

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JÁN MAZÁK

presentate il 16 dicembre 2010<sup>1</sup>**I — Introduzione**

1. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale in esame il giudice del rinvio chiede chiarimenti 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 chiede alla Corte di stabilire se la divulgazione di tali informazioni possa 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<sup>2</sup>.

2. A mio avviso, il presente procedimento pregiudiziale richiede, in particolare, che la

Corte soppesi e contemperi gli interessi potenzialmente divergenti di assicurare, da un lato, l'efficacia dei programmi di clemenza istituiti allo scopo di individuare, sanzionare e infine scoraggiare la formazione di cartelli illegali, conformemente all'art. 101 TFUE, e, dall'altro, il diritto dei cittadini di chiedere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di tali cartelli.

3. Il caso presente richiede, pertanto, che la Corte valuti gli interessi apparentemente contrapposti di assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE e di permettere alla parte asseritamente danneggiata di accedere ad informazioni<sup>3</sup> da produrre come prove nell'ambito di un'azione risarcitoria di diritto civile promossa nei confronti di un membro di un cartello, informazioni che, quindi, possono contribuire a far valere il diritto della parte attrice ad un ricorso effettivo in un procedimento civile per violazione dell'art. 101 TFUE. A mio giudizio, il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo, in tali circostanze, è garantito dall'art. 47, in combinato disposto con l'art. 51, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — GU 2003, L 1, pag. 1.

3 — Detenute da un'autorità di uno Stato membro; nella fattispecie, un'autorità nazionale garante della concorrenza designata conformemente all'art. 35 del regolamento n. 1/2003.

(in prosieguo: la «Carta») <sup>4</sup>, come interpretato alla luce dell'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU») <sup>5</sup>, relativo al diritto ad un processo equo, e della pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

## II — Causa principale e questione pregiudiziale

4. Con decisioni del gennaio 2008, nel frattempo divenute definitive, il Bundeskartellamt della Repubblica federale di Germania (Autorità federale tedesca competente in materia di concorrenza), fondandosi, tra l'altro, sull'art. 81 CE (divenuto art. 101 TFUE), ha inflitto ammende di importo complessivo pari a EUR 62 000 000 a carico delle tre maggiori aziende europee produttrici di carte decorative (carte speciali per il trattamento superficiale di prodotti in legno composito) e di cinque persone fisiche personalmente responsabili, per accordi riguardanti la

fissazione dei prezzi e delle capacità. Alla base di tali decisioni vi sono anche informazioni e documenti che il Bundeskartellamt ha ricevuto nell'ambito del suo programma di clemenza.

5. La Pfeleiderer AG (in prosieguo: la «Pfeleiderer») è acquirente di carte decorative ed è uno dei tre produttori leader a livello mondiale di prodotti in legno composito, superfici finite e pavimentazioni laminate. Essa ha dichiarato di aver comprato merci, negli ultimi tre anni, per un valore superiore a EUR 60 000 000 dalle imprese produttrici di carta decorativa sottoposte a procedimento. Al fine di presentare una domanda di risarcimento danni, essa ha chiesto al Bundeskartellamt, con lettera del 26 febbraio 2008, l'accesso all'intero fascicolo concernente il procedimento sanzionatorio antitrust relativo alle «carte decorative».

6. Dopo aver ricevuto copia delle tre decisioni sanzionatorie, dalle quali erano state stralciate le informazioni sull'identità delle parti, nonché un elenco degli elementi di prova raccolti nel corso dell'accertamento, la Pfeleiderer ha chiesto espressamente, con una seconda lettera, di poter consultare anche le domande di trattamento favorevole, i documenti volontariamente trasmessi dalle parti beneficiarie dell'immunità e le prove acquisite. Con lettera del 14 ottobre 2008 il Bundeskartellamt ha informato la Pfeleiderer di voler accogliere la

4 — Conformemente all'art. 6, n. 1, TUE, «[l]'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

5 — Firmata a Roma il 4 novembre 1950. Ai termini dell'art. 6, n. 3, TUE, «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». V. anche l'art. 52, n. 3, della Carta, a tenore del quale, «[l]addove la [Carta] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

richiesta solo in parte, limitando la consultazione del fascicolo ad una versione non integrale degli atti, dalla quale avrebbe espunto i segreti aziendali, i documenti interni e i documenti di cui al punto 22 del programma di clemenza del Bundeskartellamt<sup>6</sup>.

7. Contro tale decisione la Pfeleiderer ha proposto ricorso dinanzi all'Amtsgericht Bonn (Tribunale di primo grado di Bonn).

8. Con una prima decisione, datata 3 febbraio 2009, l'Amtsgericht ha dato sostanzialmente ragione alla Pfeleiderer. Esso ha dichiarato che, conformemente all'art. 406e della Strafprozessordnung (codice di procedura penale tedesco; in prosieguo: la «StPO»)<sup>7</sup>, che regola l'accesso delle persone offese agli atti in un procedimento penale e si applica

per analogia ai procedimenti antitrust che riguardano infrazioni amministrative ai sensi dell'art. 46, nn. 1 e 3, quarta frase, ultima parte, del Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (legge tedesca sulle infrazioni amministrative; in prosieguo: l'«OWiG»), l'avvocato può, per conto del soggetto leso, consultare gli atti e prendere visione delle prove giacenti presso le autorità, purché dimostri un interesse legittimo in tal senso. Secondo il giudice del rinvio, la Pfeleiderer è da considerare soggetto leso, perché avrebbe pagato prezzi esorbitanti, in conseguenza degli accordi di cartello, per le merci acquistate dalle imprese partecipanti all'intesa. Un interesse legittimo sussisterebbe anche quando il soggetto leso abbia come scopo, per mezzo della consultazione del fascicolo, di intentare un'azione risarcitoria. Dovrebbe essere consentita la consultazione pure degli elementi del fascicolo che sono stati messi volontariamente a disposizione del Bundeskartellamt dai richiedenti il trattamento favorevole e che, di conseguenza, riguardano informazioni di cui al punto 22 del programma di clemenza del Bundeskartellamt. Per quanto concerne i segreti aziendali e i documenti interni [ossia le note di orientamento del Bundeskartellamt e la corrispondenza nell'ambito della Rete europea della concorrenza (REC) in vista dell'attribuzione dei casi], il diritto di accesso al fascicolo sarebbe limitato. La portata di tale diritto dovrebbe essere determinata in base ad una ponderazione degli interessi contrapposti e sarebbe circoscritta agli elementi del fascicolo necessari per suffragare le richieste di risarcimento.

6 — Il punto 22 della comunicazione del Bundeskartellamt del 7 marzo 2006, n. 9/2006, relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (Programma di clemenza), enuncia che «il Bundeskartellamt, nell'esercizio dei poteri discrezionali che la legge gli conferisce, respinge, in linea di principio, le domande dei privati cittadini impetranti la remissione o la riduzione dell'ammenda di consultazione dei fascicoli o di accesso alle informazioni quando riguardano una domanda di trattamento favorevole e gli elementi di prova all'uopo forniti». Il testo della comunicazione è disponibile sul sito [http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06\\_Bonusregelung\\_e.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06_Bonusregelung_e.pdf).

7 — L'art. 406e StPO, rubricato «Consultazione dei fascicoli», così recita:

«1. L'avvocato può consultare, per conto della persona offesa, gli atti a disposizione del tribunale o che dovrebbero essere a sua disposizione in caso di esercizio dell'azione penale e prendere visione delle fonti di prova sotto sequestro, qualora dimostri un interesse legittimo in tal senso (...)

2. La consultazione degli atti viene rifiutata qualora vi si oppongano interessi imperativi degni di tutela dell'accusato o di terzi. La consultazione può essere negata qualora pregiudichi l'obiettivo dell'inchiesta o cagioni importanti ritardi nel procedimento (...).

9. A seguito di una censura contro la sua decisione, l'Amtsgericht Bonn ha ripristinato lo status quo ante del procedimento. Non che detto giudice intenda ritornare sulla sua tesi; anzi, prevede di adottare una decisione che dichiari implicitamente l'incompatibilità della versione attuale del programma di clemenza del Bundeskartellamt con l'art. 406e della StPO e con l'art. 46, n. 1, dell'OWiG. L'Amtsgericht si riferisce in particolare al punto 22 del programma di clemenza del Bundeskartellamt.

