



**I programmi di clemenza nel diritto
*antitrust***



I programmi di clemenza nel diritto *antitrust*

Il saggio – **pubblicato sul sito ‘Giustizia Amministrativa’ del Consiglio di Stato** – sviluppa la relazione sui *‘I programmi di clemenza’* svolta alla Giornata di Studio su *‘Promozione e tutela della concorrenza: le novità del “pacchetto Bersani”*” organizzata a Roma il 30 ottobre 2006 dalla Facoltà di Economia dell’Università di Roma ‘Tor Vergata’ e dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

A cura di Marcello Clarich.

Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza della L.U.I.S.S. ‘Guido Carli’ di Roma.

Socio dello studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer.

Indice

Premessa	1
Fiducia, sfiducia e <i>antitrust</i>	3
Cenni ai programmi di clemenza negli Stati Uniti e nell'Unione europea	6
L'art. 15, comma 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287	11
I tratti salienti della disciplina dei programmi di clemenza	15
La destrutturazione e la deformalizzazione del procedimento	18
Questioni aperte	23

Per ulteriori informazioni Vi preghiamo di contattare

Prof. Avv. Marcello Clarich
Piazza di Monte Citorio 115
00186 Roma

T + 39 06 695331

F + 39 06 69533 800

E marcello.clarich@freshfields.com

W freshfields.com

Le informazioni e valutazioni contenute nel presente documento non sono da considerarsi né un esame esaustivo, né un parere legale e non prescindono dalla necessità di ottenere pareri specifici in ordine alle singole fattispecie. Questo documento è aggiornato alla data di pubblicazione e non contempla eventuali successive modifiche e/o aggiornamenti.

©Freshfields Bruckhaus Deringer – Marzo 2007

Premessa

Fin dalle origini del diritto *antitrust*, i cartelli sono stati visti come una vera e propria ‘bestia nera’ sia per i consumatori e le piccole imprese sia per i regolatori¹.

Nel 2003, con linguaggio più crudo, Mario Monti, all’epoca Commissario UE alla Concorrenza, li definì ‘un cancro dell’economia di mercato aperta’². Anche secondo il Commissario UE in carica, Neelie Kroes, i cartelli segreti ‘colpiscono al cuore i mercati liberi’ e ‘minano l’attività economica sana’³.

I danni per i consumatori che derivano da accordi tra imprese in mercati oligopolistici che fissano prezzi minimi o che si spartiscono i mercati geografici sono in molti casi ingentissimi.

Si spiega così perché, di fronte alla persistenza del fenomeno, le politiche *antitrust* hanno sperimentato una molteplicità di strumenti di prevenzione, risarcitori e sanzionatori. Tra questi rientra anche quello, a prima vista eticamente discutibile⁴, dei programmi di clemenza (*leniency programmes*),

¹ La prima legge *antitrust* fu approvata, com’è noto, negli Stati Uniti nel 1890 (*Sherman Act*) assecondando la reazione populistica contro la crescente concentrazione del potere economico avvenuta in quegli anni. Il *trust*, antico istituto giuridico della *common law* che comporta il trasferimento fiduciario a terzi dei propri diritti, si prestava a essere utilizzato a scopi anticoncorrenziali, per esempio, allorché i consiglieri di amministrazione affidavano ai propri concorrenti il diritto di voto nelle assemblee in cambio dell’ottenimento dello stesso simmetrico diritto in modo tale da coordinare in modo stretto le condotte delle imprese. Il *trust*, utilizzato per la prima volta a questi fini da John Rockefeller insieme ad altri capitani d’industria, ‘divenne rapidamente la bestia nera dei piccoli operatori’, la cui reazione si fece sentire e portò all’inserimento nel 1888 nel programma elettorale sia dei democratici sia dei repubblicani la proposta di adottare misure anticompetitive: per la citazione e per queste vicende, cfr. G. AMATO, *Il gusto della libertà – L’Italia e l’Antitrust*, Bari, 1998, pag. 5-6.

² Cfr. M. MONTI, ‘Fighting cartels. Why or how? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?’, in *Third Nordic Competition Policy Conference 11-12 September 2000* (citazione tratta da D. HENRY, *Leniency programmes: an anaemic carrot for cartels in France, Germany and the UK?*, in *ECLR*, 2005, pag. 13).

³ Per la prima parte della citazione liberamente tradotta dall’inglese, cfr. N. KROES, *The first hundred days, International Forum on European Competition Law – Bruxelles – 7 April 2005*, in <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205>: la citazione continua precisando che i cartelli ‘don’t just mess up the grass on a level playing field – the blow great holes out of the surface. And it is consumers who are asked over and over again to pay the price of replacing the turf’; per la seconda parte della citazione cfr. *Competition: Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report cartels (7 December 2006)*, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1705&format=HTML&AGED=0&LANGUAGE=EN&GUILANGUAGE=EN>.

⁴ Per questo rilievo, riferito anche ad altre esperienze italiane come quella delle ‘leggi sui pentiti’ introdotte per combattere il terrorismo, e giustificato dal fatto che ‘si elimina la punizione, anche senza un vero e comprovato pentimento’, per scoraggiare

cioè l'immunità concessa al membro del cartello che, dissociandosi per primo dal '*pactum sceleris*', denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un 'collaboratore di giustizia' (anche se non necessariamente in un pentito convinto).

Introdotti, come si vedrà, da tempo in numerosi paesi con risultati incoraggianti⁵, i programmi di clemenza costituiscono forse la frontiera più avanzata del diritto *antitrust*, insieme con i cosiddetti impegni, cioè gli accordi che intervengono tra le autorità *antitrust* e le imprese oggetto di un'istruttoria finalizzata all'accertamento di infrazioni e all'irrogazione di sanzioni e che hanno per oggetto le misure necessarie per far venir meno i profili anticoncorrenziali delle condotte o delle operazioni contestate.

Anche l'ordinamento italiano, sulla scia dell'esperienza comunitaria e statunitense, si è dotato di questi strumenti in occasione del cosiddetto 'pacchetto Bersani', varato all'inizio della legislatura con l'intento di avviare una politica di liberalizzazione e di rilancio dell'economia. L'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, ha integrato infatti i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁶ introducendo anche una disposizione in materia di programmi di clemenza.

L'analisi della nuova disciplina richiede qualche considerazione preliminare di tipo teorico e ricostruttivo.

ulteriori crimini', cfr. M. MOTTA-M. POLO, *Antitrust – Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, pag. 152, nota 66; G. SPAGNOLO, *Leniency and whistleblowers in antitrust*, Centre for Economic Policy Research, *Discussion Paper n. 5794*, agosto 2006, in www.cepr.org/pubs/dps/DP5794.asp, pag. 6 dove si ricorda che le promesse di trattamenti favorevoli o di ricompense a chi tradisce i propri *partner*, utilizzate in molti contesti (dalla lotta alla criminalità organizzata, al terrorismo, alla resistenza armata, ecc.), non godono di una '*crystal clear reputation*'. Ciò che rende speciali, secondo l'autore, i programmi di clemenza è il fatto che essi sono '*ex ante*', che sono indirizzati a chi viola la normativa *antitrust* e non è stato ancora scoperto, 'general', che si applicano cioè a chiunque si trovi in una determinata situazione, 'pubblici', nel senso che assumono la forma di misure codificate, automatiche (e perciò prevedibili) e pubblicizzate.

⁵ E' questa la valutazione della stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato nella *Relazione sull'attività svolta nel 2001*, pag. 10.

⁶ E' stata cioè modificata la legge 10 ottobre 1990, n. 287, inserendo alcune disposizioni volte ad attribuire poteri cautelari all'Autorità *antitrust* (art. 14-bis della legge n. 287), a consentire la negoziazione e l'approvazione di impegni (art. 14-ter della legge n. 287) e ad avviare programmi di clemenza (art. 15, comma 2-bis, della legge n. 287).

Fiducia, sfiducia e antitrust

In un lungo saggio, dal titolo *'Trust, distrust, and antitrust'* costruito su un gioco di parole intraducibile⁷, Christopher R. Leslie propone una rivisitazione completa dei modelli di disciplina *antitrust* che muove dai meccanismi di fiducia e di sfiducia sottesi al 'gioco'⁸ che si instaura tra le imprese che colludono e tra queste e le autorità *antitrust*.

A differenza di molti altri interventi di regolazione volti a sanzionare condotte ritenute socialmente o economicamente non desiderabili, la normativa *antitrust* ricorre appunto anche a strumenti che sono volti a 'gettare semi di sfiducia' (*'sows seeds of distrust'*) tra le imprese che concorrono alla violazione delle regole sulla concorrenza.

