

Programma di clemenza

Premessa

Nel 2006, il legislatore italiano ha provveduto ad adeguare l'ordinamento interno alle previsioni del Regolamento CE n. 1/2003, così ulteriormente avvicinando la posizione delle imprese coinvolte in procedimenti antitrust davanti all'Autorità italiana a quella delle imprese chiamate a difendersi di fronte alla Commissione europea⁵².

Per effetto di tale riforma, la disciplina antitrust italiana è stata integrata al fine di riconoscere all'Autorità la facoltà di adottare misure cautelari (articolo 14 *bis*, legge n. 287/90); la possibilità di accettare impegni dalle imprese sottoposte a indagini istruttorie (articolo 14 *ter* legge n. 287/90) e il potere di dotarsi di un programma di clemenza (articolo 15, comma 2 *bis* legge n. 287/90).

In materia di clemenza, l'adeguamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario è stato realizzato attribuendo un potere normativo all'Autorità. Con proprio provvedimento generale, infatti, l'Autorità ha introdotto in Italia il programma di clemenza, stabilendo i casi in cui è possibile non applicare oppure ridurre la sanzione amministrativa pecuniaria “*nelle fattispecie previste dal diritto comunitario*”.

Invero, già molto prima della riforma, l'Autorità aveva deciso di premiare con l'immunità dalla sanzione la collaborazione fornita da un'impresa le cui dichiarazioni confessionarie avevano consentito di avviare un procedimento istruttorio che portò all'accertamento di un cartello segreto nel settore degli esplosivi⁵³. In tale occasione, l'Autorità, nel richiamare la prima Comunicazione della Commissione europea in materia di programma di clemenza, evidenziò come l'interesse dei consumatori e dei cittadini a che le intese restrittive della concorrenza siano scoperte ed effettivamente vietate riveste importanza prevalente rispetto all'interesse d'infliggere ammende alle imprese che, collaborando con le autorità antitrust, consentono di scoprire e vietare cartelli o contribuiscono al raggiungimento di tale obiettivo.

A seguito della suddetta modifica legislativa la possibilità di premiare la collaborazione qualificata delle imprese ha ricevuto formale riconoscimento nel nostro Paese⁵⁴.

Nel febbraio 2007, l'Autorità ha adottato il provvedimento con cui ha disciplinato nel dettaglio l'ambito di applicazione e i requisiti per accedere al trattamento favorevole - la *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni*⁵⁵.

⁵² Cfr. decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dalla Legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248.

⁵³ Cfr. 1239 - *Esplosivi da mina*, 26 giugno 1997.

⁵⁴ La prima applicazione del programma italiano, peraltro, è avvenuta nell'ambito di un procedimento istruttorio avviato anteriormente alla riforma. Cfr. 1649 - *Produttori di pannelli truciolari in legno*, 17 maggio 2007.

⁵⁵ Si veda la Comunicazione da ultimo modificata con delibera del 6 maggio 2010 che ricalca, seppure con talune differenze, la *Leniency Notice* della Commissione nella versione in vigore dal dicembre 2006.

L'Autorità, dal 2007 ad oggi, è stata destinataria di circa 50 domande di clemenza, gran parte delle quali aventi rilevanza comunitaria e, pertanto, presentate solo in via prudenziale all'Autorità italiana e alle altre autorità nazionali che si trovano nella posizione potenzialmente idonea per intervenire contro l'infrazione. Le richieste di clemenza che hanno consentito di avviare provvedimenti istruttori conclusi con l'accertamento di intese restrittive della concorrenza sono state 4 e, se si considera anche il procedimento avviato prima del 2007, il trattamento favorevole risulta esser stato accordato in 5 casi.

Condizioni di accesso, funzionamento e ambito di applicazione

I programmi di clemenza consentono di riconoscere l'immunità dalle sanzioni e la loro riduzione alle imprese partecipanti ad *accordi orizzontali segreti*, che ne denunciino *spontaneamente* l'esistenza all'Autorità.

