrust che origina contemporaneamente dalla prassi applicativa dell'Autorità, dalle pronunce del giudice amministrativo e dalle scelte del legislatore.

Nel corso del mio intervento, vorrei illustrare questa convergenza spontanea, realizzata in assenza di un intervento di armonizzazione legislativa o di un primato del diritto comunitario, in relazione a tre istituti fondamentali del diritto procedurale antitrust, rispetto ai quali l'ordinamento giuridico interno ha saputo recepire rapidamente ed efficacemente il modello comunitario: le sanzioni, le decisioni con impegni e i programmi di clemenza. Di seguito, mi soffermerò brevemente su altri due temi di grande attualità, le azioni collettive risarcitorie e la valutazione delle condotte unilaterali di impresa, in relazione ai quali mi auguro che l'esperienza maturata nel nostro ordinamento possa divenire essa stessa il catalizzatore e il modello di un processo di convergenza a livello comunitario.

1. La progressiva comunitarizzazione delle regole procedurali antitrust

- *L'auspicabile convergenza in materia di politiche sanzionatorie tra le autorità di concorrenza europee.*

La materia delle sanzioni ricade nell'ambito dell'autonomia procedurale dei Paesi membri, fatto salvo naturalmente il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

In sede di quantificazione delle sanzioni l'Autorità ha coerentemente fatto riferimento alle linee guida per il calcolo delle ammende adottate dalla Commissione Europea già nel 1998. La giurisprudenza amministrativa, che non aveva mancato di ravvisare la necessità di fornire una adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria da irrogare, attraverso l'indicazione di criteri di ordine generale o in alternativa attraverso spiegazioni analitiche legate alle circostanze dei singoli casi, ha avallato la prassi decisionale dell'Autorità. In particolare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che gli orientamenti per il calcolo delle ammende adottati dalla Commissione Europea *“costituiscono un criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'Autorità in materia di qualificazione dell'infrazione e di commisurazione della sanzione”*¹.

Il riferimento costante dell'Autorità alle linee guida per il calcolo delle sanzioni applicate in sede comunitaria, la cui legittimità è stata ripetutamente ribadita dal giudice nazionale, ha indotto il Consiglio di Stato a identificare un principio di “comunitarizzazione delle sanzioni”, di fonte giurisprudenziale.

A me sembra che una convergenza tra le politiche sanzionatorie delle autorità di concorrenza a livello comunitario sia assolutamente auspicabile. Sono consapevole, d'altronde, che la strada di una totale armonizzazione non sia percorribile. Le tradizioni giuridiche dei Paesi membri, infatti, presentano peculiarità che mal si prestano ad una uniformazione delle conseguenze sanzionatorie dell'illecito concorrenziale. Tali specificità riguardano, innanzitutto, la natura delle sanzioni irrogate, ma anche il processo attraverso il quale viene comminata l'ammenda, che a volte è affidato interamente

¹ CdS – Sez. VI, decisione n. 4017/2006, del 23 giugno 2006 – I572 Anfima-Impress-Cavioni e altri, pag. 34.

all'autorità amministrativa, mentre in altri casi prevede l'intervento di un giudice. Inoltre, il *bouquet* delle sanzioni disponibili nei diversi ordinamenti giuridici non è coincidente: mentre in tutte le giurisdizioni vengono irrogate sanzioni pecuniarie alle imprese che violano la normativa sostanziale antitrust, queste ammende si combinano variamente con sanzioni, pecuniarie o detentive, inflitte in alcuni Paesi membri alle persone fisiche che a diverso titolo si rendono responsabili della condotta vietata.

Tuttavia, l'omogeneità delle norme applicate dalle autorità di concorrenza europee rende difficilmente giustificabili, in termini di equità, differenze macroscopiche nel trattamento sanzionatorio associato ad un medesimo illecito – e ciò tanto più in un sistema di competenze parallele, non rigidamente ripartite tra le autorità partecipanti alla rete europea della concorrenza. Inoltre, la tendenza certamente condivisibile nel senso di un inasprimento delle sanzioni, che ne assicuri una sufficiente efficacia deterrente, impone uno sforzo motivazionale ulteriore da parte dell'Autorità nella fase di quantificazione della sanzione, e rende difficilmente accettabili – sia da parte delle imprese sottoposte all'accertamento, sia da parte dei giudici chiamati a verificare la correttezza dell'operato delle autorità - esiti marcatamente eterodossi tra le diverse giurisdizioni.

Per queste ragioni, considero con particolare favore l'iniziativa che ha condotto l'ECA (European Competition Authorities) nella sua ultima riunione dell'8 maggio 2008 ad approvare – subordinatamente ad alcune modifiche – principi che favoriscano la convergenza in materia di politiche sanzionatorie tra le autorità di concorrenza europee. Si tratta di un progetto del quale la nostra Istituzione si è fatta attivamente promotrice e che confido potrà favorire un progressivo ulteriore allineamento delle metodologie impiegate per il calcolo delle ammende.

■ *L'allineamento fra diritto nazionale e comunitario in materia di impegni*

Un analogo processo di “comunitarizzazione” della disciplina nazionale si è compiuto, peraltro in tempi assai rapidi, con riguardo all'istituto delle

decisioni con impegni, introdotto nell'ordinamento interno dal Decreto Legge n. 223/06, convertito con modifiche dalla legge n. 248/06. Come è noto, il testo novellato dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 dispone che *“entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”*.

