

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Le decisioni con *settlement* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*

**Sommario:** I. INTRODUZIONE. – II. IL *SETTLEMENT* IN COMMISSIONE. – 1. Profili procedurali. – 2. La prassi della commissione. – 3. Interazioni con la procedura di *leniency*. – 4. Perché transigere? – III. *SETTLEMENT* E *PRIVATE ENFORCEMENT*.

### I. INTRODUZIONE

L'istituto del *settlement* (“*settlement*” o “transazione”) è stato introdotto nell’ordinamento comunitario con il Regolamento (CE) n. 622/2008 del 30 giugno 2008<sup>1</sup> (“Regolamento”) e trova la sua disciplina nella comunicazione della Commissione europea (“Commissione”) concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’art. 7 e dell’art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003<sup>2</sup> del Consiglio nei casi di cartelli (“Comunicazione”).

Il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria disciplinata dai Regolamenti (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 e trova applicazione esclusivamente nei casi di illeciti *antitrust* ritenuti più gravi per la collettività – vale a dire i cartelli, previsti dall’art. 101 TFUE<sup>3</sup> – la cui repressione è obiettivo prioritario per tutte le autorità di controllo della concorrenza. Attraverso la procedura di *settlement* la Commissione e le imprese coin-

volte in un procedimento *antitrust* possono addivenire ad un accordo al fine di definire celermente l’esito dell’istruttoria.

La procedura di *settlement* – sempre più frequentemente adottata nei procedimenti di fronte alla Commissione – è disciplinata anche in alcuni ordinamenti di Stati membri dell’Unione Europea, quali: Gran Bretagna, Francia, Olanda e Germania<sup>4</sup>. L’ordinamento italiano non contempla, invece, l’istituto del *settlement* nei procedimenti *antitrust*.

Anche se la procedura di *settlement* può perseguire differenti obiettivi di *policy* nei diversi Paesi in cui è prevista, in generale può dirsi che essa premia la collaborazione delle imprese indagate con una riduzione delle sanzioni e consente un’abbreviazione dei tempi istruttori e – dunque – una definizione più celere del procedimento *antitrust*. Nei paragrafi che seguono si concentrerà l’attenzione sulla procedura di *settlement* comunitaria<sup>5</sup>.

### II. IL *SETTLEMENT* IN COMMISSIONE

1. *Profili procedurali*. – La procedura di *settlement* – facoltativa sia per la Commissione che per le parti del procedimento che intendano aderirvi – è delineata in dettaglio nella Comunicazione.

<sup>1</sup> Il Regolamento modifica alcuni articoli del Regolamento n. 773/2004 e inserisce il nuovo art. 10-bis «Procedura di transazione nei casi di cartelli».

<sup>2</sup> Regolamento 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE.

<sup>3</sup> In Germania e in Francia il *settlement* può essere utilizzato senza restrizioni relative al tipo di infrazione. Nel Regno Unito ed in Olanda, invece, la procedura di transazione trova normale applicazione nei casi di cartello.

<sup>4</sup> In Polonia il *settlement* è oggetto di discussione nell’ambito dei proposti emendamenti al «*Polish Competition Act*», che prevedono una procedura sul modello di quella europea. Data la fase avanzata dell’*iter* legislativo al 30 gennaio 2013, verosimilmente la procedura di *settlement* verrà adottata anche in Polonia nel corso dei prossimi mesi.

<sup>5</sup> Per informazioni sugli altri paesi dove il *settlement* trova applicazione, si veda: J. BURRICHTER, «*Settlement in cartel cases: practical experience in Germany*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 471 ss.; D. BRAULT - R. MAULIN, «*La procédure de non-contestation des griefs: Un succès non contestable*», in *Concurrence* n. 2-2011, p. 80 ss.; E. MORGAN DE RIVERY, «*The French “Non-Contest Procedure”: A Practitioner’s Point of View*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 453 ss.; P. KALBFLEISCH, «*The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlements*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 481 ss.; O. BROUWER, «*Antitrust Settlements in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration?*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 489 ss.; A. STEPHAN, «*OFT dairy price-fixing case leaves sour taste for cooperating parties in settlements*», in *European Competition Law Review*, 2010.

In sintesi, a seguito dell'avvio di un procedimento istruttorio volto ad accertare l'esistenza di un cartello in violazione dell'art. 101 TFUE, la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quali casi possono essere conclusi con la procedura ordinaria disciplinata dai Reg. (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 e quali, invece, presentano caratteristiche tali da consentire una transazione.