Nel contesto dei cartelli, i programmi di clemenza aggiungono una nuova componente di deterrenza (*'another layer of deterrence'*), sotto forma, come si chiarirà meglio in seguito, di un ulteriore motivo di diffidenza reciproca tra le imprese che partecipano a un cartello, e che rafforza e integra la deterrenza delle sanzioni amministrative e delle azioni risarcitorie in sede civile.

Per inquadrare i programmi di clemenza, occorre anzitutto soffermarsi sull'equilibrio instabile tra fiducia e sfiducia nei rapporti interni tra i membri di un cartello.

Infatti, per un verso, per far funzionare in modo efficace e duraturo il *'pactum sceleris'* occorre rafforzare la cooperazione interna necessaria, per esempio, per mantenere artificialmente elevati i prezzi di vendita di determinati prodotti e la fiducia reciproca costituisce il collante principale.

Per altro verso, la tentazione a tradire la fiducia e comportarsi in modo sleale (*cheating*) può essere altrettanto forte per la singola impresa che, per esempio, praticando sottobanco sconti rispetto ai prezzi concordati con gli altri membri del cartello, conquista, a danno degli altri, nuove quote di mercato.

Gli economisti da tempo hanno studiato il fenomeno applicando la teoria dei giochi e hanno analizzato la coesione dei cartelli, sotto il profilo degli incentivi e dei disincentivi a mantener fede agli impegni, secondo gli schemi del 'dilemma del prigioniero'⁹.

⁷ Pubblicato in 82, *Tex. L. Rev.* 515, febbraio 2004. Cfr. altresì S. D. HAMMOND, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program, Address at the International Workshop on cartels (21-22 November 2000)*, in <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>.

⁸ Come vedremo, si tratta di due giochi paralleli.

⁹ Cfr. J. MEDINGER, *Antitrust Leniency Programs: a call for increased harmonization as proliferating programs undermine deterrence*, in *Emory L. J.*, (52), 1003, pag. 1460

L'impresa che aderisce a un cartello ottiene infatti il massimo profitto se convince le altre imprese ad alzare i prezzi e nello stesso tempo offre di nascosto ai propri clienti ribassi sostanziosi. Parallelamente, il peggior risultato possibile per un membro leale nei confronti degli altri partecipanti al cartello consiste nel praticare i prezzi più elevati concordati mentre gli altri praticano di nascosto prezzi più bassi. Le imprese che partecipano a un cartello, in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte a una scelta strategica: mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l'utile di tutti i paciscenti, confidando che anche gli altri lo facciano; oppure tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo.

La stabilità di un cartello dipende in definitiva dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi membri.

Le tecniche (anche non giuridiche) utilizzate per costruire e rafforzare la fiducia e disincentivare i comportamenti devianti sono molteplici: creazione di legami personali tra i responsabili aziendali, comportamenti concreti che segnalano la disponibilità a subire costi o a rinunciare a opportunità di mercato pur di tener fede ai patti interni al cartello, scambio di informazioni aziendali riservate, trasparenza nei rapporti reciproci, standardizzazione dei prodotti, istituzione di meccanismi centralizzati per la raccolta di informazioni relative alle transazioni di ciascuna impresa e per il monitoraggio dei comportamenti, incroci azionari tra le imprese, condivisione di personale amministrativo, interdipendenza finanziaria, affidamento della funzione di auditing esterno a un'unica società di revisione indipendente che così possa monitorare l'attività di tutte le imprese, multe interne o richiesta di garanzie finanziarie da escutere in caso di accertamento di comportamenti devianti, sistemi arbitrali di risoluzione delle controversie relative ad accuse di violazioni delle regole del cartello, ecc.

Per contrastare l'uso di queste tecniche, il diritto *antitrust* ricorre da sempre a strumenti che tendono a prevenire o a ostacolare la creazione di legami di fiducia interna alle imprese che potrebbero avere un incentivo a costituire un cartello, per esempio vietando lo scambio di informazioni o la

e seg. Si tratta di un modello di analisi utilizzato soprattutto dagli economisti specialisti della teoria dei giochi. L'esempio di base è la situazione di un prigioniero, il quale non potendo conoscere se il suo complice ha confessato il reato, è lasciato nel dilemma se confessare anche lui in cambio di uno sconto di pena, oppure non confessare con il rischio di una condanna piena. Anche il complice si trova nella stessa situazione simmetrica. La scelta ottimale per entrambi sarebbe non confessare perché in questo caso entrambi verrebbero assolti. In termini generali, l'assenza di informazioni certe sulle condotte altrui determina scelte inefficienti. Cfr., per tutti, R. BAIRD-R. GERTNER, *Game theory and the law*, 1994, Harvard University Press, pag. 33 e seg.

standardizzazione artificiale dei prodotti, oppure comminando la nullità agli accordi stipulati tra le imprese aderenti al cartello.

I programmi di clemenza costituiscono un mezzo particolarmente efficace per destabilizzare i cartelli. Infatti, pongono i componenti del cartello di fronte a un secondo dilemma del prigioniero, che si aggiunge a quello già esaminato (che riguarda i rapporti interni al cartello e gli interessi di breve e lungo periodo di ciascuna impresa).

Il secondo dilemma consiste nella scelta se restare leali nei confronti degli altri aderenti al cartello allo scopo di ritrarne i vantaggi di lungo periodo, confidando che gli altri membri facciano altrettanto, oppure autodenunciare alle autorità competenti la propria adesione al cartello (*confessing*) guadagnando in cambio l'immunità. Gli aderenti al cartello sono esposti costantemente dunque anche a un rischio di defezione per così dire esterna.

Si tratta di un rischio elevato perché il 'gioco' tra fiducia e sfiducia presenta un'asimmetria: per mantenere in vita il cartello occorre infatti che si consolidi la fiducia di tutti nei confronti di tutti; per smantellare il cartello, basta che uno solo dei membri tradisca la fiducia e sporga un'autodenuncia.

E poiché i programmi di clemenza prevedono usualmente che soltanto l'impresa che sporge per prima la denuncia può ottenere l'immunità totale, mentre a chi arriva per secondo può ottenere solo uno sconto di pena, gli incentivi così creati possono scatenare, là dove la fiducia interna inizia a incrinarsi, una vera propria corsa tra le imprese a chi si presenta per prima davanti all'autorità con la domanda volta a ottenere l'immunità (*race to the courtyard*).

Cenni ai programmi di clemenza negli Stati Uniti e nell'Unione Europea

I programmi di clemenza sono stati sperimentati per la prima volta negli Stati Uniti, dove peraltro la deterrenza della normativa *antitrust* era già particolarmente elevata, sia per il fatto che essa contempla anche sanzioni di tipo patrimoniale e penale a carico degli amministratori¹⁰, sia per il fatto che le azioni risarcitorie (*private enforcement*) possono portare alla condanna al pagamento del triplo del danno subito (*treble damage*)¹¹.

Fin dal 1978 all'*Antitrust Division* del *Department of Justice* è stata attribuita la facoltà di concedere l'immunità penale agli amministratori dell'impresa aderente a un cartello che presenta un'autodenuncia. Di fatto solo a partire dal 1993, in seguito a una serie di modifiche normative introdotte allo scopo di rendere più trasparente e prevedibile il sistema e meno rigide alcune regole, il sistema ha potuto decollare¹².

L'immunità viene accordata solo all'impresa che per prima presenta la denuncia e, a differenza di quanto prevedeva la disciplina del 1978, può essere presentata anche dopo che un procedimento istruttorio sia stato avviato d'ufficio.

L'ammissione all'immunità è accordata in presenza di una serie di condizioni: aver cessato dalla partecipazione al cartello; aver fornito informazioni complete ed esaustive all'*Antitrust Division*; aver ammesso la propria colpevolezza; aver risarcito le parti lese; non aver costretto alcuna impresa a partecipare al cartello o aver comunque assunto la posizione di promotore o di *leader* del cartello.

¹⁰ Di recente, le sanzioni a carico degli individui già previste dallo *Sherman Act* del 1890 sono state inasprite dal *Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* del 2004 e ora prevedono la possibilità di applicare una multa fino a 1 milione di dollari e una condanna fino a 10 anni di carcere. In Europa, solo l'ordinamento irlandese, sulla scia di quello statunitense, prevede sanzioni penali per le violazioni *antitrust*.

