

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

I programmi di *leniency* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*

Sommario: I. L'ISTITUTO DELLA CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: RUOLO E FUNZIONE. – II. I PROGRAMMI DI CLEMENZA NEL CONTESTO COMUNITARIO. – III. RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO ANTITRUST E AZIONE CIVILE. IL CASO DELL'ADESIONE AD UN PROGRAMMA DI CLEMENZA E LA QUESTIONE DELL'ACCESSO.

I. L'ISTITUTO DELLA CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: RUOLO E FUNZIONE

I programmi di clemenza (*leniency programme*) sono strumenti per facilitare l'emersione e l'accertamento dei cartelli segreti, cioè della categoria di illeciti *antitrust* più gravi e dannosi per la collettività, consistente principalmente in intese anti-concorrenziali tra concorrenti, riguardanti la fissazione di prezzi, la limitazione della produzione e vendita di beni e servizi, la ripartizione dei mercati o dei clienti. Situazioni di crisi economica con conseguente riduzione della domanda possono favorire la nascita dei cartelli. La lotta ai cartelli rappresenta, in generale, una priorità per le autorità di concorrenza. Tuttavia il loro accertamento, specie in considerazione della natura segreta di queste condotte, non è agevole in assenza di forme di collaborazione da parte delle imprese stesse che ne sono coinvolte.

I programmi di clemenza hanno lo scopo di indurre le imprese partecipi di un cartello a collaborare in maniera attiva e determinante al loro accertamento, in cambio della non applicazione – ovvero di una sostanziale riduzione – delle sanzioni previste per quelle violazioni. A seconda degli ordinamenti, le “sanzioni” in senso lato su cui agisce la *leniency* possono essere di diversa natura e portata: sanzioni amministrative ad imprese o a singoli individui, sanzioni di natura penale, *disqualification* degli amministratori, responsabilità per danni “punitivi”.

Dal momento che l'immunità da sanzione può essere riconosciuta – a determi-

nate condizioni – solo all'impresa che per prima denuncia il cartello alle autorità di concorrenza, laddove queste ultime non lo abbiano già scoperto autonomamente, i programmi di clemenza sono volti ad innescare tra i partecipanti ad un cartello una sorta di corsa virtuosa al “ravvedimento” ed alla collaborazione (c.d. «*race to the courthouse*»). Anche il beneficio della riduzione della sanzione – in molti ordinamenti – è collegato alla maggiore tempestività della collaborazione prestata.

I programmi di clemenza sono sistemi premiali che mirano a destabilizzare i cartelli minando la fiducia reciproca tra coloro che vi partecipano; in tal modo, è reso più difficile il loro costituirsi e perdurare nel tempo.

L'esperienza acquisita nelle giurisdizioni in cui è prevista la *leniency* ne ha dimostrato, infatti, la grande efficacia non solo come strumento di accertamento *ex post* ma anche di prevenzione dei cartelli, esplicando essa una notevole funzione di deterrenza. In altri termini, la clemenza ha dimostrato di poter svolgere un ruolo fondamentale nella lotta ai cartelli.

Trattandosi di un sistema premiale, l'efficacia dei programmi di clemenza è legata all'efficacia deterrente delle sanzioni ed alla effettività della loro applicazione che il *leniency applicant* può evitare o attenuare prestando, tempestivamente, alle autorità di concorrenza la collaborazione ivi richiesta.

Il primo programma di clemenza venne adottato negli Stati Uniti nel 1978 dal *Department of Justice - Antitrust Division*, successivamente aggiornato nel 1993 ed integrato dall'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* nel 2004.

La Commissione europea ha adottato il suo primo programma di clemenza nel 1996¹, a cui ha fatto seguito un secondo

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende

nei casi d'intesa tra imprese - 96/C-207/04 - G.U.C.E. C-207 del 18 luglio 1996.

programma di clemenza nel 2002², a sua volta sostituito dall'attuale programma adottato nel 2006³.

Occorre tuttavia rilevare che, come indicato anche dalla Corte di Giustizia, né le disposizioni del Trattato CE in materia di concorrenza, né il Regolamento CE n. 1/2003 prevedono norme comuni in materia di clemenza⁴.