Qualora la Commissione, una volta raccolte, nell'ambito della fase istruttoria del procedimento, evidenze probatorie sufficienti a supportare la sussistenza del cartello, ritenga - sulla base di numerosi fattori quali, il numero delle imprese indagate, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti - che, nel caso di specie, possa esserci spazio per il *settlement*, verifica l'interesse delle parti coinvolte nel procedimento istruttorio ad aderire alla procedura. A tal fine, la Commissione concede alle parti interessate un termine non inferiore a due settimane entro il quale queste ultime devono manifestare, per iscritto, la disponibilità a partecipare a discussioni tese all'eventuale presentazione di proposte di transazione in un momento successivo della procedura<sup>6</sup>. Tali dichiarazioni contengono una mera espressione della volontà delle parti di prendere contatto con la Commissione al fine di transigere e non comportano né il riconoscimento della partecipazione all'infrazione né alcuna assunzione di responsabilità per la commissione dell'illecito.

Se le parti esprimono la volontà di aderire alla procedura di transazione, la Commissione può decidere di avviare consultazioni bilaterali, dando formalmente inizio alla procedura di *settlement*. Anche questa fase è fortemente caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità della Commissione, con particolare riferimento alla valutazione dell'opportunità e alla sequenza temporale delle di-

scussioni bilaterali, nonché al momento in cui rendere accessibili alle parti gli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio a supporto degli addebiti e fornire alle parti una stima della possibile sanzione che ciascuna impresa potrebbe essere chiamata a corrispondere. Nell'ambito di tali discussioni le parti vengono informate in merito agli «elementi essenziali»<sup>7</sup> presi in considerazione dalla Commissione fino a quel momento, quali: «i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e durata del presunto cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti»<sup>8</sup> che la Commissione intende contestare. In questa fase le parti hanno, altresì, la possibilità di richiedere - a determinate condizioni - l'accesso alle versioni non riservate dei documenti accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio.

Nel momento in cui i contatti bilaterali tra la Commissione e le parti, avvenuti nel corso di questa prima fase di negoziazione, consentono di raggiungere un'intesa comune quanto all'ambito degli addebiti e alla stima della forcella delle probabili sanzioni, la Commissione fissa un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale le parti possono formalizzare una proposta definitiva di transazione. In tale proposta, come espressione dell'impegno a cooperare in vista di una rapida trattazione del caso, alle parti è richiesto di fornire determinate conferme e informazioni. In particolare, esse devono: *i*) riconoscere la propria partecipazione e responsabilità nella commissione dell'illecito<sup>9</sup>, che dovrà essere descritto sinteticamente in tutti i suoi elementi essenziali quali l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti e la durata della loro partecipazione, *ii*) fornire un'indicazione dell'importo massimo della sanzione che potrebbero accettare di cor-

<sup>6</sup> In Francia, al contrario, sono le società a richiedere di essere ammesse alla procedura di *settlement*.

<sup>7</sup> Comunicazione, punto 16.

<sup>8</sup> Comunicazione, punto 16.

<sup>9</sup> Si noti che il riconoscimento della responsabilità della parte per l'infrazione è richiesto anche in Germania e nel Regno Unito, mentre in Francia e in Olanda l'adesione alla procedura di *settlement* non comporta ammissione di responsabilità.

rispondere nell'ambito della transazione, *iii*) confermare, da un lato, di essere state sufficientemente informate in merito agli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti e, dall'altro, di aver avuto la possibilità di esprimere il proprio punto di vista nell'ambito delle fasi precedenti della procedura, *iv*) rinunciare a determinati diritti di difesa quali l'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio e la possibilità di essere sentite in audizione. Tali diritti possono, tuttavia, essere riacquisiti qualora la comunicazione degli addebiti non rifletta il contenuto della proposta di transazione e *v*) dare il proprio consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione europea.

La Commissione gode di ampia discrezionalità nel decidere se accettare le proposte di transazione sulla base della corrispondenza o meno tra queste ultime e gli esiti delle consultazioni bilaterali. Su richiesta dell'impresa interessata, la Commissione può accettare che le proposte di transazione siano presentate oralmente<sup>10</sup>.