10. Tuttavia, il giudice del rinvio considera che l'emananda decisione può risultare incompatibile con gli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003 e con il combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, CE (divenuto art. 4, n. 3, TUE) e 3, n. 1, lett. g), CE. In effetti, gli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003 impongono una stretta cooperazione alla Commissione e alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e prevedono lo scambio reciproco di informazioni, comprese quelle riservate, da utilizzare come mezzi di prova nei procedimenti a norma degli artt. 81 CE e 82 CE (divenuti, rispettivamente, artt. 101 TFUE e 102 TFUE). L'efficacia ed il funzionamento di tali disposizioni potrebbero giustificare, nel caso di procedimenti sanzionatori ai sensi della normativa antitrust dell'Unione, il diniego, nei confronti dei terzi danneggiati, dell'accesso alle domande di trattamento favorevole e ai documenti prodotti volontariamente dai beneficiari di un'immunità. Se il Bundeskartellamt fosse obbligato ad abbassare l'attuale livello di protezione dei dati per garantire ai terzi l'accesso alle domande di trattamento favorevole, in

contrasto con il punto 22 del suo programma di clemenza, due gravi conseguenze ne deriverebbero.

11. In primo luogo, la Commissione non metterebbe più a disposizione del Bundeskartellamt informazioni basate su domande di trattamento favorevole. Anche gli altri membri della REC smetterebbero di comunicare informazioni di questo genere al Bundeskartellamt, nella misura in cui le autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri ne abbiano previsto la tutela nell'ambito dei rispettivi programmi nazionali definiti sulla base del programma modello di clemenza elaborato dalla REC<sup>8</sup>. In tal modo non solo la cooperazione nell'ambito della REC verrebbe seriamente compromessa, ma neppure sarebbe più possibile un'efficace attribuzione dei casi all'interno della medesima, cosa che rimetterebbe in discussione il complessivo funzionamento della REC.

12. In secondo luogo, sussisterebbe il rischio che le imprese si astengano dal collaborare nell'ambito dei programmi di clemenza e, quindi, che i cartelli non vengano denunciati ed individuati, poiché il richiedente la

8 — Adottato il 29 settembre 2006; il testo è disponibile sul sito [http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf).

clemenza avrebbe il timore che i documenti e le informazioni prodotti volontariamente possano essere usati direttamente contro di lui in un'azione risarcitoria. In tal modo, il richiedente sarebbe addirittura svantaggiato rispetto ai membri del cartello che non cooperano con le autorità garanti della concorrenza.

13. In considerazione dei dubbi sopra descritti, l'Amtsgericht ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se le disposizioni del diritto comunitario in materia di intese — in particolare gli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003 e il combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, CE e 3, n. 1, lett. g), CE — debbano essere interpretate nel senso che i soggetti danneggiati da un'intesa che intendano promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile non possono avere accesso alle domande di trattamento favorevole né alle informazioni e ai documenti che i richiedenti il beneficio del trattamento favorevole abbiano spontaneamente trasmesso all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, in conformità di un programma nazionale di clemenza, nell'ambito di un procedimento sanzionatorio volto (anche) a far osservare l'art. 81 CE».

### III — Procedimento dinanzi alla Corte

14. Hanno presentato osservazioni scritte le società Pfeleiderer, Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG, Technocell Dekor GmbH & Co. KG e Arjo Wiggins Deutschland GmbH; i governi belga, ceco, tedesco, dei Paesi Bassi, cipriota, spagnolo e italiano; la Commissione e l'Autorità di vigilanza EFTA. Il 14 settembre 2010 si è tenuta un'udienza. I governi belga, cipriota e dei Paesi Bassi non hanno svolto osservazioni orali all'udienza; ha invece svolto osservazioni orali la Munksjö Paper GmbH.

15. La Pfeleiderer ritiene che la causa principale sia una controversia di carattere puramente nazionale basata sul diritto processuale tedesco. A suo parere, l'Amtsgericht avrebbe correttamente affermato che il rifiuto di accordare l'accesso alle informazioni in questione, relative al trattamento favorevole, in forza dell'art. 22 del programma di clemenza del Bundeskartellamt, è incompatibile con l'art. 406e della StPO. La questione sollevata dall'Amtsgericht andrebbe risolta in senso negativo, in quanto le disposizioni del diritto dell'Unione in materia non sarebbero sufficientemente specifiche e gli altri possibili strumenti interpretativi, come il programma modello di clemenza elaborato dalla REC, sarebbero non soltanto imprecisi, ma anche privi di carattere vincolante.

16. La Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG, la Technocell Dekor GmbH & Co. KG e la Arjo Wiggins Deutschland GmbH, insieme ai governi belga, ceco, tedesco, dei Paesi Bassi, cipriota, spagnolo e italiano, sostengono fundamentalmente che i soggetti danneggiati da un cartello che intendano promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile non devono avere accesso alle domande di trattamento favorevole né alle informazioni e ai documenti che i richiedenti tale beneficio abbiano spontaneamente trasmesso all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, in conformità di un programma nazionale di clemenza, nell'ambito di un procedimento sanzionatorio a norma, inter alia, dell'art. 101 TFUE.

17. Secondo la Commissione, occorre distinguere, in sostanza, tra le informazioni che i richiedenti il trattamento favorevole abbiano fornito spontaneamente, circa il cartello e il ruolo che vi hanno svolto, preparando documenti apposta per conformarsi al programma nazionale di clemenza<sup>9</sup> — le cosiddette «dichiarazioni ufficiali» — e il materiale probatorio già esistente che detti soggetti mettano a disposizione. La Commissione ritiene che ai soggetti danneggiati da un cartello che intendano promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile non possa essere accordato l'accesso alle dichiarazioni ufficiali, poiché ciò avrebbe l'effetto di porre il richiedente, nell'ambito di detto procedimento civile,

in una posizione peggiore rispetto agli altri membri del cartello, pregiudicando in tal modo l'efficacia del programma di clemenza. Per contro, l'accesso agli altri documenti prodotti dal richiedente andrebbe valutato e deciso caso per caso. La Commissione stabilisce un'analogia con la propria prassi riguardo alla trasmissione delle informazioni in suo possesso ai giudici nazionali conformemente all'art. 15, n. 1, del regolamento n. 1/2003<sup>10</sup>.

18. Secondo l'Autorità di vigilanza EFTA, siccome la maggior parte dei programmi di clemenza in vigore nell'Unione europea prevede una fase orale<sup>11</sup> finalizzata a difendere le imprese contro la divulgazione delle dichiarazioni ufficiali nell'ambito di azioni risarcitorie di diritto civile, né l'effettività della sua normativa antitrust né altre disposizioni del diritto dell'Unione ostano ad una normativa nazionale che accordi l'accesso ai documenti relativi alle domande di trattamento favorevole detenuti dall'autorità nazionale garante

9 — V., per analogia, il punto 31 della comunicazione della Commissione del 2006 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GU C 298, pag. 17; in prosieguo: la «comunicazione sulla clemenza»).

10 — V., inoltre, la comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (GU 2004, C 101, pag. 54). Al punto 26 vi si legge che «la Commissione può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidate (...). Di conseguenza, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima».

11 — V., ad esempio, il punto 32 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9). V. anche il punto 28 del programma modello di clemenza della REC (cit. alla nota 8).

della concorrenza al potenziale ricorrente in un'azione risarcitoria avverso imprese partecipanti ad un cartello segreto illegale.

del Consiglio e della Commissione<sup>12</sup>, nonché con la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, in quanto potrebbe ingiustamente limitare ciò che appare come un più ampio diritto di accesso all'informazione garantito ad una parte asseritamente lesa, quale la Pfeleiderer, affinché intenti un'azione di diritto civile dinanzi a un giudice a norma dell'art. 406e della StPO.