Per accedere al trattamento favorevole, bisogna soddisfare condizioni di tipo sia oggettivo che soggettivo, riguardanti:

- a) la natura *decisiva* delle informazioni e/o prove documentali fornite ai fini dell'accertamento dell'infrazione (eventualmente attraverso un'ispezione mirata);
- b) la *novità* dei fatti segnalati (l'Autorità non dispone già di informazioni sufficienti per la prova dell'infrazione);
- c) l'impegno ad una *collaborazione 'piena'* (sospensione della condotta illecita, protrarsi della cooperazione per tutta la durata del procedimento, astensione dalla distruzione delle prove, mantenimento della riservatezza sull'intenzione di presentare la richiesta di accesso).

Le imprese che intendono presentare una domanda di clemenza possono in via preliminare contattare l'Autorità, sia direttamente che mediante un proprio consulente, anche in forma anonima; hanno a disposizione una linea telefonica dedicata per ottenere informazioni; possono presentare la domanda anche via fax o in forma orale.

Inoltre, l'impresa che presenta una domanda di clemenza può chiedere una ricevuta che attesti la data e l'ora di ricezione (cosiddetto *marker*), posto che le domande di trattamento favorevole relative a una stessa intesa sono valutate dall'Autorità nell'ordine in cui pervengono. Il premio dell'immunità dalla sanzione è infatti riconosciuto solo all'impresa che presta per prima la collaborazione decisiva, mentre alle domande che pervengono dopo la prima l'Autorità può riconoscere riduzioni della sanzione, paramtrate alla tempestività e alla qualità delle informazioni fornite. 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*.

Le regole brevemente descritte sono per larga parte analoghe a quelle previste dal Programma di clemenza comunitario salvo che per alcuni aspetti.

Sotto il profilo dei soggetti ammessi a partecipare, in particolare, il programma nazionale, a differenza di quello comunitario, non esclude dal suo ambito di applicazione le imprese che abbiano adottato misure volte a costringere altre imprese a partecipare al cartello (cosiddetto *coercer*).

Un'altra differenza tra i due sistemi concerne l'ambito oggettivo di applicazione; in Italia, l'accesso al Programma di clemenza è subordinato alla verifica della natura "decisiva" delle informazioni ed evidenze fornite dal soggetto che ha aderito al programma di clemenza (*leniency applicant*), ai fini dell'accertamento dell'infrazione, mentre la Comunicazione della Commissione richiede che le informazioni e le evidenze siano tali da consentire di effettuare accertamenti ispettivi. Si tratta di una distinzione più formale che sostanziale, posto che nel caso concreto i benefici alle imprese sono riconosciuti, sia a livello nazionale che europeo, solo alle imprese che prestino una collaborazione qualificata. Diversamente, non vi sarebbe alcun interesse per le autorità di concorrenza a far accedere un'impresa al trattamento favorevole.

La convergenza con la disciplina europea è stata favorita anche dagli impulsi all'armonizzazione dei programmi di clemenza nazionali promossi dalla Commissione europea e culminati nel 2006 nell'adozione, nell'ambito della rete della autorità di concorrenza, del "Modello" di *Leniency Programme* (MPL).

Poiché nell'ambito dell'Unione non esiste una procedura unificata del trattamento favorevole, è onere dell'impresa richiedente tutelare la propria posizione rispetto a eventuali procedimenti istruttori che altre autorità di concorrenza potrebbero avviare nei suoi confronti, presentando la domanda di clemenza in tutti i Paesi che sono stati interessati dal cartello. Pertanto, l'individuazione di criteri comuni per la presentazione delle domande agevola le imprese che intendano collaborare in relazione ad attività collusive aventi effetti transnazionali e che interessano più giurisdizioni.