Come nella procedura ordinaria, anche in quella di transazione la Commissione è tenuta ad adottare una comunicazione degli addebiti<sup>11</sup>, che potrà riflettere o meno la proposta di transazione. A garanzia dei diritti di difesa, prima della decisione definitiva, la Commissione è tenuta a sentire le argomentazioni delle parti in relazione sia agli addebiti mossi nei loro confronti che alle evidenze probatorie utilizzate a supporto della tesi accusatoria così da poter modificare, se del caso, la propria analisi preliminare (ad es., rinunciando a muovere specifici addebiti che possano ritenersi infondati alla luce di quanto descritto dalle parti, oppure rivedendo o completando le proprie argomentazioni).

Se la comunicazione degli addebiti riflette puntualmente la proposta di transazione formulata dalle parti, queste ultime rispondono entro un termine fissato dalla Commissione, di almeno due settimane,

limitandosi semplicemente a confermare, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti è conforme a quanto indicato nella proposta di transazione e che il loro impegno di seguire la procedura di *settlement* resta fermo. In assenza di tale dichiarazione, la Commissione prende atto che le parti non intendono dar seguito all'impegno assunto nell'ambito della transazione; circostanza che può condurre l'autorità europea ad abbandonare la procedura di *settlement*.

La Commissione, come anticipato, può anche adottare una comunicazione degli addebiti che non riflette il contenuto della proposta di transazione; nel qual caso, le ammissioni ivi formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono utilizzarsi come elementi probatori contro nessuna parte del procedimento. Ne consegue che alle parti, non più vincolate dalla loro proposta di transazione (e che riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato nella prima fase della procedura), è assegnato un nuovo termine per poter presentare richieste di accedere al fascicolo istruttorio o di essere sentite in audizione.

Nell'ipotesi in cui le parti abbiano confermato la conformità della comunicazione degli addebiti con il contenuto delle proposte di transazione e, dunque, il loro impegno a proseguire nella procedura di *settlement*, la Commissione può adottare la decisione definitiva in linea con il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti nella quale verrà data evidenza del fatto che l'impresa ha cooperato con l'autorità di concorrenza nell'ambito della procedura di *settlement*.

È possibile che solo alcune delle parti del procedimento aderiscano alla transazione (c.d. *settlement* ibrido).

Proprio in ragione di tale cooperazione, e come ricompensa per la stessa, in caso di esito positivo della procedura di transazione, la Commissione riduce del 10% l'ammontare dell'ammenda irrogata nei confronti delle imprese che hanno aderito al *settlement*<sup>12</sup>. Inoltre, qualsiasi

<sup>10</sup> Comunicazione, punto 38.

<sup>11</sup> Tale comunicazione non è, al contrario, prevista nel sistema tedesco.

<sup>12</sup> Comunicazione, punto 32. Sulla percentuale di riduzione della sanzione, che rappresenta per le parti il primario incentivo a transigere, si

maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende<sup>13</sup> non potrà eccedere un fattore moltiplicatore pari a due<sup>14</sup>. Se, poi, il procedimento concluso mediante procedura di transazione coinvolge anche imprese che abbiano presentato domanda di trattamento favorevole (*leniency*), la riduzione dell'importo della sanzione accordata a titolo di transazione, si sommerà alla riduzione della sanzione concessa a titolo di trattamento favorevole.

Si osserva, infine, che la Commissione, nella propria autonomia decisionale, ha la facoltà di adottare una posizione definitiva che differisce da quella espressa nella comunicazione degli addebiti che racchiude le proposte di transazione delle parti. In tal caso, però, la Commissione deve informarne le parti tramite una nuova comunicazione degli addebiti anche al fine di garantire loro un effettivo esercizio del diritto di difesa, in linea con le norme procedurali applicate in assenza di transazione (le parti avranno, dunque, diritto di accesso alla documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio nonché di chiedere un'audizione e di rispondere alla comunicazione degli addebiti). Anche in questo caso, le ammissioni delle parti formulate nelle proposte di transazione si intenderanno ritirate e non potranno utilizzarsi come evidenze nei confronti di nessuna delle parti del procedimento.

2. *La prassi della commissione.* – Con riferimento all'utilizzo del *settlement*, si

osserva che, dall'entrata in vigore del Regolamento (2008), nei procedimenti avviati dalla Commissione l'impiego dell'istituto è aumentato nel corso degli anni: al gennaio 2013 risultano essere sei i casi di cartello definiti con *settlement*<sup>15</sup>.