#### IV — Considerazioni preliminari

19. Ritengo utile evidenziare alcuni elementi della causa principale che emergono dall'ordinanza di rinvio. In primo luogo, l'accesso alle informazioni controverse nella causa principale non viene chiesto da un *quavis de populo* sulla base delle disposizioni nazionali in materia di trasparenza. Al contrario, dall'ordinanza di rinvio emerge che la Pfeleiderer gode, in linea di principio, di diritti processuali specifici, ai sensi della normativa tedesca, di accesso alle informazioni relative al cartello in possesso del Bundeskartellamt, giacché è considerata un soggetto leso, asseritamente danneggiato dal cartello, e vanta un interesse legittimo ad ottenere detto accesso per intentare un'azione di risarcimento. In tali circostanze, il giudice accorda l'accesso, ai sensi dell'art. 406e della StPO, non direttamente alla Pfeleiderer, ma al suo legale. Pertanto sembrerebbe inopportuna qualsiasi analogia con le disposizioni in materia di trasparenza e di accesso del pubblico ai documenti contenute, ad esempio, nel regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, n. 1049, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo,

20. In secondo luogo, l'indagine relativa alla specifica infrazione delle norme sulla concorrenza oggetto della causa principale si è conclusa con l'adozione di una decisione sanzionatoria in applicazione, inter alia, dell'art. 101 TFUE, che non è più assoggettabile a sindacato giurisdizionale. In tale contesto, l'accesso alle informazioni controverse non può pregiudicare l'indagine sull'infrazione in parola né può influenzarne il risultato. Il presente caso deve pertanto essere distinto da quelli in cui un soggetto leso chiede di poter accedere alle informazioni detenute da un'autorità nazionale garante della concorrenza prima che questa abbia adottato una decisione conformemente al diritto dell'Unione in materia di concorrenza. Rimane, tuttavia, da stabilire se l'accesso al tipo di informazioni in questione, vale a dire informazioni e documenti trasmessi volontariamente nell'ambito di un programma di clemenza, possa compromettere in generale la conduzione di indagini relative ad una violazione dell'art. 101 TFUE e, quindi, l'osservanza di tale disposizione da

12 — GU L 145, pag. 43. Faccio osservare che dubbi sull'applicabilità per analogia di tale regolamento nella presente controversia sono stati sollevati nell'udienza dinanzi alla Corte dalle società Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG e Technocell Dekor GmbH & Co. KG, dai governi tedesco e spagnolo nonché dalla Commissione.

parte del Bundeskartellamt e delle altre autorità nazionali garanti della concorrenza conformemente ai poteri e agli obblighi che sono loro attribuiti dal regolamento n. 1/2003.

garante della concorrenza da un richiedente il trattamento favorevole potrebbe avere sul sistema di cooperazione e di scambio di informazioni previsto agli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003.

21. In terzo luogo, la questione deferita dall'Amtsgericht verte sull'accesso a informazioni e documenti presentati da un soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole. Dall'ordinanza di rinvio sembra emergere che, secondo l'Amtsgericht, quando si tratta di segreti aziendali e di documenti interni, il diritto di accesso è limitato<sup>13</sup>. Nulla indica che l'Amtsgericht ha cambiato avviso. Nelle presenti conclusioni considero, pertanto, che le informazioni e i documenti prodotti dal soggetto richiedente il trattamento favorevole ai quali è chiesto di accedere non contengono segreti aziendali né costituiscono documenti interni.

## V — Valutazione

22. Con la sua questione l'Amtsgericht chiede chiarimenti, tra l'altro, circa l'impatto che l'accesso di un soggetto leso<sup>14</sup> alle informazioni trasmesse a un'autorità nazionale

23. Con l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, tanto la Commissione quanto le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri<sup>15</sup> sono competenti ad applicare gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE<sup>16</sup>. I rispettivi poteri della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare gli articoli suddetti, anche se non coincidono perfettamente, si sovrappongono in larga parte, creando un sistema di attuazione decentrato che si basa su competenze parallele. Il regolamento n. 1/2003 conferisce alla Commissione poteri specifici e precisi ai fini dell'applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE. Per contro, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, ed evidentemente i giudici nazionali<sup>17</sup>, applicano gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE per lo più conformemente al rispettivo ordinamento giuridico nazionale<sup>18</sup>, in base al

<sup>13</sup> — V. supra, paragrafo 8.

<sup>14</sup> — Al fine di promuovere un'azione di risarcimento.

<sup>15</sup> — È l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1/2003 che obbliga le autorità nazionali garanti della concorrenza e i giudici nazionali ad applicare gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

<sup>16</sup> — V., in particolare, artt. 4 e 5 del regolamento n. 1/2003.

<sup>17</sup> — Ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 1/2003, le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

<sup>18</sup> — V., tuttavia, l'art. 5 del regolamento n. 1/2003, che elenca le decisioni che possono essere adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza in applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.



principio dell'autonomia procedurale, sempre che rispettino i principi di equivalenza<sup>19</sup> e di effettività<sup>20</sup>. A mio giudizio, conformemente, in particolare, all'art. 4, n. 3, TUE e alle disposizioni del regolamento n. 1/2003<sup>21</sup>, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare l'applicazione effettiva degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE all'interno del loro territorio<sup>22</sup>.

24. Al fine di limitare il rischio che le dette competenze parallele siano esercitate in modo discordante, e nonostante l'autonomia procedurale di cui, in linea di principio, godono le autorità nazionali garanti della concorrenza e i giudici nazionali, il capo IV del regolamento n. 1/2003, intitolato «Cooperazione», stabilisce una serie di regole di procedura volte ad assicurare che il sistema delle competenze ripartite funzioni in modo coordinato ed efficiente. La Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza formano, infatti, insieme una rete<sup>23</sup> di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza dell'Unione in stretta cooperazione<sup>24</sup>. Tale capo IV, in particolare, ha istituito un sistema<sup>25</sup> tra i membri della REC che prevede, tra l'altro, la ripartizione dei compiti e la distribuzione dei casi tra una o più autorità nazionali garanti della concorrenza e la Commissione nonché l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza dell'Unione. Ritengo che le autorità nazionali garanti della concorrenza debbano

19 — Il principio di equivalenza esige che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto europeo della concorrenza e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno [v., per analogia, sentenze 1° dicembre 1998, causa C-326/96, *Levez* (Racc. pag. I-7835, punto 41); 16 maggio 2000, causa C-212/04, *Preston e a.* (Racc. pag. I-3201, punto 55), e 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Pontin* (Racc. pag. I-10467, punto 45)]. Rilevo che dal fascicolo presentato alla Corte non risulta alcuna differenza, a seconda che trovi applicazione il diritto nazionale oppure l'art. 101 TFUE, per la concessione ad un terzo dell'accesso alle informazioni trasmesse al Bundeskartellamt da un richiedente il trattamento favorevole.

20 — V., inter alia, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck* (Racc. pag. I-4599, punto 12); 4 luglio 2006, causa C-2121/04, *Adeneler e a.* (Racc. pag. I-6057, punto 95); 28 giugno 2008, causa C-1/06, *Bonn Fleisch* (Racc. pag. I-5609, punto 41), e 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino* (Racc. pag. I-7213, punto 52). Secondo una giurisprudenza consolidata, le modalità procedurali stabilite dall'ordinamento interno di uno Stato membro non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., tra le altre, sentenza 15 aprile 2010, causa C-542/08, *Barth*, Racc. pag. I-3189, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).

21 — V., in particolare, artt. 5 e 6.

22 — E infatti, in seguito all'adozione e all'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono contribuire attivamente ad assicurare l'applicazione effettiva degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE da parte delle imprese al fine di adempiere agli obblighi che a loro impongono tali disposizioni. Inoltre, nella sentenza CIE, la Corte ha dichiarato che, «sebbene di per sé gli artt. [101 TFUE e 102 TFUE] riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. [4, n. 3, TUE], che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese» (sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, Racc. pag. I-8055, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

23 — La REC.

24 — V. quindicesimo «considerando» del regolamento n. 1/2003.