Tale disposizione introduce una possibilità di derogare al normale procedimento di accertamento degli illeciti disciplinato dagli artt. 14 e ss. della legge n.287/90, in presenza di impegni delle parti, che siano idonei a risolvere il problema concorrenziale e che, per tale ragione, vengano accettati dall'Autorità.

La *ratio* dell'istituto è volta a consentire la più immediata restaurazione dell'equilibrio concorrenziale che l'Autorità abbia ritenuto alterato, attraverso l'offerta autonoma da parte delle imprese di comportarsi in modo virtuoso, incentivata dalla prospettiva che il procedimento avviato dall'Autorità possa essere interrotto senza che si pervenga all'accertamento dell'illecito e senza, quindi, le conseguenze che normalmente ne seguono. L'istituto ha poi un'implicita valenza di deflazione del contenzioso, proprio perché si fonda sull'autonoma decisione delle imprese ed evita l'accertamento dell'avvenuta realizzazione dell'illecito.

La finalità di pronto ripristino dell'equilibrio concorrenziale, nella logica dell'istituto, dunque, fa premio sul dovere di accertare l'illecito, che vincola l'Autorità, ai sensi dell'art. 15 comma 1 della legge n.287/90, una volta che, a seguito dell'istruttoria, “ravvisi infrazioni” e, conseguentemente, fa premio anche sull'irrogazione dell'inibitoria e della sanzione. Il profilo di tutela dell'interesse pubblico, in virtù di tale istituto, si disgiunge così dalla sorte dell'illecito eventualmente realizzato, che diviene per l'amministrazione indifferente, prevalendo per essa l'interesse all'immediato ed effettivo ristabilirsi dell'equilibrio concorrenziale, salvi naturalmente gli accertamenti in sede giurisdizionale civile, sempre possibili.

La norma in questione, come si è detto, suggerisce all'interprete un preciso canone interpretativo, imponendo che la valutazione degli impegni presentati dalle imprese sottoposte all'accertamento si compia alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario. D'altro canto, l'articolo 5 del Regolamento 1/2003 individuava le decisioni di accettazione degli impegni tra i poteri minimi di cui dispongono le autorità nazionali di concorrenza in sede di applicazione degli articoli 81-82 del Trattato CE. L'Autorità non ha ritenuto di far uso di tale strumento (a differenza di quanto accaduto con riferimento al potere di adottare misure cautelari) fino a quando il legislatore nazionale non ne ha compiutamente disciplinato gli aspetti procedurali e sanzionatori. Tuttavia, indipendentemente dalla applicabilità diretta della disposizione regolamentare (questione peraltro allo stato risolta positivamente dalla giurisprudenza amministrativa), la *ratio* dell'istituto – volto ad assicurare l'efficacia dell'applicazione decentrata delle norme comunitarie antitrust – depone certamente nel senso di una interpretazione armonizzante delle disposizioni nazionali.

La prassi decisionale dell'Autorità si è inserita, sin dalla prima fase applicativa, nel solco tracciato dagli interventi della Commissione Europea. L'istituto delle decisioni con impegni ha suscitato grande attenzione presso le imprese e si è rivelato uno strumento prezioso per coniugare l'interesse dell'amministrazione ad un uso efficiente delle proprie risorse - consentendo alle autorità di concorrenza una definizione celere e tendenzialmente non contenziosa dei procedimenti relativi a fattispecie meno gravi - con l'interesse delle imprese di non essere destinatarie di un provvedimento di accertamento dell'infrazione. In alcuni ordinamenti, l'applicazione dell'istituto è risultata particolarmente significativa (ad esempio, in Francia è stato utilizzato in 22 casi). Coerentemente con l'approccio emerso a livello comunitario, l'Autorità ha ritenuto di non poter accogliere gli impegni presentati dalle parti in relazione ad ipotesi di violazioni particolarmente gravi della normativa antitrust nazionale e comunitaria². In questi casi, infatti, l'interesse pubblico

² I646 - PRODUTTORI VERNICI MARINE, I649 - PRODUTTORI DI PANNELLI TRUCIOLARI IN LEGNO, I666 - GARE PER LA FORNITURA DI DISPOSITIVI PER STOMIA.

alla salvaguardia della dinamica concorrenziale del mercato, attraverso l'imposizione di sanzioni capaci di dissuadere efficacemente le imprese dal porre in essere condotte particolarmente pregiudizievoli per la concorrenza e i consumatori, prevale sui vantaggi procedurali ottenibili attraverso il ricorso alle decisioni con impegni. Peraltro, la rinuncia ad accertare l'infrazione a fronte della presentazione di impegni potrebbe, nelle fattispecie considerate, compromettere l'efficacia e l'operatività del programma di clemenza – e dunque la stessa capacità dell'Autorità di scoprire e perseguire le violazioni più gravi della normativa antitrust.

In questo senso, lo stesso Regolamento 1/2003 prevede, al considerando 13, che le decisioni di accettazione degli impegni non siano opportune nelle fattispecie in cui la Commissione intenda irrogare una sanzione. Secondo la Commissione, l'unico limite all'adozione di decisioni con impegni si ravvisa in relazione ai cartelli segreti: con riguardo a tali infrazioni, peraltro, è evidente che nessun impegno potrebbe rimuovere le preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'accertamento.

Da ultimo, non può escludersi l'opportunità di concludere l'accertamento istruttorio in relazione a fattispecie che – pur non comportando rischi particolarmente gravi per la struttura concorrenziale dei mercati interessati – presentino tuttavia elementi di novità o un rilievo tale da suggerire l'adozione di una decisione da parte dell'Autorità, che chiarisca la portata del precetto giuridico e orienti le condotte delle imprese.