In sintesi si osserva che, nei sei casi fino ad oggi decisi con *settlement*: *i*) il numero delle parti coinvolte nei procedimenti varia da un minimo di 3 (*Consumer Detergents* - COMP/39.579 del 13 aprile 2011) ad un massimo di 10 (*DRAMs* - COMP/38.511 del 19 maggio 2010), *ii*) vi è stato un solo caso di *settlement* c.d. ibrido (*Animal feed phosphate* - COMP/38.866 del 20 luglio 2010), in cui una delle sei società parti del procedimento non ha aderito alla transazione, *iii*) la durata dei procedimenti è variata approssimativamente da due anni e quattro mesi (*CRT Glass* - COMP/39.605 del 19 ottobre 2011) ad otto anni (*DRAMs* - COMP/38.511 del 19 maggio 2010), *iv*) in media la durata dei casi di *settlement* conclusi nel 2011 è significativamente inferiore ai tre anni dalla data in cui le società sono state ispezionate; mentre nel 2012, nell'unico caso chiuso con *settlement* (*Water Management Products* - COMP/39.611 del 27 giugno 2012), la decisione della Commissione è intervenuta dopo poco più di tre anni dall'ultima ispezione avvenuta nell'aprile del 2009<sup>16</sup>, *v*) la Commissione ha irrogato complessivamente sanzioni per circa 1,1 miliardi di euro.

Che la Commissione voglia incrementare ulteriormente l'utilizzo della procedura di transazione è, poi, confermato

osservano notevoli diversità di approccio nei diversi Stati membri dove la procedura di *settlement* opera: in Francia è accordata una riduzione fino al 50%, in Olanda del 15% e in Germania fino a un massimo del 10%. Mentre in paesi come il Regno Unito l'ammontare della riduzione viene deciso caso per caso. Si veda *Getting the Deal Through - Cartel Regulation 2013*, p. 100; P. KALBFLEISCH, «*The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlements*», cit., [http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/BKartA\\_Kartellverfahren\\_2012\\_web\\_bf.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/BKartA_Kartellverfahren_2012_web_bf.pdf).

<sup>13</sup> Il punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 recita: «La Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal

fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce».

<sup>14</sup> Comunicazione, punto 32.

<sup>15</sup> Commissione europea, *DRAMs* - COMP/38.511, 19 maggio 2010; Commissione europea, *Animal feed phosphate* - COMP/38.866, 20 luglio 2010; Commissione europea, *Consumer Detergents* - COMP/39.579, 13 aprile 2011; Commissione europea, *CRT Glass* - COMP/39.605, 19 ottobre 2011; Commissione europea, *Refrigeration Compressors* - COMP/39.600, 7 dicembre 2011; Commissione europea, *Water Management Products* - COMP/39.611, 27 giugno 2012.

<sup>16</sup> La prima ispezione della Commissione, nel caso citato, risale al dicembre 2008.

dall'intervista rilasciata dal Commissario UE alla concorrenza Joaquin Almunia, il 14 gennaio 2013<sup>17</sup>, i cui contenuti sono stati ripresi nel recente intervento del Commissario dello scorso 8 marzo 2013<sup>18</sup>, in cui si afferma che, verosimilmente, la metà dei casi, che si concluderanno nel corso dell'anno verrà decisa in esito alla procedura di *settlement*.

Quanto agli Stati membri in cui è previsto il *settlement*, si rileva che in Francia, ad oggi, i casi conclusi tramite la procedura di transazione, sono trentatré, mentre in Germania e nel Regno Unito si registrano, rispettivamente, undici e sette casi conclusi con il *settlement*<sup>19</sup>.

3. *Interazioni con la procedura di leniency*. – *Settlement* e *leniency* sono strumenti diversi ma complementari nella politica comunitaria volta alla repressione dei cartelli: la *leniency* premia la cooperazione delle imprese che forniscono un contributo volontario decisivo alla scoperta e all'accertamento di un illecito grave, mentre il *settlement* ricompensa la cooperazione delle imprese che, previa ammissione della propria responsabilità nella commissione dell'illecito, contribuiscono ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione di una decisione ai sensi degli artt. 7 e 23 Reg. (CE) 1/2003 nei modi e con le garanzie descritte nel paragrafo precedente. Come già chiarito, secondo la Comunicazione, per l'impresa che abbia già presentato domanda di *leniency* e abbia, quindi, già ammesso la propria partecipazione ad un illecito grave, la procedura di *settlement* può rappresentare l'opportunità di ottenere un'ulteriore riduzione del 10% della sanzione. In altre parole, qualora nei casi conclusi con procedura di *settlement* siano coin-

volte imprese che hanno anche presentato domanda di *leniency*, la riduzione della sanzione loro accordata a titolo di transazione va a sommarsi alla ricompensa loro concessa a titolo di trattamento favorevole.