25 — V., ad esempio, la comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101, pag. 43; in prosieguo: la «comunicazione sulla cooperazione») e la dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle autorità garanti della concorrenza (in prosieguo: la «dichiarazione comune»), disponibile (in inglese) sul sito [http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf). In particolare, la comunicazione sulla cooperazione indica le modalità pratiche di applicazione degli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003. A tenore del suo punto 72 e dell'allegato, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono prendere atto dei principi definiti nella detta comunicazione, compresi quelli relativi alla protezione dei soggetti che presentano una domanda di trattamento favorevole, e rispettarli.

agire in modo da assicurare l'adempimento effettivo dei loro obblighi di cooperazione ai sensi del regolamento n. 1/2003.

25. Se il regolamento n. 1/2003 e la comunicazione sulla cooperazione non contengono disposizioni riguardo all'accesso dei terzi alle informazioni volontariamente trasmesse da un soggetto che ha chiesto il trattamento favorevole<sup>26</sup>, il punto 30 del programma modello di clemenza della REC dispone che «le dichiarazioni orali rese nell'ambito del presente programma possono essere oggetto di uno scambio di informazioni tra le [autorità competenti], ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 1/2003, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite nella [comunicazione sulla cooperazione] e purché la tutela contro la loro diffusione assicurata dall'[autorità competente] che riceve tali informazioni sia equivalente a quella applicata dall'[autorità competente] che le trasmette»<sup>27</sup>.

26. Il programma modello di clemenza elaborato dalla REC è uno strumento privo di efficacia vincolante che cerca di realizzare un'armonizzazione de facto, ossia «morbida», dei programmi di clemenza predisposti dalle autorità nazionali della concorrenza, al fine di scongiurare il rischio che le discrepanze tra i programmi applicati all'interno della Rete scoraggino i potenziali interessati dal presentare una domanda di trattamento favorevole. A tal fine, detto programma stabilisce il trattamento che un richiedente può aspettarsi in una qualsiasi giurisdizione della Rete, una volta che i programmi nazionali siano stati armonizzati. Esso intende inoltre alleggerire gli oneri connessi alle domande multiple. Nonostante il carattere non normativo del detto modello e di strumenti come la comunicazione sulla cooperazione e la dichiarazione comune, non possiamo ignorare l'effetto pratico di tali documenti, specialmente riguardo alle attività svolte dalle autorità nazionali garanti della concorrenza e dalla Commissione. È pertanto increscioso che documenti quali il programma modello di clemenza elaborato dalla REC e la dichiarazione comune non siano pubblicati nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* nell'interesse della trasparenza e dei poster.

26 — I punti 26-28 della comunicazione sulla cooperazione (cit. alla nota 25) riguardano lo scambio di informazioni riservate tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nonché il loro utilizzo ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 1/2003, mentre i punti 37-42 concernono, in particolare, la trasmissione tra i membri della Rete (Commissione e autorità nazionali garanti della concorrenza) di informazioni raccolte attraverso una domanda di trattamento favorevole e l'uso di tali informazioni da parte dei detti membri. V., inoltre, punti 3-5 delle note esplicative del programma modello di clemenza elaborato dalla REC (cit. alla nota 8).

27 — Il punto 28 del programma modello di clemenza elaborato dalla REC prevede la possibilità di richiedere oralmente la clemenza, mentre il punto 29 vieta di accordare l'accesso alle registrazioni delle dichiarazioni effettuate dall'impresa richiedente prima che l'autorità garante della concorrenza abbia comunicato alle parti i suoi addebiti. V. anche i punti 48 e 49 delle note esplicative del programma modello di clemenza elaborato dalla REC (cit. alla nota 8).

27. Alla luce segnatamente del punto 30 del programma modello di clemenza elaborato dalla REC, ed in mancanza di disposizioni dell'Unione al riguardo, ritengo che l'utilizzo da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza di criteri differenziati di divulgazione ai terzi delle informazioni

volontariamente trasmesse dai soggetti che abbiano richiesto il trattamento favorevole sia tendenzialmente incompatibile con le disposizioni del regolamento n. 1/2003 riguardanti la cooperazione.

28. Dal fascicolo presentato alla Corte sembrerebbe, salvo verifica da parte del giudice nazionale, che l'autorità garante della concorrenza della Svezia abbia collaborato con il Bundeskartellamt nell'indagine relativa all'infrazione controversa. Tuttavia, nulla indica che un'altra autorità nazionale garante della concorrenza diversa dal Bundeskartellamt fosse competente ad applicare l'art. 101 TFUE al cartello in questione, cosa che avrebbe potuto comportare l'avvio di procedimenti multipli dinanzi a diverse autorità ed una possibile riattribuzione dei casi ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 1/2003<sup>28</sup>. Se

è vero, infatti, che i procedimenti dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza tendono a moltiplicarsi quando i membri del cartello presentano una domanda di trattamento favorevole, giacché in assenza di un procedimento unico per le domande di clemenza ai sensi del diritto dell'Unione o di un regime di trattamento favorevole pienamente armonizzato a livello di Unione europea<sup>29</sup> il richiedente ha interesse a presentare domanda di trattamento favorevole a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti per l'applicazione dell'art. 101 TFUE ad una data infrazione, nulla di simile risulta essere avvenuto nella causa a qua. Osservo inoltre che nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale ha chiaramente specificato che la Pfleiderer non chiede l'accesso a informazioni o documenti trasmessi al Bundeskartellamt nell'ambito di una procedura ex art. 12 del regolamento n. 1/2003<sup>30</sup>.

28 — V., in particolare, i punti 16-19 della comunicazione sulla cooperazione (cit. alla nota 25). Al punto 16 si legge: «Per rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e per assicurare che i casi siano trattati dall'autorità garante della concorrenza che sia nella posizione più idonea per farlo, i membri della rete devono essere informati, sin dalle prime fasi, dei casi trattati dalle varie autorità garanti della concorrenza». A tenore del punto 17 della medesima comunicazione, il regolamento n. 1/2003 «crea un meccanismo in base al quale le autorità garanti della concorrenza sono tenute ad informarsi reciprocamente in modo che i casi possano essere riattribuiti in modo rapido ed efficiente. L'articolo 11, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio impone l'obbligo a carico delle autorità nazionali garanti della concorrenza, quando esse agiscono ai sensi [degli artt. 101 TFUE o 102 TFUE], di informare la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. Tale articolo stabilisce, inoltre, che l'informazione inviata alla Commissione può essere resa disponibile anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri (...). La base dell'articolo 11, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio è l'esigenza di permettere alla rete di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e di risolvere eventuali problemi di riattribuzione dei casi non appena un'autorità avvii le indagini».

29. Sembra pertanto che gli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003 non rilevino ai fini della presente causa e che, come ha fatto notare la Commissione nelle sue

29 — V. punto 38 della comunicazione sulla cooperazione (cit. alla nota 25).

30 — Ai termini dell'art. 12 del regolamento n. 1/2003, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiarsi e di utilizzare informazioni ai fini dell'applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

osservazioni<sup>31</sup>, la parte della questione pregiudiziale relativa a tali disposizioni sia ipotetica<sup>32</sup>. A mio giudizio, in mancanza di concreti elementi di fatto, nell'ordinanza di rinvio, che riguardino la questione della cooperazione ai sensi del capo IV del regolamento n. 1/2003, una pronuncia della Corte su tale questione sollevata nell'ambito del presente procedimento sarebbe puramente speculativa.

30. Il giudice del rinvio chiede anche se la concessione, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, dell'accesso ad informazioni e documenti che le sono stati volontariamente trasmessi da un richiedente il trattamento favorevole, a favore di un soggetto leso che intenda avviare un'azione risarcitoria, possa in futuro pregiudicare

31 — Per la Pfeleiderer gli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003 non sono pertinenti nel caso di specie. Con riferimento alla comunicazione sulla cooperazione l'Autorità di vigilanza EFTA pone in evidenza, nelle sue osservazioni, il carattere puramente interno della causa pendente dinanzi all'Amtsgericht.

32 — La procedura prevista dall'art. 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti. Lo spirito di collaborazione che deve presiedere allo svolgimento del procedimento pregiudiziale implica che il giudice nazionale, dal canto suo, tenga presente la funzione di cui la Corte è investita, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (v. sentenza 5 febbraio 2004, causa C-380/01, Schneider, Racc. pag. I-1389, punti 20-23 e giurisprudenza ivi citata).

l'applicazione effettiva dell'art. 101 TFUE da parte della medesima autorità.