Lo scorso novembre è stato adottato un nuovo "Modello" (MLP)⁵⁶ che, per quanto attiene agli aspetti sostanziali della disciplina, estende l'ambito di applicazione materiale dei programmi di clemenza, stabilendo che sono candidabili all'accesso anche:

- intese che, per quanto segrete, contengano altresì *elementi di non segretezza* (ad esempio, scambi di informazioni o delibere associative o altri elementi di dominio pubblico);
- cartelli che presentano *elementi "verticali"* (nel senso che taluni aspetti della collusione possono riguardare anche la distribuzione dei prodotti o servizi oggetto del cartello o relativi alla rete vendita).

⁵⁶ Sul punto, cfr. più ampiamente *infra* par. 6.

Sul piano procedurale, è previsto che se una domanda di clemenza “completa” è stata presentata alla Commissione, le autorità nazionali possono accettare temporaneamente di proteggere la posizione dell’impresa nel proprio programma di clemenza rilasciando un *marker* sulla base di informazioni anche molto sintetiche fornite dall’impresa.

Queste modifiche al MPL appaiono già in linea con la prassi che si è sviluppata a livello nazionale⁵⁷. Cionondimeno, nell’ottica di contribuire appieno alla simmetria delle regole in materia, l’Autorità ha deliberato la formale modifica del proprio Programma di clemenza per dar conto espressamente di tali evoluzioni.

Clemenza, risarcimento del danno e illeciti penali

Se è vero che i programmi di clemenza presentano elementi di attrattiva per talune categorie di imprese, non può sottacersi che esistono aspetti correlati a tale istituto che si prestano invece a disincentivare la collaborazione con le autorità di concorrenza da parte di altre.

I maggiori disincentivi derivano da altri settori dell’ordinamento e sono per larga parte da ricondurre ai rischi di condanne penali o civili in cui potrebbero incorrere le imprese che prestano la propria collaborazione.

Proprio nell’ottica di potenziare i programmi di clemenza, recentemente, l’Autorità ha delineato alcune ipotesi di riforma dell’ordinamento, nell’ottica di incrementare la prevedibilità dei benefici da riconoscere alle imprese che contribuiscono all’emersione di cartelli segreti e l’appetibilità del trattamento favorevole⁵⁸.

In particolare, l’Autorità ha proposto una serie di correttivi ai disincentivi di maggiore impatto, volti a riconoscere *a)* l’immunità penale alle persone fisiche appartenenti all’impresa che collabora e *b)* nell’escludere la responsabilità solidale dell’impresa che ottiene l’immunità nell’ambito delle azioni per danno.

Quanto alla prima ipotesi di immunità, l’Autorità ritiene che le persone fisiche facenti parte dell’impresa che beneficia dell’immunità dalle sanzioni antitrust dovrebbero essere *esonerate da ogni responsabilità penale* derivante da reati i cui estremi siano integrati dai medesimi fatti costituenti l’infrazione anticoncorrenziale accertata. Tale causa di non punibilità dovrebbe valere solo per le persone fisiche riconducibili alle imprese che abbiano ottenuto l’immunità, mentre a favore di coloro che fanno parte dell’impresa

⁵⁷ 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.

⁵⁸ AS988 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, 28 settembre 2012.

a cui è stata riconosciuta la sola riduzione della sanzione antitrust potrebbe operare una circostanza attenuante nell'ambito di un eventuale procedimento penale. Ad avviso dell'Autorità, condizione irrinunciabile per l'estensione in sede penale dell'immunità amministrativa è l'assenza di indagini penali in corso al momento della presentazione da parte dell'impresa della domanda di immunità all'Autorità; ciò anche al fine di garantire che la causa di non punibilità funzioni da incentivo per l'impresa a collaborare per prima con l'Autorità e non si presti a essere strumentalizzata per porsi al riparo da eventuali condanne penali.

Ancor più problematici, in termini di deterrenza alla partecipazione ai programmi di clemenza, appaiono i rischi di azioni giudiziarie di risarcimento danni cui è esposto chi confessa di aver partecipato a un cartello segreto alle autorità di concorrenza.