La giurisprudenza amministrativa, sulla scorta della disamina dei lineamenti dell'istituto in sede comunitaria, ha già confermato che la scelta nel senso dell'accertamento o dell'accoglimento degli impegni *“impinga nell'autonomia di cui le autorità nazionali dispongono relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento e, pertanto, in una sfera in cui la discrezionalità delle autorità medesime è massima, non potendo quindi interferirsi, salva l'esistenza di decisioni chiaramente arbitrarie, nelle valutazioni di ammissione alla procedura negoziata”*³. Tali conclusioni appaiono del tutto coerenti con le decisioni dei giudici comunitari che, chiamati a valutare la legittimità della prassi decisionale della

³ TAR – Sez. I – sentenza 2902/08 del 7 aprile 2008, A357 Tele2/Tim-Vodafone-Wind, pag. 25.

Commissione in materia di decisioni con impegni hanno affermato che *“la Commissione non è mai tenuta... a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell'articolo 7 del regolamento. Non è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento”*⁴.

Tuttavia, se risultano perfettamente convergenti i presupposti sostanziali di adozione delle decisioni con impegni, la formulazione della normativa nazionale introduceva una specificità procedurale, imponendo – come si è detto – che la presentazione degli impegni intervenisse entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria. La previsione di un termine breve, motivato dall'esigenza di prevenire comportamenti opportunistici e dilatori da parte delle imprese, è stata oggetto di puntuali rilievi critici. La scansione del procedimento amministrativo volto all'accertamento di una eventuale violazione della normativa antitrust, infatti, comporta che l'adozione del provvedimento di avvio dell'istruttoria intervenga in una fase preliminare dell'accertamento. Per conseguenza, è possibile che le preoccupazioni concorrenziali delineate nel provvedimento di avvio si precisino e si completino alla luce delle informazioni e della documentazione acquisite nel corso dell'istruttoria. Si determina quindi una asimmetria informativa, per cui le imprese sono vincolate a predisporre rapidamente degli impegni miranti ad elidere possibili profili di contrasto con la normativa antitrust, che potrebbero essere già superati o approfonditi dall'esame compiuto dall'Autorità. Allo stesso tempo, il termine breve appare suscettibile di compromettere lo stesso interesse pubblico alla definizione non contenziosa del procedimento, quante volte l'Autorità non riceva tempestivamente o ritenga di non accogliere impegni che – alla luce delle successive risultanze dell'istruttoria o della riqualificazione giuridica della fattispecie – avrebbero potuto essere valutati favorevolmente.

La giurisprudenza amministrativa è pervenuta di recente ad escludere la perentorietà del termine di cui all'articolo 14-ter, ancora una volta sulla base di una interpretazione orientata ai principi comunitari. In particolare, il giudice ha osservato che *“la previsione di un termine perentorio risulta poi disarmonica non solo*

⁴ Tribunale I grado, sentenza T170/06, dell'11 luglio 2007, Alrosa, punto 130.

con il procedimento disciplinato in sede comunitaria, ma soprattutto con la funzione dell'istituto, la quale richiede, da un lato, che le imprese siano poste in grado di proporre misure correttive idonee e, dall'altro, che la Commissione disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi”⁵.

La valutazione della pertinenza degli impegni presentati rispetto all'oggetto dell'accertamento istruttorio e della loro idoneità a rimuovere le preoccupazioni di natura concorrenziale evidenziate nel provvedimento di avvio impone dunque che la loro tempestività vada apprezzata in relazione alle circostanze del caso di specie. L'Autorità è dunque chiamata ad operare un complesso bilanciamento degli interessi pubblici in gioco, contemperando la necessità di accettare impegni il più possibile aderenti ai profili concorrenziali emersi, con l'opportunità di pervenire alla eventuale decisione di accettazione nel tempo più breve – massimizzando per questa via il risparmio di risorse per l'amministrazione- senza che possano operare delle preclusioni *ex lege*.

Il problema del rapporto tra provvedimento di accettazione degli impegni e di diffida è mal posto se costruito in termine di contrapposizione fra Istituti. Siamo in realtà di fronte a strumenti con medesima funzione: rimuovere un problema concorrenziale, ma che si collocano in due momenti completamente diversi del procedimento; pertanto hanno come presupposto elementi valutativi e conoscenze diverse. La diffida interviene per definizione al termine dell'istruttoria completa. Postula un illecito anticoncorrenziale accertato pienamente in tutti i suoi elementi soggettivi e oggettivi. Il provvedimento di accettazione degli impegni interviene invece, per sua natura, nel corso dell'accertamento istruttorio ed è diretto a porre rimedio a una situazione di pericolo per la concorrenza, che l'Autorità valuta in base a quegli elementi iniziali che l'hanno indotta ad aprire il procedimento. Conferma di quanto detto discende dalla lettura del 14ter ove si dice *“Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria ... le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.”* E dell'art. 15 in cui si dice *“Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse”*. I profili anticoncorrenziali oggetto

⁵ TAR – Sez. I, sentenza 2902/08, del 7 aprile 2008, A357 Tele2/Tim-Vodafone-Wind, pag. 27.

dell'istruttoria sono ipotizzati, ma non accertati, nell'art. 14 ter, mentre le infrazioni sono "ravvisate" nell'art. 15. Si tenta pertanto di comparare provvedimenti che intervengono rispetto a due situazioni disomogenee; diversi sono gli elementi valutativi che sono il presupposto dell'uno e dell'altro.