4. *Perché transigere?* – Come anticipato, il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria e trova applicazione esclusivamente nei casi di cartelli. Di seguito alcune considerazioni sugli elementi che la Commissione e le parti del procedimento valutano nella scelta di proporre o di aderire al *settlement*.

a) La prospettiva della Commissione

La scelta di iniziare la procedura ordinaria piuttosto che quella di *settlement* è, come si è visto, a totale discrezione della Commissione e si basa sull'opportunità o meno – a seguito di un appropriato bilanciamento di interessi – di dare inizio ad una procedura semplificata. Nella prospettiva della Commissione, infatti, a seconda del caso specifico al suo esame e delle evidenze presenti nel fascicolo istruttorio, può essere più opportuno affrontare una procedura ordinaria oppure proporre il *settlement*.

La Commissione sarà incentivata a proporre il *settlement* qualora ritenga di avere buone probabilità di raggiungere un accordo con tutte le parti coinvolte nel procedimento ed è ragionevole ipotizzare che, seppure tale probabilità sia maggiore nei casi di cartello meno complessi, le maggiori efficienze procedurali si potrebbero ottenere nei casi complessi, che coinvolgono un gran numero di parti con posizioni confliggenti sull'attribuzione di responsabilità e ampie contestazioni su oggetto, effetti e durata del cartello<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Intervista rilasciata da Joaquin Almunia, in occasione della Semana Iberica al College of Europe di Bruges, dove il Commissario ha dichiarato che «In the cases that we can deal with this year, probably half of them will be decided thanks to a settlement, in cartels [...]».

<sup>18</sup> Joaquin Almunia, *Speech: Remedies, commitments and settlements in antitrust*, 8 marzo 2013, in cui il Commissario Almunia ha reiterato: «I dare make a prediction: around half of our cartel cases may be concluded with settlements in

the coming years – which seems to me a good balance between the different procedural tools».

<sup>19</sup> Cfr. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/index.php>; Per i casi di *settlement* in Germania e in Regno Unito si vedano i siti <http://www.bundeskartellamt.de> e [www.ofi.gov.uk](http://www.ofi.gov.uk).

<sup>20</sup> K. DEKEYSER - R. BECKER - D. CALISTI, «Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlement and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008*,

I vantaggi che la Commissione può trarre dalla scelta della procedura di *settlement* sono rappresentati da una maggior speditezza e da un minor costo della procedura (si pensi, ad esempio, all'assenza di audizioni e di accessi completi alla documentazione istruttoria) e dei relativi contenziosi (la probabilità che l'impresa che aderisce al *settlement* impugni la decisione di fronte al giudice è piuttosto bassa)<sup>21</sup>. A ciò si aggiunga un ridotto dispendio di energie nella redazione della decisione finale, che si presenta in forma semplificata e sintetica ed, in generale, un utilizzo più efficiente delle risorse della Commissione che possono essere allocate in modo da perseguire un maggior numero di cartelli.

In termini di svantaggi, invece, si può pensare al più complesso sforzo organizzativo nella predisposizione delle consultazioni bilaterali con le società che hanno aderito alla transazione e alla difficile organizzazione, e conseguente minore efficienza procedurale, dei casi ibridi, in cui solo alcune delle parti del procedimento aderiscono alla procedura di *settlement*. In quest'ultimo caso, a seguito di un attento bilanciamento di interessi, la Commissione potrebbe essere addirittura portata ad abbandonare la procedura di *settlement*.

b) La prospettiva dell'impresa parte del procedimento

L'analisi delle motivazioni che inducono l'impresa indagata per l'illecito *antitrust* ad aderire al *settlement* rischia di essere riduttiva se compiuta esclusivamente con riferimento allo specifico procedimento di cui l'impresa è parte in Commissione.

La globalizzazione dell'istituto del *settlement* e l'incremento dell'utilizzo di questo strumento in giurisdizioni dove prima

era ignorato, associata all'espansione del *private enforcement antitrust* e alla crescente applicazione della normativa penale in ambito *antitrust* a livello internazionale, rende, infatti, la valutazione dell'impresa piuttosto complessa<sup>22</sup>.