31. È chiaro che sia la Commissione sia le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri svolgono funzioni importanti ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE ai cartelli illegali. Data la segretezza delle intese vietate dall'art. 101 TFUE, l'individuazione, l'indagine e, infine, il divieto e la repressione di tali infrazioni, le quali, a causa delle conseguenze nefaste sulla struttura della concorrenza, spesso costituiscono violazioni tra le più gravi del diritto della concorrenza<sup>33</sup>, sono risultati difficili, nella pratica, tanto per la Commissione quanto per le autorità nazionali garanti della concorrenza<sup>34</sup>. Applicando

33 — Violazioni che, quando vengono scoperte e provate, possono portare non soltanto all'imposizione di sanzioni rilevanti, ma, in alcuni Stati membri, anche alla condanna alla reclusione dei responsabili.

34 — V., per analogia, sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione (Raccolta pag. I-123, punti 55-57), in cui la Corte ha affermato che, poiché sono noti tanto il divieto di partecipare a pratiche e accordi anticoncorrenziali quanto le sanzioni che possono essere irrogate ai contravventori, di norma le attività derivanti da tali pratiche ed accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Anche se la Commissione scoprisse documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi ultimi sarebbero di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostituire taluni dettagli per via di deduzioni. Nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza.

un approccio che definirei di comodo<sup>35</sup>, la Commissione ha messo in atto fin dal 1996, con l'adozione della comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese<sup>36</sup>, un programma di clemenza che, attraverso la concessione dell'immunità e la riduzione delle ammende, premia la cooperazione offerta dai membri di un cartello che porti all'individuazione e alla repressione delle intese. Dalla comunicazione del 2006 sulla clemenza<sup>37</sup> emerge chiaramente che, secondo la Commissione, «[i]l vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla certezza che le intese segrete siano scoperte e sanzionate è primario rispetto all'interesse d'infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese che consentono alla Commissione di scoprire e vietare pratiche di questo tipo. La Commissione ritiene che la collaborazione di un'impresa alla scoperta di un caso di cartello abbia un valore intrinseco»<sup>38</sup>. Sono del parere che i vantaggi di tale programma vadano oltre la possibilità di scoprire e sanzionare la singola violazione, in quanto generano un clima generale di incertezza tra i potenziali membri

dei cartelli che può impedire l'effettiva formazione degli stessi.

32. Pertanto, la comunicazione sulla clemenza stabilisce con trasparenza le regole e le procedure che consentono ad un'impresa richiedente il trattamento favorevole di prevedere il trattamento che riceverà dalla Commissione. Trasparenza e prevedibilità sono, a mio giudizio, necessarie ad assicurare l'efficacia del programma di clemenza della Commissione, dal momento che l'incertezza circa il comportamento di quest'ultima potrebbe scoraggiare i potenziali richiedenti. La Corte ha inoltre statuito che la collaborazione prestata da un'impresa alla Commissione può giustificare una riduzione dell'ammenda ai sensi della comunicazione sulla clemenza, qualora il comportamento dell'impresa di cui trattasi abbia consentito alla Commissione di accertare l'esistenza di un'infrazione con minore difficoltà e di mettervi fine<sup>39</sup>. Un'impresa che collabora con la Commissione nei termini previsti dalla comunicazione sulla clemenza nutre la legittima aspettativa di poter beneficiare di una certa percentuale di riduzione dell'ammenda<sup>40</sup>. Peraltro, ai sensi

35 — Con tale espressione non evoco un comportamento colposo della Commissione, bensì intendo che quest'ultima ha adottato una linea di azione ritenendola, in ultima analisi, utile alla concorrenza.

36 — Osservo che il regolamento n. 1/2003 e il regolamento (CE) della Commissione 7 aprile 2004, n. 773, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (GU 2004, L 123, pag. 18), non prevedono la gestione di programmi di clemenza da parte della Commissione.

37 — Cit. alla nota 9.

38 — V. punti 3 e 4 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9).

39 — V. in tal senso, sentenze 16 novembre 2000, causa C-297/98 P, SCA Holding/Commissione (Racc. pag. I-10101, punto 36), e 28 maggio 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione (Racc. pag. I-5425, punto 399).

40 — V. sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione, cit. alla nota 39 (punto 188); v. anche il punto 38 della comunicazione sulla clemenza, in cui si legge che «la Commissione è consapevole del fatto che la presente comunicazione crea aspettative legittime sulle quali fanno affidamento le imprese che intendono informarla dell'esistenza di un'intesa».

della medesima comunicazione, di regola la Commissione non accorda l'accesso alle dichiarazioni ufficiali rese da un richiedente la clemenza<sup>41</sup> e ammette che tali

dichiarazioni<sup>42</sup> siano rese oralmente<sup>43</sup>. Per contro, la comunicazione sulla clemenza non prevede che venga negato ai terzi l'accesso ai documenti preesistenti<sup>44</sup>, prodotti da un richiedente il trattamento favorevole ai sensi della stessa comunicazione.

41 — V. punti 6, 7 e 33 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9). V. anche il punto 29 del programma modello di clemenza della REC (cit. alla nota 8). A tenore del punto 6 della comunicazione sulla clemenza, tali iniziative volontarie, note come dichiarazioni ufficiali, «si sono rivelate utili ai fini dell'efficacia delle indagini e per porre fine alle infrazioni costituite dai cartelli, e non vanno scoraggiate con ordini di esibizione delle prove documentali nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. I potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione ai sensi della presente comunicazione se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. Un tale inascurabile effetto danneggerebbe gravemente il pubblico interesse ad assicurare l'effettiva applicazione dell'articolo [101 TFUE] da parte dell'autorità pubblica nei casi di cartelli e, quindi, la sua effettiva applicazione, conseguente o parallela, in sede privata». V., inoltre, il punto 47 delle note esplicative del programma modello di clemenza elaborato dalla REC, a termini del quale «[i] membri della REC sono forti sostenitori delle azioni civili di risarcimento avverso gli operatori partecipanti di un'intesa. Tuttavia, i detti membri considerano inopportuno che gli operatori che collaborano con loro al fine di scoprire le intese siano messi in una posizione sfavorevole nell'ambito delle azioni risarcitorie di diritto civile rispetto ai membri delle intese che rifiutano di collaborare. La diffusione, nell'ambito delle azioni civili di risarcimento, di dichiarazioni ufficiali che sono state rese appositamente ad una [autorità garante della concorrenza] nel contesto del programma di clemenza di quest'ultima, rischia di produrre tale risultato e, in quanto avrebbe l'effetto di scoraggiare la cooperazione nell'ambito dei programmi di clemenza delle autorità garanti della concorrenza, potrebbe compromettere l'efficacia della lotta contro i cartelli condotta dalle dette autorità. Siffatto risultato potrebbe altresì avere un impatto negativo in relazione ai cartelli presenti in altre giurisdizioni. Il rischio che un richiedente diventi il destinatario di un obbligo di divulgare l'informazione dipende, in certa misura, dai territori interessati e dalla natura del cartello cui ha preso parte (...)».

33. Non esiste alcun obbligo esplicito nel diritto dell'Unione che imponga alle autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare un programma di clemenza alle intese che violano l'art. 101 TFUE, né il diritto

42 — A tenore del punto 9, lett. a), della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9), la dichiarazione ufficiale deve contenere, nella misura in cui i dati siano noti al richiedente al momento della presentazione della domanda: la descrizione particolareggiata del presunto accordo di cartello, inclusi per esempio gli scopi, le attività e il funzionamento, il prodotto o servizio che ne forma oggetto, l'ambito geografico, la durata e la stima dei quantitativi di mercato in questione, le date, i luoghi, il contenuto dei presunti contatti di cartello ed i partecipanti specifici e tutte le pertinenti spiegazioni inerenti agli elementi probatori forniti in appoggio alla domanda; la denominazione e l'indirizzo della persona giuridica che presenta la domanda d'immunità e la denominazione e indirizzo di tutte le altre imprese che partecipano o hanno partecipato al presunto cartello; il nome e cognome, la funzione, l'indirizzo professionale e, ove necessario, l'indirizzo privato di tutte le persone che, a conoscenza del richiedente, sono o sono state implicate nel presunto cartello, comprese le persone implicate per conto del richiedente stesso; l'indicazione delle altre autorità di concorrenza, all'interno e all'esterno dell'Unione, alle quali il richiedente si è rivolto o intende rivolgersi in relazione al presunto cartello.