¹¹ In occasione della riforma del 2004 citata alla nota precedente, la possibilità di richiedere il pagamento del triplo del danno subito è stata esclusa nel caso di imprese che hanno beneficiato dei programmi di clemenza gestiti dalla *Antitrust Division* del *Justice Department*, ciò che costituisce un ulteriore incentivo offerto alle imprese che intendano denunciare un cartello.

¹² Cfr *US DOJ, Antitrust Division Corporate Leniency Policy (10 August 1993)*, in www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm. Per una ricostruzione sintetica del sistema con indicazioni anche sulla sua efficacia, cfr. G. SPAGNOLO, *op. cit.*, pp. 11-12. Nel primo quindicennio i programmi di clemenza hanno funzionato poco soprattutto per il fatto che la loro applicazione era rimessa alla discrezionalità degli inquirenti. Secondo un alto esponente del *Justice Department*, S.D. Hammond, 'uncertainty in the qualification process will kill an amnesty programme' (citazione ripresa da D. HENRY, *Leniency programmes: an anaemic carrot for cartels in France, Germany and the UK?*, in *ECLR*, 2005, pag. 19).

Mentre l'immunità viene concessa in modo automatico, una volta accertate le condizioni richieste, nel caso in cui l'impresa denunci un cartello del quale l'*Antitrust Division* non sospetta ancora l'esistenza, essa è concessa in modo discrezionale se un'istruttoria è stata già avviata.

Accanto ai programmi di clemenza messi a disposizione delle imprese (*Corporate leniency policy*), a partire dal 1994 è stato introdotto un programma diretto agli amministratori e *manager* delle società (*Individual leniency policy*) che, in caso di autodenuncia, possono ottenere un'immunità personale che non copre invece la responsabilità dell'impresa e degli altri suoi *manager*.

Il sistema statunitense prevede anche un programma di clemenza particolare (cosiddetto *amnesty plus*), adottato poi anche in Gran Bretagna. In base a esso all'impresa che non sia riuscita a denunciare per prima il cartello, ma che in parallelo denuncia anche un ulteriore diverso cartello, viene concessa l'immunità totale in relazione a quest'ultimo e una riduzione sostanziosa della pena in relazione al primo¹³. L'incentivo così offerto consente di scoprire altri cartelli messi in atto tra le stesse o anche altre imprese negli stessi settori di attività o in settori collegati. L'esperienza dimostra che quella dei cartelli è spesso una rete a maglie intrecciate che si estende in una pluralità di direzioni e copre una pluralità di mercati contigui.

Per cercare di porre rimedio a uno dei punti deboli dei programmi di clemenza, costituito dal fatto che l'immunità concessa dal *Justice Department* non esclude la responsabilità civile nei confronti dei terzi (anzi, per certi aspetti, rende più semplice la prova del fatto), nel 2004, in seguito all'approvazione del *Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, il sistema prevede, come si è accennato, a favore del denunciante ammesso all'immunità la non applicazione del principio del '*treble damage*' e il venir meno della responsabilità solidale nei confronti degli altri componenti del cartello. Su quest'ultimi, in aggiunta alla normale responsabilità, viene addossato anche l'onere di corrispondere ai danneggiati la parte del danno (cioè il doppio del danno dimostrato) che non grava più su chi beneficia del programma di clemenza. In definitiva, gli incentivi a denunciare i cartelli sono stati ulteriormente rafforzati.

Complessivamente, i dati disponibili e le testimonianze dei responsabili del *Justice Department*, dimostrano che oltre il 50% delle domande per l'applicazione dei programmi di clemenza riguardano cartelli in relazione ai quali nessuna indagine istruttoria è aperta e la somma delle infrazioni così scoperte è superiore alla somma di quelle accertate tramite il ricorso alla

¹³ Sul programma '*amnesty plus*', cfr. D. McELWEE, *Should the European Commission adopt 'Amnesty Plus' in its fight against hardcore cartels?*, in *ECLR*, 2004, n. 9.

normali procedure ispettive¹⁴. Peraltro, secondo alcune stime oltre l'80% dei cartelli resta in ogni caso non scoperto e sanzionato¹⁵. Ciò dimostra, per riprendere l'espressione utilizzata all'inizio di questo saggio, che i cartelli continuano a costituire, nonostante tutto, la 'bestia nera' del diritto *antitrust*.

L'esempio degli Stati Uniti è stato seguito da numerosi paesi europei ed extraeuropei¹⁶.

A livello europeo, la Commissione UE ha avviato già nel 1996 un primo programma di clemenza¹⁷ che peraltro non ha prodotto gli effetti attesi in considerazione dell'eccessiva discrezionalità rimessa alla Commissione nel valutare le domande di clemenza presentate dalle imprese e dagli scarsi incentivi in termini di riduzione delle sanzioni offerti a quest'ultime, che comunque non avevano la certezza di poter beneficiare dell'immunità totale neppure ove avessero denunciato per prime l'esistenza di un cartello¹⁸.

Nel 2002 la Commissione ha così approvato una nuova Comunicazione¹⁹ che, seguendo i modelli statunitensi e canadese, ha cercato di accrescere

¹⁴ Per questi dati e per le relative fonti, cfr. G. SPAGNOLO, *op. cit.*, pag. 11. Secondo G. SPRATLING, *Detection and deterrence: rewarding informants for reporting violations*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, (69), 2001, p. 798, i programmi di clemenza costituiscono 'the most effective generator of cartel cases and is believed to be the most successful program in U.S. history for detecting large commercial crimes' che ha portato all'irrogazione di sanzioni per oltre un miliardo di dollari.

¹⁵ Cfr. le stime citate da C. LESLIE, *op. cit.*, nota 948.

¹⁶ Per una panoramica che include anche l'esperienza degli Stati Uniti e della UE, cfr. J. MEDINGER, *op. cit.*, secondo il quale la disomogeneità dei regimi introdotti erode in parte la credibilità e la chiarezza dei programmi necessarie per il loro successo e auspica una maggiore armonizzazione. In Francia, i programmi di clemenza sono stati introdotti per legge nel 2001 (ART. 1. 464-2 del *Code de Commerce*) e nell'aprile 2006 il *Conseil de la Concurrence* ha emanato nuove linee guida. Nel Regno Unito i programmi di clemenza sono stati introdotti nel 2002, in Germania nel 2000, da ultimo aggiornati nel 2006 (Comunicato n. 9 del 7 marzo 2006 del *Bundeskartellamt*). Il filo conduttore che lega i vari aggiornamenti è il tentativo di rendere maggiormente appetibili i programmi di clemenza, anche sulla scorta degli orientamenti comunitari. Sulle principali esperienze europee, cfr. D. HENRY, *op.cit.*, pag. 13 e seg.

¹⁷ Cfr. *Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei caso d'intesa tra imprese del 18 luglio 2006*, in *GUCE*, 1996, C/207.

¹⁸ Nei sei anni di vigenza del programma di clemenza si sono avuti soltanto 16 casi di applicazione concreta e riferita in massima parte a richieste di riduzione di pena, successive all'apertura di un procedimento sanzionatorio da parte della Commissione, anziché di immunità totale, mentre con il nuovo regime introdotto, come si vedrà di seguito, nel 2002 già nel primo anno vi furono 20 casi di applicazione: Cfr. V. VAN BARLINGEN, *The European Commission's Leniency Notice after one year of operation*, in *EC Competition Policy Newsletter*, 2003, n. 2.

¹⁹ Del 19 febbraio 2002, pubblicata in *GUCE*, 2002, C/45.

l'appetibilità dei programmi di clemenza introducendo nel regime giuridico elementi di maggior certezza e flessibilità e rendendo così più prevedibile il conseguimento dell'immunità totale o parziale.

Per esempio, la Comunicazione del 1996 escludeva dalla possibilità di beneficiare dell'immunità totale l'impresa che aveva avuto un ruolo 'di iniziazione' del cartello, nozione piuttosto vaga poiché in fatto non è quasi mai chiaro chi abbia il ruolo di *leader*; la Comunicazione del 2002 esclude invece dal beneficio soltanto l'impresa che abbia agito in modo da costringere le altre imprese a partecipare all'infrazione²⁰. Inoltre, sempre per esemplificare, si prevede che le imprese che presentano la domanda di immunità vengano informate rapidamente circa l'esito della medesima anche attraverso una comunicazione scritta che le ammette a un'immunità condizionale, da confermare, se viene rispettato l'obbligo di cooperazione che grava sull'impresa fino all'esito dell'istruttoria, nella decisione finale. Ancora, mentre la Comunicazione del 1996 prevedeva che le prove dovessero essere prodotte solo in forma scritta, la Comunicazione del 2002 consentiva anche la possibilità di presentare le prove oralmente.