È chiaro, infatti, che il riconoscimento di responsabilità nella commissione dell'infrazione e il valore vincolante che la decisione della Commissione può avere nei confronti dei giudici nazionali, sono elementi che debbono essere attentamente valutati dall'impresa che si accinge a scegliere se aderire o meno al *settlement*.

Soprattutto nei casi di cartelli internazionali decidere se accedere o meno a una proposta di *settlement*, può avere riflessi e conseguenze importanti su procedimenti in corso in altri paesi e su potenziali azioni di risarcimento danni. A livello internazionale, il rischio a cui può potenzialmente esporsi l'impresa che decidesse di aderire alla proposta di *settlement* è sfaccettato. Una decisione di *settlement* che consacrì l'ammissione di responsabilità per l'illecito può: *i*) indurre un'autorità della concorrenza che ritenga che la condotta illecita accertata dalla Commissione abbia avuto effetti sul suo territorio ad aprire un nuovo procedimento<sup>23</sup>, *ii*) essere utilizzata da altra autorità della concorrenza che, in assenza della decisione, non sarebbe stata in grado di raccogliere evidenze probatorie necessarie a giustificare il suo intervento, *iii*) cristallizzare la valutazione di aspetti specifici del caso con riferimento, ad esempio, alla definizione dei mercati rilevanti o, al periodo e alla durata del presunto illecito e, infine, *iv*) ingenerare il rischio di azioni di danno (tema su cui si rinvia al paragrafo che segue). A ciò si sommano gli svantaggi già descritti nel precedente paragrafo II.1, de-

2010, p. 677 ss.; D.W. HULL - M.J. CLANCY, «The European Commission's new settlement procedure for cartel cases: a defense counsel's perspective», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 107.

<sup>21</sup> D. WAELBROECK, «A new "settlement culture" in competition cases. What is left to the Courts?», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 256-257.

<sup>22</sup> Si vedano sul punto le considerazioni

espresse in OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, DAF/COMP(2008)32, 1° ottobre 2009.

<sup>23</sup> La decisione di *settlement* nel caso DRAM ha di recente, attivato un separato procedimento *antitrust* da parte dell'autorità *antitrust* Brasileira. Si veda GCR, *Global Cartel Settlement: is it Possible?*, disponibile a <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/33036/global-cartel-settlement-possible/>.

rivanti specificamente dalla procedura di *settlement* in Commissione. Come già detto, infatti, l'impresa che decida di aderire al *settlement*: *i*) accetta di comprimere alcuni diritti di difesa e processuali (rinuncia, ad esempio, alla facoltà di essere sentita in audizione e ad un accesso pieno al fascicolo istruttorio nonché – di fatto – ad impugnare la decisione della Commissione di fronte al Tribunale), *ii*) deve accordarsi con la Commissione in merito alla propria responsabilità nell'illecito, *iii*) deve valutare le possibili conseguenze a cui potrebbe andare incontro nelle ipotesi di *settlement* ibrido e *iv*) si espone a sanzioni più elevate in qualsiasi futura istruttoria in cui fosse coinvolta ai sensi del punto 28 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende<sup>24</sup>.

A fronte delle citate complessità, i possibili vantaggi per l'impresa che volesse aderire al *settlement* sono rappresentati: *i*) dalla riduzione del 10% dell'importo della sanzione, *ii*) dalla certezza che la maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende non potrà eccedere un moltiplicatore pari a due, *iii*) dalla consapevolezza anticipata dell'ambito dell'illecito che l'impresa avrà già prima di ricevere la comunicazione degli addebiti, *iv*) dalla possibilità di interloquire con la Commissione in un momento anteriore a quello in cui la valutazione dell'autorità si cristallizza nella comunicazione degli addebiti, *v*) dalla facoltà di poter rinunciare al *settlement* in qualsiasi momento precedente alla ricezione della comunicazione degli addebiti, *vi*) dalla celerità dei tempi e dalla riduzione dei costi dell'istruttoria, *vii*) dal minor impegno in termini di tempo ed energie del *management*, che potrà continuare a dedicarsi all'attività

commerciale<sup>25</sup>, *viii*) dal possibile impatto positivo che l'adesione al *settlement* può avere da un punto di vista reputazionale.

### III. SETTLEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT

Come anticipato, l'impresa indagata che aderisca alla proposta di *settlement*, ammettendo la responsabilità per l'illecito *antitrust*, va incontro al rischio di azioni di risarcimento del danno. Anche se l'ordinamento italiano attualmente non prevede l'istituto del *settlement*, un procedimento comunitario, che si concluda con una decisione di accertamento dell'infrazione a seguito di transazione, potrebbe dare luogo – in ragione di specifici criteri di collegamento con la giurisdizione nazionale – ad azioni di risarcimento del danno *antitrust* (*follow-on action*) di fronte al giudice italiano, così come di fronte ai giudici di altri Stati membri.