Nell'Unione europea, oltre al programma di clemenza della Commissione, attualmente esistono 26 programmi di clemenza vigenti negli Stati membri, i quali si ispirano ad un programma di clemenza modello elaborato ed adottato nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza (ECN) – ECN Model Leniency Programme – in data 29 settembre 2006, poi modificato in data 22 novembre 2012.

II. I PROGRAMMI DI CLEMENZA NEL CONTESTO COMUNITARIO

Nell'Unione Europea non esiste un sistema unificato e centralizzato di clemenza (c.d. "one stop shop"), ma una pluralità di programmi di clemenza (26 programmi nazionali oltre a quello della Commissione) tra loro autonomi, ancorché come detto ispirati ad un unico programma di clemenza modello, vale a dire, il citato *ECN Model Leniency Programme*. Questi programmi si inseriscono in un quadro di competenze parallele delle autorità di concorrenza (Commissione europea ed autorità nazionali) per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, secondo quanto disposto dal Reg. CE n. 1/2003. Ciò implica che la domanda di clemenza presentata ad una determinata autorità nazionale di concorrenza non venga considerata come presentata anche presso altre autorità eventualmente interessate. L'impresa che intenda beneficiare della clemenza ha quindi l'onere di tutelare la propria posizione relativamente ad un eventuale pro-

cedimento che possa essere avviato da dette autorità, se del caso, presentando una domanda di clemenza presso tutte quelle autorità che potrebbero essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto.

Per attenuare l'impatto per le imprese di questo sistema e quindi semplificare l'accesso alla clemenza da parte delle imprese, sono stati, pertanto, creati dei meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi.

Tra essi si segnalano in particolare:

– la *domanda di clemenza in forma semplificata*, delineata nel citato *ECN Model Leniency Programme*. Si tratta di una domanda che cerca di rendere più agevole la presentazione di domande multiple presso più autorità nazionali di concorrenza in aggiunta alla domanda di clemenza in forma piena presentata alla Commissione europea, riducendo gli oneri amministrativi delle imprese. Sul piano nazionale, la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 l. n. 287/90 adottata dall'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (AGCM) il 15 febbraio 2007 (da ultimo modificata il 31 gennaio 2013), prevede e disciplina questo istituto ai §§ 16-18;

– la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* del 27 aprile 2004⁵, ai §§ 39-42, prevede una serie di *strumenti di coordinamento tra i diversi programmi di clemenza presenti negli Stati membri*, a tutela delle imprese che chiedono la clemenza. Come risulta dalla dichiarazione allegata alla citata Comunicazione, le autorità di concorrenza della Rete Europea della Concorrenza ECN si sono impegnate a rispettare i principi e le regole stabilite nella predetta Comunicazione della Commissione, con specifico riferimento a quelli relativi alle domande di clemenza.

² Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese - 2002/C-45/03 - G.U.C.E. C-45 del 19 febbraio 2002.

³ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione

del loro importo nei casi di cartelli tra imprese - 2006/C 298/11 - G.U.U.E. C-298 dell'8 dicembre 2006.

⁴ C. giust. CE, 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punto 20.

⁵ In G.U.C.E. 2004/C-101/03.

In particolare, il § 39 stabilisce che laddove un'autorità di concorrenza avvii un procedimento a seguito di una domanda di clemenza, le informazioni trasmesse alla rete ECN ai sensi dell'art. 11 § 3, Reg. CE n.1/2003 «non potranno essere utilizzate dagli altri membri della rete per avviare un'indagine per loro conto ai sensi delle regole di concorrenza comunitarie o, nel caso delle autorità nazionali garanti della concorrenza, ai sensi del diritto nazionale in materia di concorrenza e di altre disposizioni nazionali. Ciò non pregiudica tuttavia il potere dell'autorità di avviare un'indagine sulla base delle informazioni ricevute da altre fonti o, fatto salvo quanto precisato di seguito ai punti 40 e 41, di richiedere, ottenere e utilizzare informazioni a norma dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio da qualsiasi autorità appartenente alla rete, compresa quella alla quale era stata presentata la richiesta di trattamento favorevole».

Inoltre, il § 40 della citata Comunicazione fissa il principio secondo cui un'autorità di concorrenza ECN non può trasmettere (*ex art. 12, Reg. CE n. 1/2003*) le informazioni fornite volontariamente dal soggetto che ha presentato una domanda di clemenza senza il suo consenso; quest'ultimo, una volta concesso, non potrà essere ritirato.