A fine 2006, la Commissione ha ulteriormente modificato le norme sui programmi di clemenza²¹, in particolare, individuando in modo più chiaro ed esplicito quali tipi di informazioni e di prove devono essere prodotte dall'impresa in modo tale poter conseguire l'immunità, introducendo maggiori elementi di flessibilità quali la previsione di un sistema di prenotazione (cosiddetto '*marker*') che consente all'impresa di presentare la domanda riservandosi di produrre entro un certo termine l'intera documentazione e conservando così la priorità temporale rispetto ad altre imprese aderenti al cartello che presentano un'analogha domanda.

In conclusione, l'esperienza maturata ha reso necessari adattamenti successivi di questo strumento ancora non consolidato della politica *antitrust*. Il suo successo in sede applicativa dipende in gran parte dall'adozione di regole che diano il massimo di certezze possibili alle imprese che sporgono denuncia, che siano sufficientemente flessibili e che

²⁰ In seguito a questa e altre modifiche, la Commissione, dall'entrata in vigore del nuovo regime fino a tutto il 2005, ha ricevuto ben 167 domande di clemenza della quali circa la metà di immunità totale. Sulla Comunicazione del 2002, cfr F. ARBAULT-F. PEIRO, *The Commission's new notice on immunity and reduction of fines in cartel cases: building on success*, in *Competition Policy Newsletter*, 2002, n. 2; J. ARP- C. SWAAK, *A tempting offer: immunity from fines for cartel conduct under the European Commission's new Leniency notice*, in *ECLR*, 2003, pag. 9 e seg. Sulle differenze rispetto al regime in vigore negli Stati Uniti, cfr. J.MEDINGER, *op. cit.*, p. 1447-1449.

²¹ Le modifiche sono entrate in vigore l'8 dicembre 2006: cfr. *Comunicazione della Commissione UE 8 dicembre 2006, n. 298/II relativa all'immunità delle ammende o alla riduzione dell'importo nei casi di cartelli tra imprese*, in *GUCE*, 8 dicembre 2006, n. 298, serie C.

siano, dunque, in grado di attrarre il maggior numero potenziali richiedenti. L'autorità che amministra i programmi di clemenza deve costituire una controparte affidabile e ciò aggiunge un'ulteriore sfaccettatura nel gioco composito tra fiducia e sfiducia.

Inoltre, come si vedrà, la particolare dinamica del rapporto tra autorità *antitrust* e imprese denuncianti richiede un adeguamento degli schemi tradizionali del procedimento amministrativo. E in ciò soprattutto risiede l'interesse teorico dei programmi di clemenza.

L'art. 15, comma 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287

Con il nuovo art. 15, comma 2-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto come si è visto dall'art. 14 della legge 4 agosto 2006, n. 248, hanno fatto ingresso nella disciplina *antitrust* italiana i programmi di clemenza. Il nostro ordinamento si è così allineato a gran parte di quelli europei²² e ha potuto anzi mettere a frutto la loro esperienza che ha portato nel corso degli anni, come si è visto, a varie integrazioni e perfezionamenti della normativa originaria.

Una prima questione da analizzare è se fosse davvero indispensabile una fonte normativa primaria per consentire all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di avviare i programmi di clemenza²³. La questione era incerta, tant'è vero che la stessa Autorità all'inizio del 2006 aveva richiesto un parere al Consiglio di Stato²⁴.

In effetti, esisteva già un precedente isolato di concessione di una immunità totale da parte dell'Autorità garante nei confronti di un'impresa che aveva denunciato l'esistenza di un cartello del quale l'Autorità non aveva alcun sentore²⁵. E il giudice amministrativo, investito della questione, aveva confermato la legittimità della decisione dell'Autorità²⁶.

Inoltre, un dato legislativo sopravvenuto poteva confermare questa impostazione. Infatti, l'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57 ha modificato le disposizioni della legge *antitrust* in tema di sanzioni eliminando in particolare il minimo edittale della pena pecuniaria. Si è consentito così all'Autorità di irrogare, là dove ritenuto opportuno, sanzioni anche solo simboliche.

²² Su 25 paesi aderenti all'Unione Europea, ben 17 si erano dotati di programmi di clemenza alla data del 1 luglio 2005.

²³ Sull'ammissibilità dei programmi di clemenza prima della nuova legge, cfr. S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Rivista delle Società*, 2004, pag. 1099 e seg. la quale, attribuita alle sanzioni *antitrust* natura dissuasiva più che punitiva, trova un fondamento nel principio di buona amministrazione e, pur con qualche dubbio, nelle ricadute della riforma sulla modernizzazione introdotta dal Regolamento CE n. 1/2003.

²⁴ Lo riferisce la Circolare Assonime del 19 ottobre 2006, n. 43, su *'I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni'*.

²⁵ Cfr. il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 26 giugno 1997, n. 5161, sul caso Operatori nel settore degli esplosivi da mina (pubblicato sul Bollettino n. 26/1997).

²⁶ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, 10 giugno 1998, n. 1902.

Un argomento di segno contrario poteva derivare dal principio, riaffermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, della doverosità dell'applicazione delle sanzioni *antitrust* e dal carattere essenzialmente punitivo delle medesime²⁷.

Quanto allo strumento giuridico per poter avviare i programmi di clemenza, l'Autorità garante avrebbe potuto far ricorso al modello dell'autovincolo alla discrezionalità e più precisamente alla cosiddetta 'prassi interpretativa anticipata' (*antizipierte Verwaltungspraxis*), da tempo analizzata nell'ordinamento tedesco e che ha avuto qualche applicazione sporadica anche in Italia²⁸. L'Autorità avrebbe potuto cioè esplicitare in un documento le condizioni in presenza delle quali l'impresa che collabora nella denuncia di un cartello può beneficiare dell'immunità totale o di riduzioni significative nell'applicazione delle sanzioni. L'Autorità avrebbe potuto cioè seguire l'esempio della Commissione UE che fin dal 1998 ha provveduto a specificare, allo scopo di assicurare trasparenza e obiettività delle decisioni, i criteri per il calcolo delle ammende in materia *antitrust*²⁹.

La nuova disposizione legislativa supera questo tipo di incertezza, ma non risolve tutti i problemi anche perché non pone, opportunamente, una disciplina completa dei programmi di clemenza.

²⁷ Cfr. Cons. St., VI Sez., 20 marzo 2001, n. 1671. Cfr. sul punto P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, pag. 394, secondo i quali il principio della doverosità della sanzione potrebbe precludere programmi di clemenza fondati sull'immunità totale.

²⁸ Sul concetto in questione cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munchen, 2002, par. 872, pag. 252; KOCH-RUBEL-HESELHAUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, II ed., 2003, pag. 283; ma già F. OSSENBUHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in H.-U. ERICHSEN-W. MARTENS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, III ed., 1978, pag. 85. La comunicazione all'esterno dei criteri che l'amministrazione intende seguire nell'esercizio di un potere discrezionale crea in capo a essa un vincolo, fondato sul principio di eguaglianza, prima ancora che si formi nel corso del tempo una prassi in senso proprio. Un caso sporadico di applicazione di questo principio si è avuto nel nostro ordinamento in occasione della riforma dell'ordinamento universitario che ha rafforzato l'autonomia statutaria delle Università. Il ministero competente ha emanato una circolare interpretativa volta a preannunciare i criteri che il ministero avrebbe seguito nell'esercitare il controllo di legittimità degli statuti specificando le soluzioni organizzative da esso ritenute compatibili con il nuovo ordinamento. In alternativa, all'emanazione di linee-guida fondate sul principio dell'autolimita alla discrezionalità era stato anche ipotizzato l'adozione dei programmi di clemenza da parte dell'Autorità tramite un rinvio alla Comunicazione della Commissione del 13 febbraio 2002.

²⁹ Cfr., da ultimo, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006)/C 210/02*.

Anzi, per la prima volta nella materia *antitrust*³⁰, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è chiamata a esercitare un potere normativo in senso proprio attraverso un provvedimento generale che stabilisca i casi in cui può essere operata la riduzione o la non applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria³¹.

L'attribuzione di un potere normativo trova un unico limite legale nella specificazione secondo la quale la disciplina dovrà essere posta dall'Autorità 'in conformità all'ordinamento comunitario' e nella precisazione che la riduzione o la mancata applicazione della sanzione può essere operata 'nelle fattispecie previste dal diritto comunitario'.