In questo contesto, e' stato messo a fuoco dal giudice il rapporto tra il contenuto della decisione che accetta impegni e il comportamento necessario per ottemperare all'eventuale diffida da emanare nell'ambito della procedura ordinaria nei confronti delle imprese che non hanno presentato impegni ed alle quali si imputa la medesima infrazione. In questo caso, il giudice amministrativo ha ritenuto *che, in assenza di specifiche misure positive imposte dall'Autorità con il provvedimento finale, anche l'offerta di un comportamento analogo a quello che ha formato oggetto dell'impegno accolto può risultare idonea a ottemperare alla decisione di infrazione*⁶. Così, pur affermandosi la reciproca autonomia tra i due procedimenti, quello che si origina dalla presentazione di impegni e quello che continua secondo lo schema ordinario, poiché in questo caso essi incidono sul medesimo problema concorrenziale, è ragionevole ritenere, in assenza di diversa e motivata indicazione dell'Autorità, che il comportamento necessario per adempiere alla diffida possa coincidere con il contenuto dell'impegno accettato per risolvere il medesimo problema concorrenziale.

Anche in relazione ai meccanismi procedurali di valutazione degli impegni dunque – e pur in presenza di una previsione legislativa non coincidente con la disciplina del procedimento in sede comunitaria – l'interpretazione sistematica delle norme nazionali *"alla luce dell'impostazione comunitaria dell'istituto"* ha indotto nei fatti un allineamento tra diritto interno e diritto comunitario.

- *La normativa italiana sui programmi di clemenza e il duplice rinvio all'ordinamento comunitario. Il bilancio di un anno di applicazione.*

Il ricorso alle decisioni con impegni consente all'Autorità di concentrare le proprie risorse investigative sulla scoperta e la repressione degli illeciti più gravi, con particolare riguardo ai cartelli segreti. L'accresciuta sensibilità delle imprese rispetto ai rischi, in termini sanzionatori e risarcitori, connessi alla

⁶ TAR – Sez. I, sentenza 2902/08, del 7 aprile 2008, A357 Tele2/Tim-Vodafone-Wind, pagg. 52-52.

violazione della normativa antitrust rende sempre più complessa l'acquisizione di elementi sufficienti a fornire la prova dei cartelli segreti. Di qui la necessità di individuare nuovi strumenti investigativi, che facilitino la scoperta di questo tipo di violazioni da parte dell'Autorità. I programmi di clemenza, che consentono alle autorità di concorrenza di garantire l'immunità o una riduzione della sanzione alle imprese che informino volontariamente l'autorità della loro partecipazione ad un cartello, consentendone l'accertamento e la repressione, si sono rivelati un mezzo di fondamentale importanza per assicurare la piena attuazione della normativa antitrust. In particolare, l'attività investigativa svolta dalla Commissione Europea in materia di cartelli segreti discende, per una percentuale non irrilevante, proprio dalle domande di trattamento favorevole presentate da imprese che abbiano preso parte a tali infrazioni.

L'indisponibilità del beneficio clemenziario in alcuni Paesi dell'Unione (tra i quali l'Italia) non solo rischiava di pregiudicare l'efficacia dell'attività investigativa svolta dalle autorità di concorrenza, ma comprometteva in certa misura l'appetibilità dei programmi di clemenza operati dalle altre autorità. In un regime di applicazione decentrata dell'articolo 81 CE, privo di criteri rigidi di riparto delle competenze tra le autorità partecipanti alla Rete europea della Concorrenza (ECN), l'impresa che chiedesse il trattamento favorevole in una giurisdizione si confrontava infatti con il rischio – ipoteticamente non escludibile – che l'accertamento fosse condotto da un'altra autorità di concorrenza, presso la quale non fosse possibile accedere al beneficio.

Con la legge n. 248/06, il legislatore nazionale, ancora una volta sulla scorta dell'esperienza maturata in sede comunitaria, ha previsto che l'Autorità *“in conformità all'ordinamento comunitario, definisc[a] 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”*.

Il rinvio all'ordinamento giuridico comunitario è duplice: per un verso, esso riguarda i presupposti cui l'ordinamento comunitario subordina l'accesso delle imprese ad un trattamento sanzionatorio più favorevole, a fronte della loro cooperazione nell'ambito dell'accertamento istruttorio; in secondo luogo,

si realizza una convergenza rispetto alle fattispecie in relazione alle quali è opportuno prevedere la possibilità di un trattamento favorevole, vale a dire l'ambito di applicazione oggettivo del programma di clemenza.

D'altro canto, una convergenza almeno parziale tra i programmi di clemenza operati in ambito comunitario rappresenta un requisito indispensabile per assicurare l'efficacia della cooperazione tra le autorità di concorrenza. Infatti, in presenza di presupposti non coincidenti o addirittura confliggenti per accedere al beneficio clemenziiale, le imprese possono essere disincentivate a rivelare la propria partecipazione ad un cartello presso le giurisdizioni interessate.

Per questa ragione, nel settembre 2006 è stato adottato in ambito ECN un programma modello di clemenza, redatto in base alle esperienze applicative maturate nelle giurisdizioni che già prevedevano un trattamento favorevole per le imprese che cooperassero all'accertamento dei cartelli segreti. Le autorità partecipanti si impegnavano, nei limiti dei propri poteri e nell'esercizio della propria discrezionalità, a favorire la convergenza dei programmi di clemenza da esse operati verso il programma modello elaborato in sede ECN.