Se tale ipotesi si verificasse, è possibile che l'eventuale azione *follow-on* venga proposta dal danneggiato (attore nel giudizio per il risarcimento danni) in tempi verosimilmente molto brevi. Ciò in quanto può presumersi che, in esito ad un procedimento definito con *settlement*, l'impresa che ha aderito alla transazione (convenuta nel giudizio di risarcimento danni) non impugni la decisione della Commissione e – dunque – non possa beneficiare della protezione temporanea offerta al convenuto dalla pendenza del giudizio di appello dinanzi al Tribunale<sup>26</sup>. L'attore potrà, quindi, disporre di una decisione definitiva, immediatamente dopo la conclusione del procedimento di fronte alla Commissione.

Come detto, la decisione che fa seguito al *settlement* accerta l'infrazione<sup>27</sup> ed è, pertanto, vincolante nei confronti del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 Reg.

<sup>24</sup> Comunicazione, punto 28: «L'importo di base dell'ammenda può essere aumentato qualora la Commissione constati l'esistenza di circostanze aggravanti, come nei casi seguenti: – quando un'impresa continua o ripete la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni dell'articolo 81 o 82. L'importo di

base sarà aumentato fino al 100% ogni volta che venga accertata una infrazione di questo tipo».

<sup>25</sup> A. ORTEGA GONZALES, «*The Cartel Settlement Procedure in Practice*», ECLR 2011, p. 176.

<sup>26</sup> L. COPPI - R. LEVINSON, «*The Interaction between Settlements and Private Litigation-An Economic Perspective*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 687 ss.

<sup>27</sup> Si veda art. 7 del Regolamento.

(CE) 1/2003 circostanza che rappresenta un chiaro beneficio per il danneggiato dall'illecito *antitrust* che voglia intentare un'azione civile per il risarcimento del danno. Beneficio amplificato dal fatto che, come chiarito, questo tipo di decisione è resa in tempi più brevi.

Di contro, tuttavia, la decisione adottata in esito a una procedura di *settlement* è redatta in forma semplificata e, non solo non contiene alcun riferimento ai possibili effetti del cartello – così come, peraltro, la maggior parte delle decisioni adottate a conclusione di procedure ordinarie – ma è anche significativamente meno dettagliata in punto di fatto rispetto a queste ultime. Di norma essa non fa riferimento a circostanze fattuali relative a possibili incontri fra le parti, discussioni in merito a fissazione di prezzi o a compartimentazione di mercati, con le conseguenze che ne derivano in termini di assolvimento dell'onere della prova gravante sull'attore e anche in relazione alla possibilità per quest'ultimo di chiedere e ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Non v'è dubbio che se l'attore non può disporre di informazioni su fatti rilevanti, ancor più complesso sarà provare il danno derivante dagli stessi<sup>28</sup>.

Come già chiarito nel paragrafo che precede, nell'ipotesi di *settlement* ibrido, il descritto svantaggio dell'attore si attenua in quanto quest'ultimo potrà beneficiare di una decisione di accertamento strutturata e dettagliata in punto di fatto, resa a seguito di procedura ordinaria nei confronti della parte o delle parti che hanno scelto di non aderire al *settlement*.

<sup>28</sup> G. MUSCOLO, «Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in *20 Anni di Antitrust*, C. RABITTI BEOGNI - P. BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, p. 1015 ss.

<sup>29</sup> Il profilo dell'accesso agli atti con riferimento al diverso tema della *leniency* è stato affrontato nel Libro Bianco relativo alle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie in cui sono state suggerite alcune possibili soluzioni anche in merito all'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio. Il Libro Bianco prevede, in particolare, l'introduzione di meccanismi di *disclosure* con l'obiettivo di facilitare l'onere probatorio dell'attore. Tali suggerimenti, che hanno dato origine ad un am-

Gli aspetti più problematici per l'attore in un giudizio instaurato a valle di una decisione di transazione attengono, dunque, ai temi dell'accesso ai documenti del fascicolo istruttorio della Commissione<sup>29</sup> e ai meccanismi di *disclosure* disciplinati in maniera non uniforme dalle normative processuali nazionali. Temi particolarmente delicati in quanto i documenti e le dichiarazioni sono versate in atti dal convenuto nell'ambito di un procedimento transattivo.