Il primo rinvio appare in realtà atecnico, in quanto i programmi di clemenza non rientrano tra gli aspetti del diritto *antitrust* oggetto di armonizzazione in sede comunitaria e dunque manca un diritto comunitario in senso proprio al quale far riferimento³². E' vero peraltro, come si è visto, che a livello comunitario è in corso un processo di armonizzazione 'soft'³³ e comunque i modelli normativi introdotti nei vari Stati membri costituiscono una base utile di raffronto.

La nuova disposizione non detta alcuna regola procedurale in ordine all'adozione del provvedimento generale. Anche la legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul Risparmio), che pur inserisce l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, tra le Autorità di settore assoggettate a obblighi di coordinamento e di collaborazione (artt. 20 e 21), non la annovera tra quelle alle quali si applicano le nuove disposizioni procedurali in tema di adozione di regolamenti e di atti generali che introducono l'obbligo di

³⁰ Non può far testo la disciplina spuria del conflitto di interessi dei componenti del Governo di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 125.

³¹ Il testo originario della disposizione contenuta nel decreto legge non consentiva la concessione dell'immunità totale.

³² Cfr., sul punto, L. TORCHIA, *Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, pag. 46, anche per un'analisi delle conseguenze che derivano dalla mancata armonizzazione e cioè il fatto che l'impresa che voglia beneficiare del programma di clemenza deve presentare domanda a ciascuna delle Autorità nazionali interessate e che le informazioni fornite a un'Autorità non possono circolare all'interno della Rete europea della concorrenza in base al Regolamento CE n. 1/2003 senza il consenso dell'impresa interessata e non possono essere utilizzate ai fini dell'avvio di un altro procedimento.

³³ All'interno della Rete della Autorità di Concorrenza Europea (European Competition Network - ECN) cui partecipa anche la Commissione europea, è stato elaborato un modello di *leniency program* con la definizione di disposizioni procedurali e sostanziali che potrebbero essere adottate nei singoli ordinamenti. Allegato al modello vi è anche uno schema di richiesta di adesione preliminare ai programmi di clemenza nazionali riferito ai casi che coinvolgono più Stati membri. Il modello è stato adottato dalla Commissione UE il 29 settembre 2006 (http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf).

motivazione, la partecipazione degli organismi rappresentativi delle imprese, la predisposizione di una relazione contenente l'analisi di impatto della regolazione (art. 22). Di recente peraltro il Consiglio di Stato ha affermato che il contraddittorio costituisce un principio fondamentale per le autorità indipendenti che vale anche con riferimento agli atti di regolazione, che la legge 7 agosto 1990, n. 241, esclude invece dagli istituti di partecipazione³⁴.

Inoltre, poiché la predisposizione di regole in tema di programmi di clemenza che siano ad un tempo efficaci e in linea con i principi generali in materia di procedimento amministrativo non è un'operazione semplice, forse, anche a prescindere dall'esistenza o meno di obbligo giuridico, una consultazione informale può risultare in ogni caso opportuna.

E' dunque da valutare con favore la scelta dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di avviare una consultazione pubblica prima di adottare formalmente la 'Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287'³⁵.

³⁴ Cfr. Cons. St, Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, dove si afferma che *'Ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano, infatti, le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi e amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90). L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentativa'. E l'esigenza del contraddittorio, inteso come espressione della legalità procedurale, è tanto maggiore quanto meno è garantita la legalità sostanziale 'per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti'.*

³⁵ La bozza di comunicazione è stata pubblicata sul sito internet dell'Autorità il 7 dicembre 2006; il testo definitivo è stato adottato con provvedimento v. 16472 del 15 febbraio 2007, pubblicato sul Bollettino n.6 del 26 febbraio 2007.

I tratti salienti della disciplina dei programmi di clemenza

La disciplina dei programmi di clemenza formulata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Comunicazione sopra citata tiene conto di alcune variabili, desunte dal confronto tra le normative adottate nei vari Stati in questi anni, che possono condizionare il grado di successo o di insuccesso dei programmi di clemenza.

Una prima variabile attiene al limite temporale oltre il quale le imprese non possono più proporre l'istanza volta a ottenere l'immunità totale o parziale. La scelta di fondo è se consentire o meno che essa venga presentata anche dopo l'apertura dell'istruttoria da parte dell'Autorità che esercita i propri poteri d'ufficio talora anche in seguito a esposti e denunce.

La collaborazione dell'impresa che si dissocia dal cartello acquista infatti particolare valore nei casi in cui essa fornisce le prove dell'esistenza di un cartello del quale l'Autorità non ha avuto fino a quel momento alcun sentore, ma è anche meno probabile che un'impresa si dissocia dal cartello che non è ancora sotto il riflettore dell'autorità.

Pertanto, l'immunità totale si giustifica maggiormente se l'istanza viene proposta prima che l'Autorità abbia avviato l'istruttoria. A quel punto, infatti, gli uffici dell'Autorità sono già in possesso di elementi probatori tali da giustificare l'avvio dell'indagine. Ciò è tanto più vero se si considera che, statisticamente, di rado all'apertura del procedimento segue una pronuncia che accerti invece la piena conformità alla normativa *antitrust* dei comportamenti delle imprese inquisite. Ciò accade anche perché l'Autorità apre il procedimento istruttorio solo per così dire 'a colpo sicuro', cioè se, in esito ad accertamenti preistruttori, è già in possesso di prove idonee a supportare l'accusa e che difficilmente possano essere controbilanciate da quelle fornite dalle parti nel corso dell'istruttoria.

D'altro canto, ammettere l'applicazione di programmi di clemenza anche dopo l'avvio dell'istruttoria potrebbe consentire all'Autorità, nel gioco tra regolatore e imprese, di compiere la prima mossa per così dire in anticipo. L'Autorità potrebbe cioè aprire l'istruttoria anche nei casi in cui l'impianto probatorio è meno solido, scommettendo, quasi come in un gioco d'azzardo, sul fatto che la fiducia interna al cartello si incrini e si scateni la corsa alla denuncia, proprio perché sulle imprese inquisite pesa l'incertezza in ordine a quali prove disponga già in concreto l'Autorità. L'impresa che, a torto o a ragione, ritenga ormai probabile l'irrogazione di una sanzione avrà un incentivo più forte a presentarsi per prima innanzi all'Autorità fornendo a quest'ultima prove decisive delle quali quest'ultima non era in possesso.

Si è già accennato al fatto che il programma di clemenza originariamente introdotto negli Stati Uniti nel 1978 prevedeva che l'immunità potesse essere concessa solo se l'*Antitrust Division* non aveva già aperto l'istruttoria e che nel 1993 questa limitazione venne eliminata proprio per introdurre un incentivo più forte a collaborare.

La Comunicazione adottata dall'Autorità prevede l'immunità totale all'impresa che per prima fornisca spontaneamente informazioni e prove in ordine a un'intesa e consente una riduzione non superiore di regola al 50% delle sanzioni applicabili all'impresa che, a istruttoria avviata, fornisce elementi probatori che rafforzano in misura significativa l'impianto probatorio di cui già dispone l'Autorità.

Un'altra variabile consiste nella scelta se concedere l'immunità soltanto alla prima impresa che presenta l'istanza, oppure se accordare uno sconto sostanzioso nella sanzione anche all'impresa che per seconda (o addirittura per terza) si autodenuncia. Nel gioco interno tra le imprese aderenti al cartello, data l'incertezza dovuta al fatto che nessuna sa con certezza se e quando una di esse è prossima a tradire i patti interni e a denunciare il cartello, può costituire uno stimolo alla denuncia del cartello la prospettiva che anche se l'impresa non sarà la prima a farlo, comunque potrà ottenere uno sconto di pena³⁶.

In ogni caso, è essenziale che la disciplina dei programmi di clemenza includa un sistema che renda certo il momento nel quale l'impresa presenta l'istanza. Quando inizia a incrinarsi la fiducia interna alle imprese aderenti a un cartello, accade talora che si scateni tra esse una corsa contro il tempo ed è importante stabilire chi abbia acquisito la prima posizione e possa dunque beneficiare dell'immunità totale.