Tuttavia, in base al § 41 della citata Comunicazione, il predetto consenso non è richiesto laddove:

– l'autorità di concorrenza ricevente abbia essa stessa ricevuto una domanda di clemenza da parte della medesima impresa e sulla medesima condotta, «a condizione che al momento in cui le informa-

zioni vengono trasmesse il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni fornite alla predetta autorità ricevente»;

– l'autorità di concorrenza ricevente «si sia impegnata per iscritto dichiarando che né le informazioni ad essa trasmesse né qualsiasi altra informazione di cui essa possa entrare in possesso dopo la data e l'ora di trasmissione indicata dall'autorità trasmittente, verranno utilizzate da essa o da qualunque altra autorità a cui le informazioni saranno trasmesse per imporre sanzioni» a carico dell'impresa richiedente la clemenza, ovvero «di ogni altra persona fisica o giuridica coperta dal trattamento favorevole offerto dall'autorità trasmittente, in base alle proprie disposizioni in materia, a seguito della domanda presentata dal soggetto richiedente valendosi delle disposizioni sul trattamento favorevole dell'autorità», ed anche dei dipendenti o degli *ex* dipendenti dei predetti soggetti.

III. RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO *ANTITRUST* E AZIONE CIVILE. IL CASO DELL'ADESIONE AD UN PROGRAMMA DI CLEMENZA E LA QUESTIONE DELL'ACCESSO

Il rapporto tra partecipazione ad un programma di clemenza e responsabilità in sede civile dell'impresa coinvolta in un cartello *antitrust* costituisce senz'altro una delle questioni più delicate ed attuali nella dialettica tra *public* e *private enforcement*, tanto che dovrebbe costituire a breve oggetto di una specifica iniziativa legislativa della Commissione Europea⁶.

Come si è visto, attualmente, nel no-

⁶ Cfr. Commission Working Programme 2012 (COM(2011)777 final, Annex, § 7. Cfr. Alexander Italianer, Commission work programme 2013, *Competition Law Insight*, 19 febbraio 2013: «A legislative proposal on antitrust damages actions will likely be put forward by Vice President Almunia in 2013. This proposal will have two key objectives: first, to regulate the interaction between public and *private enforcement* of EU antitrust rules, in particular access to documents contained in the competition authorities' files; and second, it will seek to ensure effective damages actions for breach of EU antitrust rules before national courts. On the issue of access to leniency materials (...) the general approach will be to protect the effectiveness of the Commission's

leniency programme and of the leniency programmes of national competition authorities, without unduly restricting the right to civil damages. Companies that have infringed competition rules, including leniency applicants, are responsible for compensating for the harm they caused. However, companies co-operating with the competition authorities under a leniency programme should – in a subsequent damages action – not be worse off as compared with a situation where they would not have cooperated. It is essential for the effectiveness of our leniency policy that there is appropriate protection of the information that co-operating undertakings are voluntarily giving to competition authorities».

stro ordinamento come in quello comunitario, la circostanza che un'impresa benefici di un programma di clemenza predisposto da un'autorità di concorrenza non la pone al riparo dalle eventuali conseguenze civilistiche (in particolare, da richieste di risarcimento danni) derivanti dalla partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale⁷. Non si può, quindi, escludere che un'impresa che abbia beneficiato dell'immunità totale dalla sanzione, nell'ambito del procedimento amministrativo *antitrust*, possa poi essere chiamata a rispondere in sede civile dei danni provocati ai terzi in ragione della propria partecipazione al cartello, al pari delle altre imprese che, pur partecipando allo stesso cartello, non abbiano collaborato in alcun modo con l'autorità di concorrenza. Sul piano dell'accertamento della responsabilità, anzi, la posizione dell'impresa che ha chiesto la clemenza (c.d. *leniency applicant*) potrebbe essere "peggiore", dal momento che, per poter beneficiare dell'immunità essa dovrà aver riconosciuto la propria partecipazione al cartello ed averne fornito all'Autorità una rappresentazione alquanto dettagliata, corredata da elementi di riscontro e/o da elementi tali da consentire l'acquisizione di ulteriori elementi, ad esempio, tramite ispezioni mirate da parte dell'Autorità. Pertanto, nel decidere se aderire o meno ad un programma di clemenza, l'impresa interessata sarà portata a valutare un fattore di rischio ulteriore (vale a dire, l'esposizione ad azioni risarcitorie in posizione per così dire "deteriore" a confronto con quella degli altri "co-cartelist") rispetto alla mera esposizione alla sanzione nell'ambito di un procedimento amministrativo *antitrust*.