L'Autorità ha adottato un programma di clemenza il 15 febbraio 2007. Il programma, il cui varo è stato preceduto da un'ampia consultazione pubblica, è ampiamente ispirato al programma modello, dal quale si discosta solo per tenere in considerazione talune specificità dell'ordinamento interno. Benché il programma di clemenza operato dall'Autorità sia dunque in linea, sia dal punto di vista dei presupposti sostanziali che da quello dei meccanismi procedurali, con gli analoghi programmi operati dalla Commissione Europea e da altre autorità nazionali, il bilancio di questo primo anno di applicazione non risulta del tutto soddisfacente.

L'Autorità registra un crescente interesse delle imprese nei confronti della possibilità di beneficiare di un trattamento sanzionatorio favorevole a fronte della collaborazione prestata nell'accertamento di un cartello segreto: tuttavia, la maggioranza delle domande di accesso al beneficio clemenziiale finora pervenute riguardano fattispecie rispetto alle quali la Commissione Europea risulta, almeno *prima facie*, particolarmente ben situata per la

trattazione del caso. In relazione a queste fattispecie, l'Autorità consente alle imprese che abbiano già presentato o siano in procinto di presentare alla Commissione Europea una domanda di trattamento favorevole, di presentare analoga domanda all'Autorità in forma semplificata. La presentazione della domanda di immunità in forma semplificata risponde sia all'interesse dell'impresa, che vede alleggerito l'onere connesso alla necessità di presentare la domanda a tutte le autorità astrattamente interessate alla trattazione del caso, sia all'interesse dell'amministrazione, la quale chiederà il completamento della domanda solo qualora si determini all'avvio di una procedura istruttoria.

Non è semplice individuare le ragioni dell'apparente riluttanza delle imprese a richiedere il trattamento favorevole rispetto a cartelli segreti che interessino particolarmente il territorio italiano e rispetto ai quali possa radicarsi un intervento dell'Autorità. In questa fase di prima attuazione del programma, mi sembra probabile, in particolare in relazione ad imprese di piccole o medie dimensioni, che vi sia ancora una carenza informativa rispetto alla stessa disponibilità del beneficio clemenziale. Questo deficit di consapevolezza, che potrebbe riguardare anche una parte degli operatori del diritto, specie nelle realtà locali, spiega almeno in certa misura l'impatto tutto sommato modesto del programma di clemenza italiano.

Per altro verso, è evidente che l'appetibilità del beneficio clemenziale risulta direttamente proporzionale al rischio sanzionatorio cui è esposta l'impresa che partecipi ad un cartello segreto. Una politica sanzionatoria severa e credibile nei confronti dei cartelli rappresenta il migliore incentivo affinché le imprese desistano dalla violazione della normativa antitrust e ne informino l'autorità di concorrenza, purché naturalmente il programma di clemenza espliciti chiaramente i requisiti che è necessario soddisfare per beneficiare del trattamento favorevole. Nell'esperienza nazionale, la fissazione del massimo edittale al 10% del fatturato consolidato realizzato dall'impresa e l'ancoraggio del processo di determinazione della sanzione alle linee guida elaborate dalla Commissione Europea consentono certamente all'Autorità di irrogare sanzioni capaci di esercitare un sufficiente effetto di deterrenza delle condotte illecite.

Tuttavia, in particolare a seguito dell'adozione delle nuove linee guida per il calcolo delle sanzioni, il giudice amministrativo si è dimostrato piuttosto restio a seguire l'Autorità sulla strada di un inasprimento delle sanzioni applicabili nelle ipotesi di cartelli segreti. Nonostante in una fase di prima applicazione delle nuove linee guida l'Autorità avesse ritenuto di procedere ad un aggiustamento graduale della propria politica sanzionatoria, diverse sentenze hanno ulteriormente limato in misura significativa l'importo delle ammende irrogate dall'Autorità, valorizzando circostanze e parametri non sempre coincidenti con quelli che rilevano in sede comunitaria.

Infine, è possibile che un ulteriore disincentivo ad una adesione più massiccia al programma di clemenza derivi dalla stessa disciplina del procedimento amministrativo, improntato come è noto alla massima trasparenza. In particolare, la disciplina dell'accesso – tendenzialmente più liberale di quella vigente in sede comunitaria – potrebbe comportare per l'impresa che chieda l'accesso al beneficio clemenziale un rischio più significativo di esposizione alle azioni risarcitorie di quanto accada in altri ordinamenti.

2. Una convergenza biunivoca: la circolazione di modelli istituzionali ed esperienze fra autorità nazionali e Commissione europea

- *L'esperienza italiana in materia di azioni risarcitorie collettive.*

La questione del raccordo tra programma di clemenza ed azioni risarcitorie, di particolare interesse anche alla luce del recente libro bianco adottato dalla Commissione Europea, mi consente di soffermarmi brevemente su un altro dei temi salienti che verranno affrontati nel corso dei lavori, vale a dire quello della tutela collettiva dei consumatori i cui interessi siano stati lesi da un illecito concorrenziale.