Secondo costante insegnamento delle istituzioni comunitarie⁵⁹, la cosiddetta attuazione privata del diritto della concorrenza (*private enforcement*) contribuisce a contrastare i cartelli e, in quanto espressione del diritto dei singoli di ottenere ristoro dei danni causati da illeciti antitrust, costituisce uno strumento da tutelare. Pertanto, l'ipotesi della completa immunità dalla responsabilità civile per tali tipologie di danni non viene caldeggiata; nondimeno, si avverte l'esigenza di introdurre accorgimenti idonei a garantire una "convivenza" quanto più equilibrata possibile dei due istituti (clemenza e azioni per danni).

In coerenza con tale orientamento, anche l'Autorità si è espressa nel senso che occorra soltanto attenuare (e non già escludere) la responsabilità civile per danni connessi a violazioni della legge antitrust e, in ogni caso, a favore della sola impresa che abbia ottenuto l'immunità. In particolare, la proposta avanzata al riguardo concerne la *soppressione della responsabilità solidale* per l'impresa che abbia beneficiato dell'immunità⁶⁰, la quale rimarrebbe responsabile solo nei confronti dei propri diretti partner contrattuali e solo per la porzione di danno che sia specificamente cagionato dai beni/servizi da essa forniti.

⁵⁹ 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*.

⁶⁰ Nell'ambito dei giudizi di risarcimento, il giudice può condannare l'impresa convenuta al risarcimento del danno derivante dal cartello in solido con le altre imprese responsabili dell'infrazione accertata dall'Autorità (art. 2055 c.c.). Il fatto illecito dannoso costituito dall'intesa è una fattispecie plurisoggettiva, per cui anche l'impresa che non sia stata partner contrattuale (ad esempio il fornitore) del terzo pregiudicato che agisce in giudizio può essere in ipotesi condannata per l'intero danno, fatta salva l'azione di rivalsa nei confronti dei coautori del cartello.

Garanzie procedurali riconosciute all'impresa che richiede il beneficio della clemenza

Come accennato, i rischi di azioni risarcitorie costituiscono uno dei maggiori freni al decollo dei programmi di clemenza.

Sotto questo profilo, nell'ambito del procedimento antitrust, l'aspetto che più rileva per le imprese che partecipano ai programmi di clemenza concerne le garanzie che vengono loro riconosciute sul regime della riservatezza delle dichiarazioni confessorie e delle altre evidenze fornite.

Sul punto, nel maggio 2012, i Presidenti delle autorità di concorrenza dell'Unione europea hanno adottato una risoluzione congiunta volta a promuovere la tutela della confidenzialità dei documenti forniti dalle imprese che richiedono l'accesso al trattamento premiale nel contesto delle azioni civili di risarcimento dei danni⁶¹.

I delicati rapporti tra le esigenze di tutela dei programmi di clemenza e del diritto di accesso agli atti dei procedimenti antitrust stanno, come noto, impegnando anche i giudici comunitari. Nel giugno 2011, nel caso *Pfleiderer*, la Corte di giustizia ha enunciato una serie di principi sintetizzabili come segue:

- 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 risarcimento⁶².

⁶¹ Cfr. http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf. La risoluzione, pur senza disconoscere il ruolo del *private enforcement* nella tutela della concorrenza, invita a inquadrare l'azione civile di danno presentata dai singoli nel più ampio contesto dell'azione pubblica di tutela della struttura competitiva del mercato. In tal senso, nel rispetto del diritto nazionale e senza restringere ingiustificatamente il diritto dei privati al risarcimento del danno, la autorità nazionali di concorrenza hanno espresso la volontà di proteggere la confidenzialità della documentazione afferente i programmi di clemenza nella misura necessaria a preservare l'efficacia di tali programmi. Sul punto, cfr. anche *infra* par. 6.

⁶² Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer*. In senso analogo, Tribunale di primo grado, 22 maggio 2012, T-344/08, *EnBW Energie Baden Wuerttemberg AG*.