Un sistema per incentivare le denunce anche in presenza del rischio di poter conseguire soltanto uno sconto di pena, anziché l'immunità totale, consiste nel concedere quest'ultima anche all'impresa che, pur avendo presentato l'istanza per seconda, sia disposta a denunciare l'esistenza anche di un secondo e diverso cartello di cui essa faceva parte (il cosiddetto '*Amnesty plus*' introdotto come si è accennato negli Stati Uniti)³⁷. Anche in questo caso l'esperienza dimostra che spesso le imprese aderiscono a una pluralità di cartelli che coinvolgono le stesse o anche altre imprese, in una ragnatela di accordi illeciti sotto il profilo concorrenziale che si estende a settori di attività affini o complementari. Spesso le stesse autorità *antitrust*, mentre

³⁶ La Comunicazione adottata dall'Autorità prevede in via generale la riduzione delle sanzioni a favore di chi produce nuove prove che rafforzano in misura significativa l'impianto probatorio già disponibile (paragrafo 4 della Comunicazione). Peraltro, una differenza significativa tra i benefici di chi si autodenuncia per primo e il secondo può costituire un incentivo alla defezione dal cartello. Per un'analisi delle soluzioni possibili, che include anche la proposta teorica di ricompensare chi si autodenuncia per primo addirittura versandogli gli importi delle sanzioni irrogate agli altri membri del cartello, cfr. C. SPAGNOLO, *Divide et impera*, CEPR Discussion paper n. 4840, 2004, http://papers.ssr.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143.

³⁷ La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non disciplina espressamente questa ipotesi.

indagano su un certo cartello, si imbattono in prove della sussistenza di altri cartelli³⁸.

Un altro fattore cruciale per il successo dei programmi di clemenza consiste, come si è osservato più volte, nella capacità di questi ultimi di fornire certezze in ordine alla concessione dell'immunità totale o parziale alle imprese che presentano la denuncia. Le imprese aderenti a un cartello devono cioè poter valutare *ex ante* sulla base di parametri il più possibile oggettivi, tali da consentire una sorta di calcolo costi-benefici, se fornendo le prove che esse sono in grado di produrre avranno titolo per beneficiare del programma di clemenza.

I margini di discrezionalità lasciati alle autorità *antitrust* nella valutazione delle istanze devono essere dunque ridotti al minimo. Così la disciplina deve cercare di definire in modo preciso quali tipi di prove dell'esistenza del cartello sono considerate idonee, perché decisive o comunque in grado di apportare un valore aggiunto significativo nell'ambito dell'istruttoria, a garantire la concessione dell'immunità totale o parziale³⁹. Le autorità *antitrust* devono a propria volta acquisire una reputazione di regolatori affidabili, ai quale cioè le imprese denuncianti possano rivolgersi con fiducia.

³⁸ Negli Stati Uniti circa la metà dei procedimenti pendenti nel 2004 era stata avviata in base a elementi raccolti nel corso di istruttorie riferite a mercati completamente diversi. Per questo dato, cfr. D. McELWEE, *Should the European Commission adopt 'Amnesty Plus' in its fight against hardcore cartels?*, in *ECLR*, 2004, n. 9, pag. 558.

³⁹ Il calcolo dell'incentivo a defezionare dal cartello è condizionato, a monte, dalla possibilità di prevedere con esattezza le sanzioni che sarebbero irrogate se l'Autorità d'ufficio avviasse il procedimento sanzionatorio. Da qui la necessità di ridurre al minimo la discrezionalità anche in ordine alla quantificazione delle sanzioni *antitrust* (a livello europeo sono state elaborate a questo proposito linee guida volte a promuovere una maggior trasparenza. Devo queste osservazioni a Enrico Camilli rinviando per ulteriori svolgimenti a: E. CAMILLI, *Optimal fines in cartel cases and actual EC fining*, in *World Competition* (29), 2006, pp. 586 e seg. anche per ulteriore bibliografia.

La destrutturazione e la deformalizzazione del procedimento

La predisposizione di programmi di clemenza efficaci richiede regole procedurali più flessibili e meno formalizzate di quelle usualmente previste dalle leggi sul procedimento amministrativo. Questo aspetto, che costituisce, come si è anticipato, il motivo di maggiore interesse teorico dell'istituto, merita un approfondimento specifico.

La struttura tipica di un procedimento per l'ammissione di un privato a un beneficio o per l'attribuzione di una qualsivoglia utilità o comunque ampliativi della sfera giuridica del privato è strutturato usualmente in modo semplice e si articola nelle fasi dell'iniziativa di parte (domanda o istanza corredate da documentazione idonea), dell'istruttoria e dell'adozione di un provvedimento formale di accoglimento o di diniego.

Inoltre, il rapporto tra il soggetto privato che presenta l'istanza e l'amministrazione che decide, in coerenza con la natura dell'interesse pretensivo fatto valere, è certamente di tipo collaborativo, nel senso che è interesse dell'istante fornire all'amministrazione tutti gli elementi atti a far sì che quest'ultima sia indotta a emanare senza ritardi un provvedimento favorevole.

Ma si tratta di una forma di collaborazione asimmetrica, nel senso che mentre per il privato la posta in gioco consiste nel conseguire o meno l'utilità alla quale aspira, l'amministrazione si pone in una situazione di sostanziale neutralità sotto questo profilo. Infatti, l'interesse pubblico sotteso all'esercizio del potere viene soddisfatto sia nel caso in cui all'esito del procedimento venga attribuita l'utilità a colui che aspira a conseguirla, sia nel caso in cui essa venga negata a colui che non abbia titolo a ottenerla. Né, di regola l'amministrazione ha un interesse a sollecitare la presentazione di istanze o domande⁴⁰.

Nei programmi di clemenza, invece, tra l'impresa che denuncia un cartello e l'autorità *antitrust* si instaura un rapporto collaborativo connotato da una maggior simmetria. E ciò per il fatto che all'interesse dell'impresa che ha violato la normativa *antitrust* a conseguire l'immunità totale o parziale, corrisponde l'interesse dell'autorità a incentivare la presentazione di istanze suscettibili di essere accolte che consentano così di sanzionare il maggior numero possibile di cartelli e di ripristinare, in definitiva, un assetto concorrenziale del mercato.

Parrebbe anzi emergere una asimmetria di segno contrario, nel senso che nei programmi di clemenza è l'amministrazione ad avere maggior necessità

⁴⁰ Un'eccezione è costituita dai procedimenti di tipo concorsuale nei quali sussiste un interesse pubblico a un'ampia partecipazione.

di ottenere collaborazione delle imprese e l'immunità totale o parziale concessa a quest'ultime costituisce una sorta di corrispettivo dovuto in caso di collaborazione produttiva di risultati utili ai fini della tutela della concorrenza.

La collaborazione richiesta all'impresa denunciante, inoltre, non si esaurisce nel momento della presentazione dell'istanza, ma deve essere mantenuta anche successivamente nel corso degli accertamenti istruttori e del procedimento avviato dall'autorità fino al definitivo accertamento dell'illecito nei confronti di tutte le imprese aderenti al cartello. Ove la collaborazione non sia prestata in modo leale, il beneficio dell'immunità viene negato o revocato. Il rapporto che si instaura tra autorità e impresa ha le caratteristiche di un rapporto di durata nel quale è essenziale che si instauri e venga mantenuta una fiducia reciproca.

In taluni casi, la collaborazione alla quale è chiamata l'impresa denunciante può spingersi fino al punto di fare per così dire il 'doppio gioco', perseverando in un comportamento conforme agli impegni presi nei confronti delle altre imprese, per tutto il tempo necessario per la raccolta delle prove che consentono di accertare in modo inattaccabile l'illecito *antitrust*.

Tutti questi fattori richiedono e giustificano una parziale deformalizzazione e destrutturazione del procedimento per l'esame delle istanze volte a ottenere l'immunità totale o parziale.

In primo luogo, infatti, per incentivare l'impresa a rivolgersi all'autorità *antitrust* può essere consentito che nella prima fase del contatto essa non sia costretta a rivelare la propria identità⁴¹. Può essere anche prevista la possibilità di domande anonime presentate all'Autorità da un delegato che avvia le prime discussioni informali con i responsabili degli uffici.

Inoltre, la domanda può essere formulata in forma ipotetica, nel senso che essa può limitarsi a descrivere in termini generali il tipo di cartello che l'impresa potrebbe denunciare e il tipo di prove che essa sarebbe in grado di fornire e ciò allo scopo di ottenere dall'Autorità una valutazione preliminare in ordine alla possibilità concreta di accedere al beneficio dell'immunità una volta presentata la domanda contenente tutte le informazioni necessarie.