Con riferimento al processo di graduale convergenza tra Stati Uniti ed Unione Europea nell'applicazione della normativa antitrust, il Presidente Tesouro ebbe modo di rilevare come l'oceano Atlantico non sia una strada a senso unico. A me sembra che anche il progressivo allineamento degli ordinamenti giuridici nazionali e delle regole comunitarie di concorrenza, con

particolare riguardo alle azioni risarcitorie per i danni derivanti dalla violazione della normativa antitrust, possa realizzarsi in modo efficiente, non tanto tramite un processo di armonizzazione eterodiretta o mediante il recepimento acritico nel diritto interno di una serie di norme, quanto piuttosto attraverso uno scambio – una circolazione di modelli istituzionali, esperienze e soluzioni – di cui i Paesi membri siano protagonisti e non meri destinatari.

Il nostro Paese si è appena dotato di una legislazione che consente alle associazioni dei consumatori rappresentative di proporre azioni risarcitorie collettive in relazione a danni derivanti, tra l'altro, da pratiche commerciali scorrette ed illeciti anticoncorrenziali. L'Autorità considera con particolare favore la predisposizione di meccanismi procedurali che agevolino la composizione delle controversie tra imprese e consumatori e consentano il pieno e celere ristoro delle posizioni giuridiche soggettive di questi ultimi. La reazione dei consumatori lesi dalle pratiche commerciali illecite, tra le quali un particolare rilievo assumono gli illeciti anticoncorrenziali, non può rimanere affidata alla proposizione di una serie di azioni individuali. La relativa complessità della materia e dell'accesso alla prova, la sproporzione tra i costi del processo e il danno – solitamente di modesta entità – subito da ciascun potenziale attore, nonché i tempi dell'accertamento rischiano di dissuadere, nella maggioranza dei casi, la proposizione dell'azione risarcitoria da parte del singolo consumatore.

La normativa nazionale in materia di azioni risarcitorie collettive ed i suoi limiti saranno oggetto di una analisi approfondita nel corso dei lavori del convegno. Mi preme però sottolinearne fin d'ora quelli che ne ritengo gli aspetti fondamentali. In primo luogo, mi sembra del tutto condivisibile la scelta del legislatore di non distinguere il meccanismo processuale azionabile in funzione della natura dell'illecito. Infatti, sotto il profilo risarcitorio la violazione della normativa antitrust non presenta caratteristiche peculiari che la differenzino in misura significativa dalla violazione di altre normative poste a presidio degli interessi economici dei consumatori, con particolar riguardo alla disciplina delle clausole abusive e delle pratiche commerciali scorrette. L'esperienza dell'Autorità dimostra, piuttosto, l'esistenza di aree di possibile sovrapposizione tra la normativa antitrust e le altre norme poste a presidio

degli interessi dei consumatori: a fronte della identità degli interessi lesi e delle corrispondenti difficoltà che il consumatore incontra nell'ottenere il ristoro giudiziale, non sarebbe quindi stato ragionevole intervenire con uno strumento procedurale di portata limitata al diritto antitrust.

In secondo luogo, ritengo apprezzabile l'impianto di fondo della disciplina trasfusa nel Codice del Consumo, che riconosce all'azione risarcitoria la sua funzione tipicamente compensativa. Come è noto, nel diritto statunitense l'azione civile in ambito antitrust non persegue in via esclusiva l'obiettivo di compensare quanti abbiano subito un danno conseguente alla violazione delle regole di concorrenza, ma svolge altresì una funzione punitiva, che si estrinseca nella liquidazione dei danni tripli. Nel nostro ordinamento, l'azione risarcitoria non è volta a punire l'autore dell'illecito, in quanto tale compito viene assolto dalla sanzione irrogata dall'autorità amministrativa. Pertanto, sebbene dall'esposizione alle azioni risarcitorie derivi un significativo effetto di deterrenza della condotta anticoncorrenziale, tale effetto è meramente ancillare rispetto alla compensazione del pregiudizio economico subito dai soggetti incisi dall'illecito.

La funzione meramente compensativa del risarcimento comporta l'individuabilità dei soggetti che abbiano subito un pregiudizio e la necessità che le somme liquidate siano impiegate per il ristoro diretto ed esclusivo di tale danno. Per questa ragione, è necessario che i consumatori i quali intendano partecipare all'azione collettiva manifestino esplicitamente ed inequivocamente la loro intenzione di aderire ai soggetti promotori, come è appunto previsto dalla normativa italiana. L'adesione esplicita all'azione, che peraltro può intervenire anche in una fase successiva del giudizio, comporta infatti a mio avviso una serie di vantaggi rispetto ad un modello alternativo, in cui siano considerati aderenti all'azione quanti non si adoperino positivamente per escludersene: in primo luogo, essa appare maggiormente in linea con il principio della tutela giurisdizionale dei diritti individuali, che trova ingresso nella stessa Carta Costituzionale; in secondo luogo, introduce un filtro di rappresentatività dell'associazione e di rilevanza della fattispecie, che ben potrebbe essere apprezzato dal giudice in sede di giudizio di ammissibilità dell'azione collettiva; infine, scongiura il rischio che vengano liquidate somme

relative a danni subiti da soggetti non individuabili le quali, se trattenute dal soggetto legittimato a proporre l'azione, si risolverebbero in un suo ingiustificato arricchimento, comportando una deroga al principio per cui al risarcimento è attribuita una funzione meramente compensativa. Ma sono certa che la questione, di grande attualità alla luce delle proposte formulate dalla Commissione Europea nel libro bianco, sarà oggetto nel prosieguo di una trattazione più approfondita di quella che i tempi del mio intervento mi consentano.