Si impone quindi un delicato bilanciamento, per così dire, tra le esigenze del *public enforcement* e quelle del *private enforcement*, tenendo a mente il ruolo

centrale del primo, specie in relazione all'accertamento dei cartelli.

Con specifico riferimento ai programmi di clemenza, occorre innanzitutto sottolineare che essi svolgono una funzione fondamentale (sebbene evidentemente non sostitutiva delle indagini *ex officio*) nella lotta ai cartelli sul versante del *public enforcement*; ne consegue una chiara esigenza di tutela di questi strumenti. La Commissione europea nel *Libro Bianco* in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo *Staff Working Paper*, (§§ 118, 287-302) ha espresso con forza l'esigenza di tutela delle dichiarazioni confessionarie nell'ambito della clemenza. Gli ha fatto eco il Parlamento europeo il quale nella Risoluzione del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco (2008/2154 (INI), ha sottolineato che «l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati, e chiede che siano esaminati strumenti per garantire che sia mantenuta l'attrattiva dell'applicazione dei programmi di clemenza» (§ 21). L'Avvocato Generale Mazák, nelle conclusioni presentate il 16 dicembre 2010 in causa C-360/09, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*, ha sottolineato che i «programmi recano vantaggio anche ai privati» poiché le decisioni con cui essi vengono accertati e sanzionati «possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli, ai fini della promozione di un'azione di risarcimento» (§ 41); pertanto, «al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza» (§ 42).

All'esigenza di assicurare l'efficacia dello strumento della clemenza⁸ e di non

⁷ In proposito, si segnalano tuttavia le proposte dell'Autorità avanzata al Governo con la segnalazione AS988 dell'ottobre 2012 volte a dare nuovo impulso al programma di clemenza come strumento di lotta ai cartelli segreti tra imprese. Esse consistono, rispettivamente: su piano penale, nella previsione di un'immunità penale per le persone fisiche appartenenti all'impresa che collabora tramite la clemenza; sul piano civile, nella esclusione dalla responsabilità solidale (per i danni cagionati

dal cartello) dell'impresa che tramite la clemenza ottiene l'immunità dalla sanzione amministrativa, rendendo possibile la scoperta del cartello. L'impresa che ha ottenuto l'immunità dovrebbe quindi rispondere esclusivamente dei danni provocati ai propri diretti partner contrattuali e solo per la porzione di danno che sia specificamente cagionato dai beni/servizi da essa forniti.

⁸ In questo senso si veda anche il rapporto del Governo britannico, *Private actions in competi-*

pregiudicare gli incentivi delle imprese a farne uso è strettamente legata la questione della riservatezza delle “confessioni” rese dalle imprese in tale sede. Trattasi, in particolare, della necessità di assicurare la “*non-disclosure*” della dichiarazione confessoria resa dall’impresa e della relativa documentazione da bilanciare *i*), principalmente, con l’esercizio del diritto di difesa (per gli altri “*co-cartelist*”) all’interno del procedimento *antitrust*, nonché *ii*) con le esigenze di tutela dei terzi, per eventuale tutela risarcitoria, al di fuori del predetto procedimento. In tale contesto, le autorità di concorrenza – a livello europeo e di singoli Stati membri – hanno introdotto alcune regole procedurali volte a fornire una maggiore tutela al *leniency applicant*.

L’Agcm, nel maggio 2010⁹ ha rafforzato questo tipo di tutela e modificato il proprio programma di clemenza traendo spunto dalla prassi comunitaria; è stato quindi previsto l’accesso (per sola visione) ai documenti *leniency* solo nell’ambito del procedimento amministrativo e solo per l’esercizio del diritto di difesa dei *co-cartelist* (con esclusione dei terzi). È stato, inoltre, previsto il *differimento* automatico dell’accesso alle dichiarazioni confes-

sorie (c.d. *corporate statement*, scritte e orali) sino alla comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI); in questo modo, la posizione del *leniency applicant* non è resa deteriore, in relazione a possibili giudizi civili, rispetto a quella delle imprese concorrenti (*co-cartelist*). Ancora, è stato previsto che, da parte dei *co-cartelist*, l’accesso può essere *differito* fino alla CRI anche relativamente alla documentazione prodotta unitamente alla domanda di clemenza (§ 10 *bis*). Sono comunque tutelate le informazioni riservate ed i segreti commerciali (cfr. Consiglio di Stato, VI, dec. n. 6481/10)¹⁰. In proposito, nella citata segnalazione al Governo AS988 dell’ottobre 2012, l’AGCM ha proposto di rafforzare ulteriormente la tutela dei documenti derivanti da *leniency*.