La domanda, poi, può essere preceduta da una sorta di una prenotazione (cosiddetto '*marker*', introdotto anche a livello comunitario, come si è accennato, nel 2006) che serve a fissare il momento preciso in cui si è instaurato il contatto tra l'impresa e l'Autorità, e ciò al fine di acquisire la

⁴¹ La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prevede che l'impresa possa contattare l'Autorità anche in forma anonima al fine di ottenere delucidazioni sulla ricorrenza delle condizioni per l'ammissione al beneficio dell'immunità (paragrafo 12 della Comunicazione).

priorità rispetto alle domande presentate da altre imprese che aspirano parimenti a ottenere l'immunità totale⁴².

Può accadere infatti che, per esempio, in seguito a un cambio di proprietà o di amministratori di un'impresa, i nuovi responsabili della stessa scoprono che essa è parte di un cartello dal quale desiderano dissociarsi, ma che occorra un certo tempo per raccogliere gli elementi necessari per poter presentare un'istanza completa. La prenotazione, con assegnazione di un termine per la produzione degli elementi integrativi necessari per un esame completo dell'ammissibilità della domanda, può costituire un incentivo che premia la collaborazione nei casi in cui è concreta la possibilità che scatti tra i membri del cartello una corsa a chi per primo sporge denuncia.

Quanto alla forma dell'istanza, ragioni di riservatezza possono giustificare un ricorso più ampio alla forma orale con verbalizzazione da parte degli uffici dell'Autorità delle dichiarazioni rilasciate dall'impresa. In questo modo il documento che viene inserito nel fascicolo costituisce non già un atto di parte, bensì un documento dell'ufficio e ciò può assumere rilievo in caso di richiesta di accesso al fascicolo da parte di terzi o di ordine di esibizione da parte di un giudice⁴³.

Ancora, la decisione definitiva in ordine alla concessione del beneficio dell'immunità può essere preceduta da una decisione preliminare favorevole, condizionata alla verifica della esattezza dei dati forniti e alla successiva fattiva e leale collaborazione da parte dell'impresa che ha presentato la domanda fino alla positiva conclusione dell'istruttoria avviata nei confronti anche delle altre imprese aderenti al cartello⁴⁴. Come si è già accennato, la presentazione dell'istanza instaura un rapporto di durata tra impresa e autorità *antitrust* che si regge sulla lealtà e sulla fiducia reciproca. Una volta concesso il beneficio dell'immunità, possono anche sopravvenire ragioni che inducano l'Autorità a pronunciare la decadenza, per esempio nel caso in cui l'impresa abbia occultato o distrutto documenti rilevanti.

⁴² La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prevede che l'impresa debba proporre a questo fine una richiesta adeguatamente motivata corredata già da informazioni che descrivano in modo dettagliato l'intesa e le imprese che ne sono parti (paragrafo 15 della Comunicazione).

⁴³ La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (paragrafo 10) prevede che l'accesso alle dichiarazioni rese oralmente dai rappresentanti dell'impresa che richiede l'applicazione dei programmi di clemenza sia differito, ai sensi dell'art. 13, comma 10, del Dpr 30 aprile 1998, n. 217, che disciplina le procedure istruttorie.

⁴⁴ La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prevede che la decisione definitiva in ordine alla non applicazione delle sanzioni viene assunta con il provvedimento finale adottato dal collegio ai sensi dell'art. 14, comma 9, del Dpr 30 aprile 1998, n. 218 (paragrafo 12 della Comunicazione).

La disarticolazione del procedimento, che riguarda sia la fase di avvio sia quella della decisione, richiede misure organizzative e funzionali da parte dell'Autorità tali consentire ai responsabili degli uffici o a singoli componenti dell'Autorità medesima di intrattenere contatti informali con le imprese che manifestano l'intenzione di presentare l'istanza e di assumere per conto dell'Autorità impegni vincolanti nei confronti dell'impresa. Il principio della collegialità tipico delle delibere delle autorità *antitrust* può costituire un ostacolo alla funzionalità dei programmi di clemenza se non è accompagnato da opportuni temperamenti⁴⁵.

Incerta è anche la natura del procedimento per la concessione dell'immunità totale o parziale. Infatti, per un verso esso costituisce un procedimento autonomo volto ad appurare l'esistenza delle condizioni per l'accoglimento dell'istanza e che involge una relazione bilaterale tra impresa richiedente e Autorità. Per altro verso, esso è ancillare al procedimento principale, avviato d'ufficio dall'Autorità, volto ad accertare e a sanzionare il cartello denunciato e che coinvolge formalmente tutte le imprese aderenti a quest'ultimo.

Proprio perché l'ammissione al beneficio dell'immunità è condizionato alla messa a disposizione di prove decisive dell'esistenza del cartello utilizzabili nel procedimento principale, provvedimento definitivo di concessione dell'immunità e provvedimento sanzionatorio nei confronti degli altri componenti del cartello sono legati, di regola, da un rapporto di implicazione reciproca. Un tale rapporto è in realtà così stretto da incrinare, al limite, la stessa autonomia del procedimento per la concessione del beneficio dell'immunità facendolo regredire a subfase di un unico procedimento di accertamento dell'esistenza del cartello.

In questa visione, un'unica istruttoria è funzionale all'accertamento di quest'ultimo e alla verifica delle condizioni per l'ammissione al beneficio dell'immunità, mentre solo nella fase decisionale relativa all'*an* e al *quantum* della sanzione la posizione dell'impresa denunciante viene scorporata da quella delle altre imprese aderenti al cartello e fatta oggetto di un provvedimento autonomo di concessione dell'immunità⁴⁶. Del resto, la posizione delle imprese aderenti a un cartello è sempre in qualche modo autonoma, se non altro nel momento della quantificazione della sanzione

⁴⁵ La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prevede che tutti i provvedimenti siano assunti dal collegio nella sua composizione normale.

⁴⁶ Il paragrafo 12 della Comunicazione prefigura un provvedimento di eventuale accoglimento della domanda con decisione condizionata al rispetto delle condizioni per la concessione del beneficio: l'Autorità assumerà la decisione definitiva sulla effettiva esistenza dei presupposti per la non imposizione della sanzione con il provvedimento finale (adottato ai sensi dell'art. 14, comma 9, del Dpr. 30 aprile 1998, n. 218) di chiusura dell'istruttoria principale.

che va calibrata in funzione del ruolo concretamente assunto da ciascuna di esse all'interno del cartello e alle altre condizioni soggettive.

In conclusione, i programmi di clemenza fanno emergere un modo originale di strutturazione del rapporto tra autorità amministrativa e imprese, nel quale l'interesse pubblico a incentivare la collaborazione dei privati piega e riadatta gli schemi classici del procedimento amministrativo.

E' troppo presto per stabilire se si tratti di un modello destinato a restare isolato o se esso possa trovare applicazione anche in campi della regolazione amministrativa nei quali l'elemento sanzionatorio si presenta recessivo rispetto all'interesse pubblico che si vuol tutelare e dunque sembra ammissibile, in linea di principio, una rinuncia all'esercizio della pretesa sanzionatoria come contropartita dell'autodenuncia della commissione di illeciti amministrativi, con conseguente adozione delle misure necessarie per il ripristino della legalità violata. Nei paesi anglosassoni, nei quali alle amministrazioni è riconosciuto uno spazio assai più ampio per negoziare caso per caso con i diretti interessati la miglior composizione degli interessi pubblici e privati (per esempio, in materia ambientale o di sicurezza del lavoro), esistono numerosi esempi di '*voluntary disclosures*' ai quali si ricollegano benefici e immunità di varia natura.

Questioni aperte

Le esperienze europea e statunitense sollevano alcune questioni di difficile soluzione.

A livello europeo è sempre più avvertita l'esigenza di una armonizzazione delle discipline adottate nei singoli Stati membri, che peraltro sembrano svilupparsi in ogni caso, per effetto di imitazione spontanea, su binari in gran parte paralleli⁴⁷.

L'aspetto più delicato riguarda i cartelli a rilevanza comunitaria con diramazioni in più Stati membri in relazione ai quali sorge la necessità di presentare in parallelo una pluralità di domande di applicazione dei programmi di clemenza ed è incerto a quale autorità spetti la competenza primaria. La Comunicazione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prevede che nelle ipotesi in cui la Commissione UE sia nella posizione più idonea per trattare il caso, l'impresa che denuncia il cartello possa limitarsi, a livello nazionale, a presentare all'Autorità una domanda redatta in forma semplificata⁴⁸. Sorge anche un problema in relazione alla facoltà di scambiare informazioni tra le autorità *antitrust* nazionali disciplinata dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 sulla cosiddetta modernizzazione del diritto *antitrust* (art. 12), che potrebbe costituire un disincentivo alla presentazione di domande di ammissione ai programmi di clemenza⁴⁹.