Ritengo però doveroso segnalare la necessità che l'ulteriore sviluppo delle azioni risarcitorie non comprometta, specie per quanto attiene alla materia della concorrenza, l'efficacia dell'azione dell'Autorità. L'applicazione della normativa antitrust in Europa, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, è in larga misura affidata all'intervento delle autorità pubbliche. Non dobbiamo avere timore di rivendicare il successo del modello europeo, che ha saputo promuovere una capillare cultura della concorrenza senza produrre gli eccessi e le distorsioni del sistema statunitense. L'incisività dell'azione delle autorità pubbliche va dunque salvaguardata.

La legislazione italiana che entrerà in vigore il 30 giugno prevede, a tale proposito, che il giudice possa differire il giudizio sull'ammissibilità dell'azione collettiva qualora sia contemporaneamente pendente un procedimento amministrativo di fronte ad una autorità indipendente. La norma appare certamente apprezzabile, nella misura in cui consente all'Autorità di completare la propria istruttoria senza dover sopportare gli inevitabili aggravii procedurali legati alla pendenza del processo civile, connessi in particolare alla richiesta di accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio in vista di un loro impiego nel processo.

Resta aperta, invece, - e dovrà farsene carico il legislatore - la questione relativa alla possibilità di tutelare l'attività investigativa dell'Autorità che non sia ancora sfociata in un provvedimento di avvio dell'istruttoria. A me sembra che, almeno per quanto attiene agli illeciti plurisoggettivi più gravi, occorra incoraggiare la proposizione di azioni risarcitorie collettive che seguano una pronuncia di accertamento dell'Autorità, mentre l'ammissibilità di azioni autonome da tale previo accertamento andrà vagliata con particolare cautela, e

riservata alle ipotesi in cui l'attore possa addurre elementi credibili e convincenti a sostegno della sua pretesa.

Mi sembra significativo che il libro bianco della Commissione Europea in materia di azioni risarcitorie per i danni derivanti dall'illecito antitrust riproponga molti dei quesiti che hanno animato il dibattito dottrinario nazionale in materia di strumenti di tutela collettiva e confido che l'esperienza italiana possa essere adeguatamente valorizzata nella concezione delle future iniziative in questa materia a livello comunitario.

- *L'importanza dell'analisi economica nell'esperienza applicativa dell'AGCM e la valutazione dell'impatto sul benessere dei consumatori*

Da ultimo, mi vorrei soffermare sull'ampio dibattito dottrinario che, sulla scorta del documento di discussione adottato dalla Commissione Europea, ha contrapposto i fautori di un approccio basato sugli effetti della condotta unilaterale di impresa a quanti, ravvisandone i rischi in termini di certezza del diritto, sostenevano invece l'individuazione di criteri di valutazione agevolmente desumibili ex ante.

Per la verità la questione, nella misura in cui postula l'inconciliabilità di una seria analisi economica con la riconoscibilità del precetto giuridico del quale si pretende l'osservanza, mi sembra mal posta. A mio avviso, infatti, occorre superare l'artificiale dualismo tra forma ed effetti, per concentrarsi sugli obiettivi perseguiti attraverso la disciplina della condotta dell'impresa dominante e sugli strumenti più idonei a consentire che tali obiettivi siano efficacemente conseguiti.

Le norme che regolano il comportamento dell'impresa dominante mirano alla protezione del benessere dei consumatori, attraverso la salvaguardia del processo concorrenziale sul mercato. Per conseguenza, non vi è ragione di intervenire in relazione alla condotta unilaterale di un'impresa se da tale condotta non possa discendere un pregiudizio per i consumatori, risultando di per sé solo irrilevante l'eventuale danno che ne derivi ai

concorrenti attuali o potenziali. Per contro, quando tale pregiudizio per i consumatori non possa essere credibilmente stabilito, non vi è ragione per limitare la libertà di manovra dell'impresa dominante, né la sua capacità di reazione allo stimolo concorrenziale esercitato dagli operatori economici presenti sul mercato. In tali ipotesi, infatti, un intervento dell'autorità si risolverebbe in una interferenza indebita nelle dinamiche concorrenziali del mercato, potenzialmente pregiudizievole per gli stessi interessi dei consumatori.

Da tali premesse non discende certamente l'impossibilità di elaborare criteri-guida, che consentano alle imprese di valutare ex ante la legittimità di un determinato comportamento, né l'illegittimità del ricorso alle presunzioni, spesso (e a torto) considerate incompatibili con il così detto approccio basato sugli effetti.

L'analisi economica rappresenta uno strumento indispensabile per l'elaborazione di regole utili e affidabili, capaci di coniugare gli obiettivi perseguiti dalla legislazione antitrust con la capacità prognostica in ordine alla legittimità della condotta di impresa. L'Autorità italiana, per usare la fortunata espressione di un commentatore⁷, non è certamente tra coloro cui fa paura l'analisi economica! Anzi può a buon diritto rivendicare un primato, in quanto questo tipo di strumenti (ma ancor più, direi, questo tipo di sensibilità) è stato ampiamente impiegato sin dai primi anni di attività dell'Istituzione, sintetizzando felicemente la garanzia delle imprese con la salvaguardia e la promozione degli interessi dei consumatori.

Mi auguro che l'esperienza italiana possa costituire un contributo importante per il dibattito attualmente in corso in sede comunitaria.