La disciplina dell'accesso ai documenti e alle proposte transattive per i casi di *settlement* è contenuta nei punti 35-40 della Comunicazione, che nella sostanza rispecchiano le previsioni poste a tutela delle dichiarazioni confessorie nei casi di *leniency*. In assenza di precedenti giurisprudenziali in materia di accesso ai documenti nei procedimenti conclusi con transazione, alla luce della citata analogia fra le discipline dell'accesso nel quadro delle procedure di *settlement* e di *leniency*, si può presumere che il giudice nazionale investito della questione, si conformi ai principi dettati dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Pfleiderer*<sup>30</sup>, valutando, sulla base delle circostanze del caso concreto, se negare o riconoscere al danneggiato dal cartello l'accesso ai documenti trasmessi dal convenuto alla Commissione. Per i casi di applicazione nazionale decisi sulla base delle indicazioni della Corte di Giustizia, si rinvia alla sentenza del Tribunale tedesco che – nella decisione del caso che ha dato origine alla sentenza *Pfleiderer* – ha negato l'accesso ai documenti depositati dal *leniency applicant* presso l'autorità di concorrenza tede-

pio dibattito, non sono al momento sfociati in un concreto intervento normativo. Al proposito, infatti, ed anche a seguito di significativi sviluppi giurisprudenziali (caso *Pfleiderer* su cui la Commissione intende adottare una direttiva di armonizzazione parziale con il principale obiettivo di offrire chiarimenti sulle interazioni tra le azioni di risarcimento per danno *antitrust* ed il *public enforcement* europeo e nazionale. V. Allegato al Programma di lavoro della Commissione per il 2012, COM(2011)777 def., del 15 novembre 2011 ([http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_it.htm)).

<sup>30</sup> C. giust. UE, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 14 giugno 2011.

sca (*Bundeskartellamt*)<sup>31</sup> e alla sentenza resa dalla High Court nel caso *National Grid*, in cui il giudice inglese ha chiesto l'intervento della Commissione in qualità di *amicus curiae* ai sensi dell'art. 15 § 3 Reg. (CE) 1/2003<sup>32</sup>.

In conclusione, nella prospettiva dell'attore nel giudizio a valle della decisione di transazione, non poter fare affidamento, da un lato, su una decisione dettagliata e, dall'altro, su un pieno accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio, comporta certamente uno svantaggio ai fini della prova dell'illecito con possibile conseguente significativo disincentivo ad intentare un'azione di risarcimento danni di fronte al giudice nazionale.

SILVIA D'ALBERTI

### Bibliografia

A. BACH, «Negotiated Settlements Under EC Competition Law: A Judicial Perspective» in *European Competition Law Annual* 2008, 2010, p. 317 ss.; G. BARLING, «Collective Redress in the National Courts for Infringement

of the Competition Rules - Is Reform Overdue?», in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law ad National Law*, Treviso, 17-18 maggio 2012 (in corso di pubblicazione); S. BRANKIN, «The First Cases Under The Commission's Cartel Settlement Procedure: Problem Solved?», in *European Competition Law Review*, n. 4, 2011; F. DI PORTO, «Recent Developments in Italian Competition Law (Year 2011)», in *Concorrenza e Mercato*, 2012, p. 59 ss.; R. GAMBLE, «"Speaking (formally) with the Enemy" - Cartel Settlements Evolve», in *European Competition Law Review*, 2011, p. 449 ss.; J. JOSHUA - K. HUGMARK - I. DAEMS, «Structured Settlements? The First Deal Under the Commission 2008 Cartel Settlements Package», in *The European Antitrust Review*, 2011, p. 3 ss.; OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel*, 2008; OECD, «Plea Bargaining: Settlement of Cartel Cases», in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 2009/2, p. 105 ss.; U. SOLTÉSZ-C. VON KÖCKRITZ, «EU Cartel Settlements in Practice - the Future of EU Cartel Law Enforcement?», in *European Competition Law Review*, 2011, p. 258 ss.; M. TAVASSI, «Il ruolo dei giudici nazionali nel *private enforcement*, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità garante», in *20 Anni di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, p. 997 ss.

<sup>31</sup> AMTSGERICHT BONN, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 18 gennaio 2012.

<sup>32</sup> High Court of Justice, *National Grid Electricity Transmission Plc c. ABB Ltd and others*, 4 aprile 2012.