In Italia, il regime dell'accesso agli atti nell'ambito dei casi di clemenza è stato in tal senso puntualmente disciplinato mediante le modifiche apportate al Programma nazionale nel 2010 con l'introduzione dell'articolo 10-*bis*; sulla falsariga della relativa disciplina comunitaria, la nuova previsione concerne sia l'oggetto dell'istanza di ostensione (dichiarazione confessoria e documentazione allegata) che l'identità del soggetto richiedente l'accesso (co-autore del cartello o soggetto terzo rispetto al procedimento). Il citato articolo 10-*bis* stabilisce, pertanto, 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 nessuna informazione di cui alla dichiarazione confessoria e a utilizzare le informazioni ivi contenute unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo. Ciò che più rileva è che ai soggetti *terzi* rispetto al cartello, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione a esse allegata⁶³. In altri termini, l'impostazione adottata si fonda sulla considerazione che, sebbene il diritto dell'impresa richiedente a tutelare la riservatezza delle proprie dichiarazioni non può che incontrare il limite dell'esigenza di garantire il diritto di difesa degli altri partecipanti al cartello, l'ostensione a favore dei terzi della dichiarazione confessoria e dei documenti a essa allegati rischierebbe di compromettere l'efficacia dei programmi di clemenza.

Nella già citata segnalazione sulla legge annuale per la concorrenza del 2013, l'Autorità ha, peraltro, espresso l'auspicio che alla disciplina del regime di accesso alla *dichiarazione confessoria* contenuta nell'articolo 10-*bis* del programma di clemenza sia conferito rango di norma primaria; per quanto attiene al regime di accesso alla *documentazione* allegata alla domanda, l'Autorità ha auspicato che le venga attribuito un espresso potere di regolamentare la materia, al fine di disciplinare tale aspetto con la flessibilità che la problematicità della materia richiede.

Conclusioni

Nell'ottica di garantire prospettive di crescita a medio e lungo termine al nostro Paese, l'Autorità ritiene utile ribadire che la tutela della concorrenza sia, anche in tempi di crisi economica, funzionale al raggiungimento di questi obiettivi.

⁶³ La necessità di adottare alcuni "accorgimenti tecnici [...] al fine di preservare gli incentivi delle imprese ad accedere ai programmi di clemenza" è stata evidenziata anche dai giudici nazionali (Tar Lazio, 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, confermata sul punto, da Consiglio di Stato, 6 settembre 2010, n. 6481).

Considerato che le situazioni di recessione, nella misura in cui causano riduzioni della domanda, creano spesso il terreno per l'adozione di condotte anticompetitive, l'Autorità, tramite gli interventi sopra descritti, ha inteso promuovere il ricorso al programma di clemenza, nella convinzione, ormai universalmente diffusa, della capacità di questo strumento di favorire l'emersione e la repressione dei cartelli. Basti ricordare che, nel 1990, gli Stati Uniti erano l'unico Paese al mondo a essersi dotato di un programma di clemenza nel settore antitrust, mentre nel 2010 più di 50 Stati avevano adottato una legislazione premiale in materia di concorrenza.

Il buon funzionamento dei programmi di clemenza è strettamente connesso alla capacità di mantenere il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco: incentivo per le imprese a collaborare, da un lato, e interesse delle autorità di concorrenza a reprimere il maggior numero di infrazioni anti-trust, dall'altro.

Le autorità di concorrenza pertanto devono strutturare le regole di accesso e di funzionamento dei programmi di clemenza in modo che ogni aggiustamento della disciplina tenga sempre conto della necessità di riconoscere il premio solo alle imprese che apportino elementi conoscitivi decisivi al quadro probatorio al loro vaglio.

E' solo seguendo tale approccio, infatti, che si scongiura il rischio di applicare i benefici in modo indiscriminato e di riconoscerli, invece, soltanto in presenza di forme di collaborazione davvero funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela di mercati concorrenziali.