Negli ultimi anni, d'altronde, l'impatto sul benessere dei consumatori è divenuto un parametro fondamentale per la valutazione concorrenziale delle condotte di impresa, non solo nell'ambito del comportamento unilaterale, ma anche delle intese e delle operazioni di concentrazione. Così, la comunicazione della Commissione recante linee direttrici sull'applicazione

⁷ Pardolesi R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 119-128.

dell'articolo 81, paragrafo 3 chiarisce esplicitamente che *“l’obiettivo dell’articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori”*. Del pari, per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, il regolamento 139/04 dispone che *“è possibile che l’incremento di efficienza prodotto dalla concentrazione compensi gli effetti sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori, che questa avrebbe potuto altrimenti produrre”*, mentre secondo le linee guida della Commissione Europea sulle concentrazioni orizzontali, *“il criterio fondamentale in base al quale sono valutate le considerazioni di efficienza è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione”*.

Questa evoluzione del diritto comunitario, che individua nel consumatore il beneficiario ultimo dell’azione delle autorità di concorrenza, mi sembra quindi del tutto in sintonia con l’approccio coerentemente seguito dall’Autorità italiana nell’applicazione della normativa antitrust. Come ha sottolineato il Presidente Catricalà, *“l’elemento cruciale per la valutazione dell’efficacia di una autorità di concorrenza è il suo impatto sul benessere dei consumatori ... l’Autorità interviene esclusivamente rispetto a pratiche suscettibili di avere un impatto negativo sul benessere dei consumatori. Nel tutelare la concorrenza, tuteliamo i consumatori”*.

3. L’assetto istituzionale dell’AGCM e la proficua contaminazione tra politica della concorrenza e dei consumatori

La valorizzazione delle sinergie tra politica della concorrenza e politica dei consumatori è resa più agevole dal particolare assetto istituzionale nel nostro ordinamento, che attribuisce all’Autorità – accanto alle tradizionali competenze in materia antitrust – la responsabilità dell’attuazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. L’attribuzione ad una sola amministrazione dell’*enforcement* del diritto della concorrenza e della normativa di tutela dei consumatori rappresenta ancora un fenomeno minoritario, almeno in Europa. Nei Paesi membri dell’Unione, soltanto l’Office of Fair Trading britannico e – in misura parziale – l’autorità di concorrenza ungherese cumulano l’attuazione della disciplina antitrust con competenze in materia di

diritto dei consumatori. La Commissione Europea, come è noto, non ha poteri investigativi ed esecutivi in materia di diritto dei consumatori.

Al di fuori dell'ambito comunitario, tuttavia, il modello istituzionale affermatosi in Italia con la scelta compiuta nel 1992 di affidare all'Autorità l'applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole, è adottato in diverse giurisdizioni, quali gli Stati Uniti, il Giappone, il Canada e l'Australia. L'esperienza italiana dimostra, a mio avviso, la bontà di questo approccio. L'attribuzione alle autorità di concorrenza di responsabilità applicative in materia di protezione del consumatore favorisce una proficua contaminazione tra due corpi normativi solo artificialmente separati: ne è prova, nell'esperienza italiana, la tendenziale sovrapponibilità della disciplina della concorrenza e delle pratiche commerciali scorrette in relazione ad alcune condotte poste in essere da operatori dotati di potere di mercato. Nel campo dell'antitrust, la considerazione dell'interesse dei consumatori quale perno della tutela approntata dall'Autorità consente di evitare interventi ingiustificati e discutibili automatismi valutativi. Ad esempio, nel decidere se delle imprese nuove entranti debbano essere protette nei confronti della reazione concorrenziale dell'impresa dominante, non può prescindere da considerazioni di efficienza: solo l'ingresso di imprese efficienti, infatti, è suscettibile di determinare un vantaggio per i consumatori che, in caso contrario, dovrebbero corrispondere prezzi più elevati solo per sostenere una concorrenza creata artificialmente.

D'altro canto, questo assetto di competenze consente, a mio avviso, di sviluppare una maggiore sensibilità alle ricadute concorrenziali degli interventi adottati ai sensi della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Anche nell'applicazione del diritto dei consumatori, dunque, l'Autorità concentra i propri sforzi sulle pratiche la cui eliminazione appaia suscettibile di stimolare e promuovere la concorrenza tra gli operatori presenti sul mercato. Ad esempio, l'Autorità interviene in modo particolarmente rigoroso nei confronti della pubblicità ingannevole che, distorcendo la percezione del consumatore in relazione all'effettiva convenienza dell'offerta e alle caratteristiche del prodotto pubblicizzato, altera apprezzabilmente i termini del confronto concorrenziale a svantaggio degli operatori più efficienti e dei

prodotti di qualità migliore. Per converso, l'Autorità considera con particolare favore la comparazione pubblicitaria, purché effettuata nel rispetto delle condizioni di liceità fissate dalla legge, proprio perché essa fornisce al consumatore gli strumenti informativi per poter orientare consapevolmente le proprie scelte economiche tra le diverse alternative presenti sul mercato. Da ultimo, nella valutazione di prassi commerciali asseritamente abusive, l'autorità bilancia i vantaggi che deriverebbero ai consumatori dalla loro eliminazione con i costi, in termini di libertà di scelta dei consumatori o di prezzi più elevati, che l'intervento comporterebbe.

Pertanto, per citare ancora il Presidente Catricalà, se è vero che nel tutelare la concorrenza, l'Autorità tutela i consumatori, non può sottacersi che nel proteggere i consumatori l'Autorità promuove la concorrenza.

Buon lavoro.