La questione del delicato rapporto tra domande di clemenza ed accesso è stato l’oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*¹¹.

Secondo l’Avvocato Generale Mazák, la divulgazione, ad una parte in un procedimento civile, del contenuto di dichiarazioni di autoincriminazione, rese volontariamente nell’ambito e ai fini di una procedura di clemenza, con le quali il richie-

tion law: a consultation on options for reform - government response, January 2013, § 3.17. Disponibile su https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69123/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response.pdf.

⁹ Delibera n. 21092, § 10-*bis*.

¹⁰ Programma di clemenza, § 10-*bis*: Accesso da parte dei terzi (esclusione): «Ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l’accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata”. Accesso dei *co-cartelist* alla dichiarazione confessoria: «L’accesso alle dichiarazioni confessorie rese oralmente o per iscritto (...) è differito ai sensi dell’art. 13, comma 10 d.P.R. n. 217/98 fino all’invio della CRI. “Ricevuta la CRI, i destinatari della medesima possono accedere purché si impegnino: *i*) a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta (“visione senza copia”, cfr. *C.d.S.*, VI, dec. 6481/10); *ii*) ad utilizzare le informazioni contenute nella dichiarazione confessoria unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l’applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo”. Accesso dei *co-cartelist* ai documenti allegati alla

domanda di clemenza: «L’accesso alla documentazione presentata dall’impresa richiedente in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria può essere differito (...)” fino alla CRI.

¹¹ Causa C-360/09. Le conclusioni dell’Avvocato Generale sono state presentate in data 16 dicembre 2010. La causa verteva su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Amtsgericht Bonn (Germania) in ordine «alla questione se, e in quale misura, l’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro possa rivelare ad un soggetto leso informazioni che le sono state spontaneamente trasmesse da membri di un cartello in conformità di un programma di clemenza, affinché l’interessato possa promuovere un’azione risarcitoria di diritto civile per presunti danni provocati dal cartello. In particolare, si chiedeva alla Corte di stabilire se la divulgazione di tali informazioni potesse pregiudicare l’effettiva applicazione del diritto dell’Unione in materia di concorrenza nonché il funzionamento del sistema di cooperazione e di scambio di informazioni tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri previsto agli artt. 11 e 12 del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato».

dente effettivamente ammette e descrive, dinanzi ad un'autorità nazionale della concorrenza, la propria partecipazione ad una violazione dell'art. 101 TFUE, «potrebbe rendere sostanzialmente meno attrattivo e quindi meno efficace il programma di clemenza dell'autorità in questione». Ciò, a sua volta, «potrebbe pregiudicare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte di detta autorità e, da ultimo, la possibilità delle parti in un procedimento civile di esperire un ricorso effettivo»¹².

Nonostante le citate Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák analizzassero in dettaglio le predette questioni, proponendo delle specifiche soluzioni volte a contemperare le citate esigenze «pubblicistiche» con quelle «privatistiche» della tutela risarcitoria, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, nella sentenza resa il 14 giugno 2011, ha sostanzialmente omesso di occuparsene, pur riconoscendo sia il ruolo assai rilevante dei programmi di clemenza per la lotta ai cartelli (e, quindi, per l'effettiva applicazione delle norme comunitarie di concorrenza), sia il fatto che l'efficacia di tali programmi potrebbe essere compromessa dall'accesso dei documenti relativi ad un procedimento di clemenza da parte di soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria, dal momento che ciò potrebbe dissuadere l'impresa coinvolta in un'intesa illecita dall'avvalersi dello strumento della *leniency*³.