43 — V. punto 32 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9). V., inoltre, il punto 28 del programma modello di clemenza della REC (cit. alla nota 8).

44 — L'espressione «documenti preesistenti» non viene specificamente definita nella comunicazione sulla clemenza; tuttavia, ritengo che si tratti degli «altri elementi probatori riguardanti il presunto cartello dei quali il richiedente è in possesso o dispone al momento della presentazione della domanda, incluso in particolare ogni altro elemento probatorio contemporaneo all'infrazione». V. punto 9, lett. b), della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9).

dell'Unione disciplina la questione dell'accesso alle domande di trattamento favorevole in possesso di tali autorità. Nondimeno, nonostante l'assenza, nel diritto dell'Unione, di un obbligo esplicito per le autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare un programma di clemenza ai cartelli e nonostante il fatto che gli Stati membri godano, quindi, di autonomia procedurale al riguardo, dal fascicolo a disposizione della Corte emergerebbe che la stragrande maggioranza delle autorità garanti della concorrenza dei 27 Stati membri, compreso il Bundeskartellamt, applicano attualmente qualche forma di programma di clemenza. L'ordinanza di rinvio indica che il programma di clemenza del Bundeskartellamt è basato sul programma modello di clemenza elaborato dalla REC. Dato che il Bundeskartellamt ha deciso sua sponte di applicare un programma di clemenza, sembrerebbe, salvo verifica da parte del giudice nazionale, che esso ha ritenuto tale programma necessario al fine di assicurare l'applicazione effettiva, da parte sua, dell'art. 101 TFUE<sup>45</sup>. Invero, nell'ordinanza di rinvio l'Amtsgericht ha affermato che «il programma di clemenza del Bundeskartellamt istituito nel 2000 si è rivelato uno strumento estremamente efficace di lotta ai cartelli. Infatti, tra il 2001 ed il 2008 sono state presentate complessivamente 210

domande di trattamento favorevole, concernenti 69 procedimenti diversi»<sup>46</sup>.

34. Ritengo che, ove uno Stato membro decida di applicare un programma di clemenza mediante una propria autorità garante della concorrenza, al fine di assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE, esso debba, nonostante l'autonomia procedurale di cui godono gli Stati membri nell'applicare tale disposizione, garantire nondimeno che tale programma sia istituito e gestito efficacemente.

35. Per quanto concerne l'interazione tra i programmi di clemenza e le azioni risarcitorie di diritto civile, la comunicazione sulla clemenza, pur lasciando prevedere il modo in cui la Commissione eserciterà il suo potere di infliggere sanzioni ai membri di un cartello, stabilisce espressamente che la cooperazione ai sensi delle sue disposizioni non sottrae i membri di un cartello alle conseguenze di diritto civile della loro partecipazione ad una violazione dell'art. 101 TFUE<sup>47</sup>. Il punto 24 del programma di clemenza del Bundeskartellamt indica peraltro che «la presente comunicazione non incide sul sistema di attua-

45 — Nell'ordinanza di rinvio si legge al riguardo che, in una sua pronuncia, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha considerato legittima la premessa sulla quale il Bundeskartellamt ha basato il proprio programma di clemenza, secondo la quale l'interesse a combattere i cartelli a nucleo duro prevale sull'interesse a sanzionare i singoli membri del cartello. L'Oberlandesgericht Düsseldorf ha ritenuto che il programma di clemenza del Bundeskartellamt (cit. alla nota 6) sia giuridicamente ineccepibile e rientri nel margine di valutazione discrezionale di cui gode detta autorità nell'imporre ammende ai sensi dell'art. 81, n. 7, dell'OWiG.

46 — Nell'ordinanza di rinvio non è precisato se ed eventualmente quale di tali cartelli rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE.

47 — V. punto 39 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9).

zione del diritto della concorrenza da parte dei privati»<sup>48</sup>.

36. Invero, il diritto dei soggetti lesi da un cartello di proporre un'azione di risarcimento per violazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE è stato chiaramente ribadito dalla Corte di giustizia. È infatti giurisprudenza costante che gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i cittadini e creano diritti per i singoli interessati<sup>49</sup> che i giudici nazionali devono tutelare<sup>50</sup>. Anche se le regole riguardanti le azioni di risarcimento per violazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE non sono state armonizzate a

livello dell'Unione, la Corte ha stabilito che la piena efficacia dell'art. 101 TFUE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al suo n. 1 sarebbero compromessi se fosse impossibile ad un cittadino chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza<sup>51</sup>. Ne deriva che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 101 TFUE<sup>52</sup>. Nella sentenza *Courage e Crehan* la Corte ha enfatizzato altresì l'effetto deterrente delle azioni di risarcimento danni. Al riguardo, essa ha statuito che l'esistenza di un tale diritto di azione rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione<sup>53</sup>.

48 — Nell'ordinanza di rinvio l'Amtsgericht precisa che «una domanda di trattamento favorevole non esonera il richiedente dalla responsabilità civile nei confronti dei terzi pregiudicati dal cartello (...) ai sensi del diritto tedesco».

49 — Gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE pongono a carico dei singoli anche alcuni obblighi, di cui i giudici nazionali devono parimenti garantire l'osservanza.

50 — V. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM (detta «BRT I») (Racc. pag. 51, punto 16); 18 marzo 1997, causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione (Racc. pag. I-1503, punto 39); 20 settembre 2001, causa C-453/2001, *Courage e Crehan* (Racc. pag. I-6297, punto 23), e 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.* (Racc. pag. I-6619, punto 39).

51 — Sentenza *Courage e Crehan*, cit. alla nota 50 (punto 26).

52 — Sentenza *Manfredi e a.*, cit. alla nota 50 (punto 61). La Corte ha dichiarato che, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, e conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) [v. sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani* (Racc. pag. I-4025, punto 27), e *Courage e Crehan*, cit. alla nota 50 (punto 29)].

53 — Sentenza *Courage e Crehan*, cit. alla nota 50 (punto 27). V., inoltre, il punto 1.2 del Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie [COM(2008) 165 def. (Libro Bianco)].



37. A mio giudizio, la divulgazione, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, di informazioni che le sono state volontariamente trasmesse da membri di un cartello in conformità del suo programma di clemenza, ad un terzo leso potrebbe essere in via di principio utile a quest'ultimo per promuovere dinanzi ai giudici nazionali un'azione di risarcimento per violazione dell'art. 101 TFUE relativamente al danno asseritamente causato dal cartello<sup>54</sup>; un'azione che può contribuire non soltanto a stabilire un diritto di risarcimento della parte lesa, ma anche all'applicazione dell'art. 101 TFUE<sup>55</sup>. Ritengo, pertanto, che un'autorità nazionale garante della concorrenza, sebbene non sia parte in un'azione di risarcimento danni, non dovrebbe<sup>56</sup>, in mancanza di legittimi motivi imperativi di ordine pubblico o privato, negare ad una parte che si pretenda lesa l'accesso a documenti in suo possesso che potrebbero essere prodotti come prove per fondare un'azione di risarcimento avverso un membro del cartello per violazione dell'art. 101 TFUE, in quanto tale diniego potrebbe de facto intralciare e limitare l'esercizio del diritto fondamentale del soggetto leso ad un ricorso effettivo, quale è garantito dall'art. 101 TFUE

e dall'art. 47<sup>57</sup>, in combinato disposto con l'art. 51 della Carta e con l'art. 6, n. 1, della CEDU. È pertanto necessario esaminare se, ed in quali circostanze, un'autorità nazionale garante della concorrenza possa legittimamente rifiutare la divulgazione di informazioni e di documenti prodotti da un soggetto che ha chiesto di beneficiare del trattamento favorevole.