Un'altra questione generale attiene ai rapporti tra i programmi di clemenza e le azioni risarcitorie proponibili dai soggetti danneggiati dal cartello (cosiddetto *private enforcement*). In linea di principio, infatti, la non applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie non comporta di per

⁴⁷ E' stata auspicata un'armonizzazione in sede comunitaria sulla base dell'art. 83 del Trattato (eventualmente in connessione con l'art. 308) in modo tale da definire un unico programma di clemenza applicabile a livello europeo e a livello di singoli stati membri. Cfr. W.P.J. WILS, *European competition law and policy: the reform of the competition law enforcement: will it work?*, FIDE 2004, *Community Report*, pag. 69.

⁴⁸ Paragrafi 16 ss. della Comunicazione.

⁴⁹ Su queste tematiche, cfr. S. BLAKE-D. SCHNICHELS, *Leniency following modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, in *ECLR*, 2004, pag. 765 e seg.; C. SWAAK-M. MOLLICA, *op. cit.*, pag. 507 e seg. Secondo un documento elaborato dalla Commissione europea e le autorità *antitrust* nazionali (Commission notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities, 2004, O.J. C101/43) allo scopo di risolvere il problema, le informazioni che un'autorità nazionale acquisisce nell'ambito dei programmi di clemenza possono essere fornite ad altre autorità solo con il consenso dell'impresa denunciante, oppure qualora quest'ultima abbia presentato la domanda di immunità in contemporanea a entrambe le autorità nazionali, oppure in presenza di una garanzia da parte dell'autorità che riceve le informazioni circa l'uso che di esse potrà essere fatto, nel senso che esse non potranno essere utilizzate contro l'impresa denunciante.

sé l'esenzione dalla responsabilità civile nei rapporti con i terzi. Su questo punto, il par. 39 della Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende citata in precedenza, chiarisce appunto che la concessione dell'immunità totale o parziale in relazione alle ammende irrogabili non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile relative alla violazione della normativa *antitrust*.

Il nuovo art. 15, comma 2-bis della legge n. 287, del 1990, non prevede alcunché al riguardo e dunque non introduce alcuna deroga al regime nazionale della responsabilità civile che certamente non potrebbe essere previsto in via sublegislativa. Si è accennato al fatto che negli Stati Uniti nel 2004 è stata introdotta una disciplina speciale volta a limitare l'esposizione dell'impresa denunciante al rischio di azioni risarcitorie nei suoi confronti da parte dei terzi danneggiati.

In assenza di una disciplina *ad hoc* a livello comunitario e nazionale il problema da ultimo segnalato può compromettere in parte l'efficacia dei programmi di clemenza. Né d'altra parte, *de jure condito*, è pensabile che siano escluse dal diritto di accesso e non siano comunque utilizzabili nell'ambito di un processo civile documenti forniti dall'impresa che presenta la domanda di applicazione dei programmi di clemenza che possono costituire prova dell'esistenza del cartello utilizzabile ai fini dell'azione risarcitoria.

In conclusione, i programmi di clemenza costituiscono una novità rilevante per il nostro ordinamento. Oltre a rendere più effettiva, pur con i limiti ora segnalati, l'applicazione del diritto *antitrust* in relazione al fenomeno dei cartelli illeciti così difficile da reprimere, i programmi di clemenza fanno emergere un nuovo modello di cooperazione tra amministrazione e soggetti privati che richiede un ripensamento e un adattamento della struttura del procedimento amministrativo. Si ritrae così una conferma del fatto che, allorché sia necessario, sono le regole a doversi adattare ai fenomeni anche a costo di infrangere alcuni 'tabù', come la rigidità delle forme procedurali e la distanza che tradizionalmente e ancor oggi separa l'amministrazione dal cittadino.

<p>AMSTERDAM Strawinskylaan 10 1077 XZ Amsterdam T + 31 20 485 7000 F + 31 20 485 7001</p> <p>Mailing address PO Box 75299 1070 AG Amsterdam</p>	<p>COLOGNE Heumarkt 14 50667 Cologne T + 49 221 20 50 70 F + 49 221 20 50 79 0</p>	<p>HO CHI MINH CITY #1108 Saigon Tower 29 Le Duan Boulevard District 1 Ho Chi Minh City T + 84 8 8226 680 F + 84 8 8226 690</p>	<p>PARIS 2 rue Paul Cézanne 75008 Paris T + 33 1 44 56 44 56 F + 33 1 44 56 44 00</p>
<p>BARCELONA Mestre Nicolau 19 08021 Barcelona T + 34 93 363 7400 F + 34 93 419 7799</p>	<p>DUBAI The Exchange Building 5th Floor Dubai International Financial Centre Sheikh Zayed Road PO Box 506 569 Dubai T + 971 4 3700 700 F + 971 4 5099 111</p>	<p>HONG KONG 11th floor Two Exchange Square Hong Kong T + 852 2846 3400 F + 852 2810 6192</p>	<p>ROME Piazza di Monte Citorio 115 00186 Rome T + 39 06 695 331 F + 39 06 695 33800</p>
<p>BEIJING 3705 China World Tower Two 1 Jianguomenwai Avenue Beijing 100004 T + 86 10 6505 3448 F + 86 10 6505 7783</p>	<p>DÜSSELDORF Feldmühleplatz 1 40545 Düsseldorf T + 49 211 49 79 0 F + 49 211 49 79 10 3</p> <p>Mailing address Postfach 10 17 43 40008 Düsseldorf</p>	<p>LONDON 65 Fleet Street London EC4Y 1HS T + 44 20 7936 4000 F + 44 20 7832 7001</p>	<p>SHANGHAI 34th floor Jinmao Tower 88 Century Boulevard Shanghai 200121 T + 86 21 5049 1118 F + 86 21 3878 0099</p>
<p>BERLIN Potsdamer Platz 1 10785 Berlin T + 49 30 20 28 36 00 F + 49 30 20 28 37 66</p>	<p>FRANKFURT AM MAIN Taunusanlage 11 60329 Frankfurt am Main T + 49 69 27 30 80 F + 49 69 23 26 64</p>	<p>MADRID Fortuny 6 28010 Madrid T + 34 91 700 3700 F + 34 91 308 4636</p>	<p>SINGAPORE Freshfields Drew & Napier 20 Raffles Place #18-00 Ocean Towers Singapore 048620 T + 65 6535 6211 F + 65 6533 5007</p>
<p>BRATISLAVA Laurinská 12 81101 Bratislava T + 421 2 5413 1121 F + 421 2 5413 1123</p>	<p>HAMBURG Alsterarkaden 27 20354 Hamburg T + 49 40 36 90 60 F + 49 40 36 90 61 55</p> <p>Mailing address Postfach 30 52 70 20316 Hamburg</p>	<p>MILAN Via dei Giardini 7 20121 Milan T + 39 02 625 301 F + 39 02 625 30800</p>	<p>TOKYO Ark Mori Building 18F 1-12-32 Akasaka Minato-ku Tokyo 107-6018 T + 81 3 3584 8500 F + 81 3 3584 8501</p>
<p>BRUSSELS Bastion Tower Place du Champ de Mars/Marsveldplein 5 1050 Brussels T + 32 2 504 7000 F + 32 2 504 7200</p>	<p>HANOI #05-01 International Centre 17 Ngo Quyen Street Hanoi T + 84 4 8247 422 F + 84 4 8268 300</p>	<p>MOSCOW Kadashevskaya nab 14/2 119017 Moscow T + 7 495 785 3000 F + 7 495 785 3001</p>	<p>VIENNA Seilergasse 16 1010 Vienna T + 43 1 515 15 0 F + 43 1 512 63 94</p>
<p>BUDAPEST Rein és Társai Freshfields Bruckhaus Deringer 1053 Budapest Károlyi Mihály u. 12. T + 36 1 486 22 00 F + 36 1 486 22 01</p>	<p>NEW YORK Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 520 Madison Avenue 34th floor New York, NY 10022 T + 1 212 277 4000 F + 1 212 277 4001</p>	<p>MUNICH Prannerstrasse 10 80333 Munich T + 49 89 20 70 20 F + 49 89 20 70 21 00</p>	<p>WASHINGTON Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 701 Pennsylvania Avenue, NW Suite 600 Washington, DC 20004-2692 T + 1 202 777 4500 F + 1 202 777 4555</p>

17988