In particolare, la Corte, si è di fatto limitata a riconoscere la delicatezza di siffatto bilanciamento rinviando, quanto alle condizioni in base alle quali un siffatto accesso debba essere autorizzato o negato, ad una decisione caso per caso da parte dei giudici nazionali sulla base del

diritto nazionale¹⁴. In tal modo, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente disatteso l'aspettativa, assai diffusa, di poter avere da essa un utile indirizzo interpretativo basato sul diritto comunitario su di una questione tanto importante al fine di assicurare un'applicazione efficace ed uniforme del diritto *antitrust* comunitario in materia di cartelli, questione la cui soluzione è stata invece rimessa ai giudici nazionali, caso per caso, in base al diritto nazionale¹⁵.

Sul tema dell'accesso ai documenti di *leniency*, si dovrà a breve pronunciare nuovamente la Corte di Giustizia nell'ambito del rinvio pregiudiziale C-536/11, *Donau Chemie*. Si segnala, in proposito, che le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, rese in questa causa il 7 febbraio 2013, pur se favorevoli a riconoscere un certo potere di ponderazione da parte del giudice nazionale, contengono alcune statuizioni di principio particolarmente rilevanti nel senso della tutela della clemenza come strumento di *public enforcement*. In proposito, si segnalano: l'esistenza di un «imperativo» di protezione dei programmi di clemenza¹⁶; l'indicazione secondo cui «il diritto dei privati di chiedere un risarcimento agli operatori economici che hanno violato il diritto dell'Unione in materia di concorrenza, sancito dalle sentenze Courage e Crehan e Manfredi, non dovrebbe ... essere sviluppato sino al punto da pregiudicare l'efficacia dei meccanismi di applicazione del diritto pubblico, siano essi europei o nazionali»¹⁷; nonché l'indicazione secondo cui «sotto il profilo della proporzionalità ... sarebbe più opportuna una norma di legge che conferisse protezione assoluta ai partecipanti di un programma di clemenza, ma che prevedesse una pondera-

¹² Quindi, osservava l'Avvocato Generale, benché il diniego di tale accesso possa ostacolare – e, in alcuni casi, addirittura pregiudicare – il diritto fondamentale a un ricorso effettivo di una parte asseritamente lesa, si deve ritenere che «l'interferenza con tale diritto sia giustificata dallo scopo legittimo di assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza nonché dall'interesse dei privati a scoprire e a sanzionare i cartelli» (punto 44).

¹³ Cfr. C. giust. UE, 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punti 25-27.

¹⁴ Cfr. punto 31.

¹⁵ Si vedano anche le sentenze, rispettivamente, del giudice tedesco (Amtsgericht di Bonn) di gennaio 2012 (a seguito del citato rinvio C-360/09) e dell'Alta Corte inglese di aprile 2012 nel caso *National Grid* (a seguito di intervento *amicus curiae* della Commissione), con esiti non pienamente omogenei.

¹⁶ Punti 61 e 66.

¹⁷ Punto 62.

zione tra gli interessi degli altri partecipanti ad una pratica restrittiva e quelli delle presunte vittime»¹⁸.

Infine si segnala che le autorità di concorrenza degli Stati membri, in seno all'*ECN*, hanno recentemente adottato un'apposita risoluzione in favore della protezione dei documenti di *leniency* nel contesto di giudizi civili risarcitori¹⁹.

PAOLO CASSINIS*

Bibliografia

WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, (2007, vol. 30, n. 1) World

Competition; M. TODINO - E. BOTTI, «Azioni risarcitorie per illecito antitrust. Recenti sviluppi e interazione con il *public enforcement*», in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU and National Law - Antitrust fra diritto nazionale diritto dell'Unione Europea*, Atti del X Convegno di Treviso 2012, Bruxelles, 2012, p. 85; P. CASSINIS - G. GALASSO, «Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato tra *public* e *private enforcement*», in G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Atti del III Convegno di Trento 2011, 2012, p. 9; ASSONIME, «I programmi di *leniency* della Commissione Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», Circolare 24.4.2007 n. 24 in *Rivista di diritto delle società*, 2007.

¹⁸ Punto 64; cfr. anche punto 66.

¹⁹ Resolution of the Meeting of the Heads of the European Competition Authorities of 23rd May 2012. Disponibile sul sito della Commissione Europea, DG Comp: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html#resolutions>.

* Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le opinioni espresse nel testo sono esclusivamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.