38. È mia opinione che la divulgazione, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, di informazioni e documenti prodotti da un operatore che ha chiesto il trattamento favorevole può seriamente ridurre l'appetibilità, e quindi l'efficacia, del programma di clemenza della detta autorità, in quanto i potenziali richiedenti potrebbero temere di ritrovarsi in una posizione sfavorevole nell'ambito di un'azione di risarcimento danni, a causa delle dichiarazioni con cui si autoincriminano e delle prove che sono

54 — Al punto 2.2 del Libro Bianco (cit. alla nota 53), la Commissione osserva che «[g]ran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore».

55 — Sentenza *Courage e Crehan*, cit. alla nota 50 (punti 26 e 27).

56 — Diversamente, le autorità nazionali garanti della concorrenza, ostacolando l'accesso alle informazioni in loro possesso che possono essere prodotte in giudizio, potrebbero intralciare le azioni di risarcimento.

57 — «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge (...).

tenuti a presentare<sup>58</sup> all'autorità competente, rispetto agli altri membri del cartello che non richiedono la clemenza. Perciò, se è vero che un richiedente può beneficiare della remissione o di una riduzione dell'ammenda, è pur vero che tale beneficio potrebbe essere percepito dall'interessato come trascurabile rispetto al maggiore rischio di incorrere nella responsabilità per danni qualora sia accordato l'accesso al fascicolo riguardante la domanda di clemenza, specialmente quando i membri di un cartello siano considerati responsabili personalmente e in solido ai sensi delle norme nazionali di procedura civile. Un membro di un cartello potrebbe pertanto non chiedere affatto il trattamento favorevole oppure decidere di essere meno disponibile nei confronti dell'autorità garante della concorrenza durante la procedura di clemenza<sup>59</sup>.

39. Si avverte perciò una tensione tra la gestione efficace del programma di clemenza da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza, e quindi l'applicazione della normativa sulla concorrenza da

parte delle autorità pubbliche, da un lato, e la concessione ad un terzo dell'accesso alle informazioni fornite dai richiedenti il trattamento favorevole<sup>60</sup>, per aiutarlo a promuovere un'azione di risarcimento danni ai sensi dell'art. 101 TFUE, dall'altro.

40. Ritengo che né il regolamento n. 1/2003 né la giurisprudenza della Corte abbiano stabilito una gerarchia de iure o un ordine di priorità<sup>61</sup> tra l'applicazione del diritto europeo della concorrenza da parte delle pubbliche autorità e le azioni risarcitorie proposte dai privati. Tuttavia, anche se tale gerarchia manca, mi sembra che, al momento, l'attività della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza sia di gran lunga più importante delle azioni risarcitorie proposte dai privati a titolo degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE. È talmente limitata la funzione attuale delle azioni di risarcimento presentate dai privati in questo settore che eviterei un soverchio ricorso alla locuzione

58 — Per ottenere la clemenza. Ovviamente, non si tratta di coercizione, poiché gli operatori che richiedono il trattamento favorevole preferiscono produrre volontariamente le dichiarazioni ufficiali e i documenti preesistenti, come *quid pro quo* per ottenere il trattamento favorevole, piuttosto che essere obbligati per legge a trasmettere tali documenti. V., a contrario, sul diritto di non testimoniare contro se stessi e sul diritto ad un processo equo, sentenza della Corte eur. D.U. 17 dicembre 1996, Saunders/Regno Unito, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, pag. 2044, §§ 69, 71 e 76.

59 — L'«effetto dissuasivo» che la divulgazione, da parte di un'autorità garante della concorrenza ai potenziali promotori di un'azione di risarcimento, di informazioni trasmesse da un'impresa richiedente il trattamento favorevole può avere sul livello di cooperazione di quest'ultima non può essere ignorato, sebbene la comunicazione sulla clemenza preveda che l'impresa richiedente debba, tra l'altro, cooperare effettivamente, integralmente, su base continua e sollecitamente, dal momento in cui presenta la domanda e per tutto il corso del procedimento amministrativo. V. punto 12, lett. a), della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9). I programmi nazionali di clemenza molto probabilmente impongono condizioni simili. V. il punto 13 del programma modello di clemenza della REC (cit. alla nota 8).

60 — Ad un'autorità nazionale garante della concorrenza.

61 — Il settimo «considerando» del regolamento n. 1/2003 enuncia che «[I]e giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza [dell'Unione]. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto [dell'Unione] nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli [101 TFUE e 102 TFUE]». Secondo me, l'uso del termine «complementare» non denota necessariamente un ordine gerarchico. In ogni caso, il preambolo di un atto dell'Unione non ha efficacia vincolante. V. sentenza 2 aprile 2009, causa C-134/08, Tyson Parkethandel (Racc. pag. I-2875, punto 16 e giurisprudenza ivi citata).

«applicazione da parte dei privati» delle regole di concorrenza<sup>62</sup>.

41. Ritengo inoltre che la suddetta tensione sia più apparente che reale, in quanto non solo esiste un interesse pubblico all'applicazione di programmi di clemenza efficaci, al fine di individuare e sanzionare i cartelli segreti, ma poi tali programmi recano vantaggi pure ai privati lesi dai cartelli<sup>63</sup>. In primo luogo, in mancanza di programmi di clemenza

efficaci, molti cartelli potrebbero rimanere segreti e, di conseguenza, i loro effetti negativi sulla concorrenza in generale, e sui soggetti privati in particolare, potrebbero sfuggire a qualunque controllo. In secondo luogo, l'individuazione dei cartelli e l'apertura di un'indagine al riguardo da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, sulla base di una domanda di trattamento favorevole, potrebbe portare all'adozione di decisioni che, tra le altre misure, ordinino la cessazione dell'infrazione e l'imposizione di ammende conformemente alla normativa nazionale<sup>64</sup>. Tali decisioni possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli che intendano promuovere un'azione civile di risarcimento. Infatti, benché il regolamento n. 1/2003 non indichi quale peso debba essere dato alle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza<sup>65</sup> nelle pronunce dei giudici nazionali di cui all'art. 16, n. 1, del medesimo regolamento<sup>66</sup>, sono dell'opinione che dette decisioni debbano essere considerate dai giudici nazionali almeno come documenti probatori<sup>67</sup>. In ogni caso, anche negli ordinamenti in cui una parte in un procedimento civile non abbia alcuna possibilità di utilizzare come prova, dinanzi ai giudici nazionali, una decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza divenuta definitiva, e debba

64 — V. art. 5 del regolamento n. 1/2003.

65 — V. punto 2.3 del Libro Bianco (cit. alla nota 53).

62 — Nel Libro Bianco del 2008 la Commissione osserva che, «[n]onostante l'esigenza di adottare un efficace quadro giuridico, tale da rendere il diritto al risarcimento del danno una possibilità concreta, e malgrado le recenti indicazioni di miglioramento in questo senso in alcuni Stati membri, attualmente, in pratica, le vittime di violazioni delle norme antitrust [dell'Unione] ottengono solo sporadicamente il risarcimento del danno subito». V. punto 1.1 (cit. alla nota 53).

63 — V. il punto 6 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9), secondo il quale «[i] potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione ai sensi della presente comunicazione se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile. Un tale inauspicabile effetto danneggerebbe gravemente il pubblico interesse ad assicurare l'effettiva applicazione dell'articolo [101 TFUE] da parte dell'autorità pubblica nei casi di cartelli e, quindi, la sua effettiva applicazione, conseguente o parallela, in sede privata» (il corsivo è mio) (cit. supra alla nota 41).

66 — Ai termini dell'art. 16, n. 1, del regolamento n. 1/2003, «[q]uando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi [degli artt. 101 TFUE o 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione (...)». Nel Libro Bianco la Commissione ha proposto che i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli artt. 101 TFUE o 102 TFUE sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente alla REC abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possano prendere decisioni in contrasto con una tale decisione o sentenza.

67 — Il giudice del rinvio ha indicato che, conformemente al diritto tedesco, i fatti accertati nelle decisioni sanzionatorie che sono divenute definitive hanno carattere vincolante nell'ambito delle azioni civili, cosicché non è necessario provare ex novo l'infrazione.

dimostrare completamente l'esistenza di una violazione dell'art. 101 TFUE, ritengo che una tale decisione costituisca un buon punto di partenza per costruire un'azione, non da ultimo perché decisioni siffatte generalmente illustrano nei dettagli i lavori del cartello di cui si tratta e la natura della violazione dell'art. 101 TFUE.

42. Sono pertanto dell'avviso che, al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, sia necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza predisposti dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, senza peraltro limitare indebitamente il diritto di accesso alle informazioni e, da ultimo, il diritto ad un ricorso effettivo di una parte in un procedimento civile.

43. Per quanto riguarda la causa principale, nell'ordinanza di rinvio il giudice a quo non ha precisato la natura delle informazioni e dei documenti presentati dal soggetto richiedente il trattamento favorevole. Tuttavia, dato che il giudice nazionale ha dichiarato che il programma di clemenza del Bundeskartellamt è basato sul programma modello di clemenza della REC, propongo di esaminare

in tale contesto la possibilità di accedere alle dichiarazioni di autoincriminazione o ufficiali<sup>68</sup> rese volontariamente dai richiedenti e ai documenti preesistenti da loro prodotti.

44. A mio giudizio, la divulgazione, ad una parte in un procedimento civile, del contenuto di dichiarazioni di autoincriminazione<sup>69</sup>, rese volontariamente da un richiedente il trattamento favorevole<sup>70</sup> nell'ambito e ai fini di una procedura di clemenza, con le quali il richiedente effettivamente ammette e descrive, dinanzi ad un'autorità nazionale garante 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<sup>71</sup>. Ciò, a sua volta, potrebbe pregiudicare l'effettiva

68 — Dal fascicolo a disposizione della Corte non è pacifico se i richiedenti abbiano reso oralmente le proprie dichiarazioni ufficiali. Siccome ritengo che tali dichiarazioni non debbano essere divulgate, è irrilevante che esse siano state rese in forma orale oppure scritta.

69 — Le cosiddette «dichiarazioni ufficiali».

70 — Che equivalgono, de facto, ad una confessione o ad un'ammissione di colpevolezza.

71 — Dato che le dichiarazioni in questione riguardano, in particolare, la partecipazione al cartello del richiedente la clemenza, quest'ultimo potrebbe ritrovarsi in una posizione di svantaggio, nell'ambito di un'azione di risarcimento, rispetto ai membri del cartello che hanno deciso di non collaborare. Al punto 2.9 del Libro Bianco, dal titolo «Interazione tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno», la Commissione considera perciò importante garantire, per l'applicazione delle norme sia da parte delle autorità pubbliche sia su iniziativa dei privati, che i programmi di clemenza risultino attrattivi. Pertanto, nelle azioni di risarcimento del danno intraprese da privati deve essere garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni ufficiali rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, onde evitare di mettere queste imprese in una posizione di svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione. Tale tutela si applicherà quando la divulgazione viene ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità per la concorrenza (cit. alla nota 53).

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. Di conseguenza, benché il diniego di tale accesso possa ostacolare o, in certa misura, pregiudicare, il diritto fondamentale a un ricorso effettivo di una parte asseritamente lesa, ritengo 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.

45. Sembrerebbe inoltre, salvo verifica da parte del giudice nazionale<sup>72</sup>, che i richiedenti il trattamento favorevole nutrano la legittima aspettativa che, in base alla prassi del Bundeskartellamt in materia, le dichiarazioni volontarie di autoincriminazione non siano divulgate. A mio giudizio, sebbene il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo debba essere il più possibile rispettato, prevale la legittima aspettativa del richiedente il trattamento favorevole a che tali dichiarazioni non siano divulgate.

72 — Conformemente, in particolare, al punto 22 del programma di clemenza del Bundeskartellamt (cit. alla nota 6).

46. Ritengo pertanto che, in linea di principio<sup>73</sup>, l'accesso alle dichiarazioni autoincriminanti rese volontariamente da un soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole non debba essere accordato.

47. Escluse, tuttavia, dette dichiarazioni autoincriminanti, i soggetti asseritamente lesi, come la Pfeleiderer, dovrebbero avere accesso a tutti i documenti preesistenti presentati da un'impresa richiedente il trattamento favorevole nell'ambito di una procedura di clemenza<sup>74</sup> che possano aiutarli a provare, nell'ambito di un'azione civile di risarcimento, l'esistenza di una violazione dell'art. 101 TFUE<sup>75</sup>, il danno da loro subito e il nesso causale tra il danno e la violazione<sup>76</sup>. Infatti, detti documenti non sono un prodotto della procedura di clemenza, bensì esistono, contrariamente alle dichiarazioni ufficiali

73 — Può essere necessario prevedere deroghe a tale regola in circostanze specifiche, ad esempio, ove lo stesso richiedente renda noti ai terzi i contenuti della propria dichiarazione ufficiale. V., inter alia, il punto 33 della comunicazione sulla clemenza (cit. alla nota 9).

74 — Diversi dai segreti aziendali e da altre informazioni riservate come i documenti interni.

75 — Negli ordinamenti come quello della Repubblica federale di Germania, in cui i privati possono, nell'ambito delle azioni di risarcimento, invocare la decisione definitiva dell'autorità nazionale garante della concorrenza o di una corte d'appello per dimostrare una violazione dell'art. 101 TFUE, ritengo che l'accesso alle prove o ai documenti forniti nel corso della procedura di clemenza dal richiedente il trattamento favorevole non debba essere accordato, in quanto dette informazioni non sono necessarie per far valere il diritto a un ricorso effettivo e ad un equo processo.

76 — Secondo me, l'autorità nazionale garante della concorrenza dovrebbe cercare di ottenere assicurazioni giuridicamente vincolanti che le informazioni saranno utilizzate solo ai fini del procedimento in questione.

di autoincriminazione, indipendentemente da detta procedura e possono, almeno in teoria, essere divulgati in altra sede. Non vedo alcun motivo imperativo per il quale l'accesso a tali documenti, che sono specificamente destinati e idonei ad essere utilizzati nelle azioni

di risarcimento danni, debba essere rifiutato. Sarebbe contrario al diritto fondamentale a un ricorso effettivo se un'autorità nazionale garante della concorrenza negasse l'accesso a tali documenti in circostanze come quelle della causa principale.

## VI — Conclusione

48. Alla luce delle precedenti considerazioni, propongo alla Corte di risolvere la questione deferita dall'Amtsgericht Bonn nel seguente modo:

«Ove un'autorità nazionale garante della concorrenza gestisca un programma di clemenza al fine di garantire l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE, le parti lese da un cartello non possono, allo scopo di promuovere un'azione civile di risarcimento, avere accesso alle dichiarazioni autoincriminanti volontariamente rese dai richiedenti il trattamento favorevole, con le quali questi ultimi effettivamente ammettono e descrivono dinanzi all'autorità competente la loro partecipazione ad una violazione dell'art. 101 TFUE, in quanto ciò potrebbe ridurre sensibilmente l'appetibilità e quindi l'efficacia del programma di clemenza dell'autorità interessata e, infine, pregiudicare l'applicazione effettiva da parte sua dell'art. 101 TFUE. Anche se il diniego di tale accesso può ostacolare o, in certa misura, pregiudicare il diritto di una parte asseritamente lesa a un ricorso effettivo e ad un equo processo, quale garantito dall'art. 47, in

combinato disposto con l'art. 51, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'interferenza con tale diritto è giustificata dall'obiettivo legittimo di assicurare l'applicazione effettiva dell'art. 101 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza nonché dall'interesse dei privati a scoprire e a sanzionare i cartelli.

Sarebbe contrario ai diritti fondamentali a un ricorso effettivo e ad un equo processo, garantiti dall'art. 47, in combinato disposto con l'art. 51, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, se le autorità nazionali garanti della concorrenza negassero l'accesso a documenti preesistenti, presentati da un soggetto che abbia chiesto di beneficiare del trattamento favorevole nell'ambito di una procedura di clemenza, i quali possano aiutare le parti asseritamente danneggiate da un cartello a dimostrare, ai fini di un'azione privata di risarcimento, l'esistenza di una violazione dell'art. 101 TFUE, il danno da loro subito e il nesso causale tra il danno e la violazione».