DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani
studio legale

**L'AGCM ha siglato un
Protocollo d'intesa con
le Procure della
Repubblica di Roma e
di Milano.
Le collaborazioni
rafforzate con altre
Amministrazioni e
istituzioni.
La prospettiva dei
programmi di clemenza.**

Roberto A. Jacchia

Davide Scavuzzo

Nel gennaio 2018, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha stipulato con le Procure della Repubblica presso il Tribunale di Roma¹ e presso il Tribunale di Milano² un Protocollo d'intesa volto a massimizzare l'efficacia delle misure di prevenzione e contrasto della corruzione nella Pubblica Amministrazione, ed al fine di tutelare il buon funzionamento del mercato.

La conclusione di tali intese rientra nell'ambito dei rapporti istituzionali intrattenuti dall'AGCM con altri organismi di controllo e di regolazione nazionali, come l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA)³, la Guardia di Finanza⁴, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)⁵ e la Banca d'Italia⁶. L'obiettivo di questi rapporti è quello di rendere più efficaci le rispettive azioni, attraverso una collaborazione rafforzata, in modo da mantenere adeguati livelli di concorrenza nel mercato e di contrastare le pratiche commerciali scorrette.

Con il nuovo Protocollo d'intesa del 2018, l'AGCM e le Procure della Repubblica di Roma e di Milano elevano il livello degli scambi di informazioni attinenti alle indagini e ai procedimenti di rispettiva competenza⁷.

Con riferimento ai procedimenti istruttori di competenza dell'AGCM⁸, in situazioni che possono coinvolgere reati che interessano il corretto funzionamento del mercato, ad esempio, in materia di gare e contratti pubblici⁹,

¹ Protocollo d'intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Procura della Repubblica di Roma del 10.01.2018, disponibile al seguente [LINK](#).

² Protocollo d'intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Procura della Repubblica di Milano dell'11.01.2018, disponibile al seguente [LINK](#).

³ Protocollo d'intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Agenzia Italiana del Farmaco del 19.01.2017, disponibile al seguente [LINK](#).

⁴ Protocollo d'intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Guardia di Finanza del 19.02.2015, disponibile al seguente [LINK](#).

⁵ Protocollo di intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità Nazionale Anticorruzione del 11.12.2014, disponibile al seguente [LINK](#).

⁶ Protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario del 14.10.2014, disponibile al seguente [LINK](#); Protocollo d'intesa per il coordinamento tra Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e AGCM ai fini dell'applicazione dell'art. 36 del D.L. "Salva Italia" (cd. "divieto di *interlocking*") del 14.06.2012, disponibile al seguente [LINK](#); Protocollo d'intesa Banca d'Italia Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 02.04.2007, disponibile al seguente [LINK](#).

⁷ Si vedano: l'articolo 15, comma 1, della Legge 7 agosto 1990 no. 241, e successive modifiche e integrazioni, in base al quale le pubbliche amministrazioni possono concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune; la Legge del 10 ottobre 1990, no. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", che ha istituito l'AGCM quale Autorità preposta alla tutela della concorrenza e del mercato; l'articolo 21-bis della Legge no. 287/90, introdotto dall'art. 35 del Decreto Legge no. 201 del 2011, convertito con Legge no. 214 del 2011, che riconosce all'AGCM la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato stesso; il Decreto Legislativo del 6 settembre 2005, no. 206, recante il "Codice del consumo", e successive modifiche e integrazioni, in base al quale l'AGCM è individuata quale autorità preposta alla tutela dei consumatori.

⁸ Procedimenti di cui agli articoli 14 e 21-bis della Legge del 10 ottobre 1990, no. 287, e agli artt. 27 e 66 del D.Lgs. del 6 settembre 2005, no. 206 ("Codice del Consumo").

⁹ Si vedano gli articoli 353, 353-bis e 354 del Codice Penale.

ed in circostanze che incidono in misura rilevante sugli interessi economici dei consumatori¹⁰, la Procura può inviare all'Autorità copia delle richieste di applicazione di misure cautelari o di rinvio a giudizio, corredate dai relativi provvedimenti e dagli atti investigativi che le hanno supportate.

Specularmente, il Protocollo prevede che la Procura possa richiedere all'AGCM informazioni o documenti sulle attività espletate o i provvedimenti resi da questa in relazione al caso oggetto di indagine. In tal caso, l'AGCM trasmette senza indugio le informazioni ovvero la documentazione richiesta. Le richieste della Procura possono includere anche la fase preistruttoria dinanzi all'AGCM. Qualora una richiesta riguardi la documentazione relativa ad una domanda di clemenza depositata da un'impresa, l'AGCM e la Procura si dovranno coordinare in modo da salvaguardare l'efficacia delle rispettive azioni.

Sempre secondo il Protocollo, nei casi in cui, a seguito della sua attività ispettiva o istruttoria in materia di tutela della concorrenza o di tutela del consumatore, emergano condotte aventi verosimile rilievo penale, l'AGCM trasmetterà tempestivamente alla Procura le informazioni e i documenti relativi. Se nell'ambito della propria attività di vigilanza in materia di concorrenza, l'Autorità ricevesse delle domande di clemenza da cui emergono condotte relative a reati contro la Pubblica Amministrazione, dovrà informarne immediatamente la Procura e coordinarsi con essa al fine di salvaguardare l'efficacia del programma di clemenza e la speditezza delle indagini penali, nonché per consentire all'Autorità giudiziaria di disporre di ogni elemento utile per valutare le condotte successive al fatto, poste in essere dalle imprese e dai singoli individui.

In precedenza, l'AGCM ha stipulato un Protocollo d'intesa con l'AIFA¹¹ che, oltre a prevedere una maggiore collaborazione per la tutela della concorrenza e dei consumatori, mira a garantire obiettivi di sistema, come l'accesso ai farmaci e l'equilibrio economico nel rispetto dei tetti di spesa. Oggetto della cooperazione con l'AIFA è la condivisione dei dati farmaceutici e, in particolare, la segnalazione reciproca dei casi in cui, nel corso dei procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione di disposizioni alla cui applicazione è preposta l'altra istituzione. Ad esempio, nell'ambito delle attività di negoziazione dei prezzi dei farmaci che l'AIFA svolge con le imprese farmaceutiche, il Protocollo permette di contrastare più efficacemente le condotte di cartello e di offrire un ulteriore livello di garanzia della concorrenza, nell'interesse dei cittadini, del Servizio Sanitario Nazionale e del mercato. Inoltre, per quanto riguarda le attività di competenza dell'AGCM, la vigilanza e l'intervento tempestivo sulle pratiche di vendita a distanza illegale e/o di contraffazione di prodotti farmaceutici garantisce ai pazienti l'accesso a medicinali sicuri, efficaci e di qualità. Con il Protocollo, l'AIFA e l'AGCM possono elaborare congiuntamente segnalazioni al Parlamento e al Governo ed interventi istituzionali su materie di interesse comune che consentano di utilizzare al meglio le reciproche competenze.

¹⁰ Si veda, ad esempio, l'articolo 640 del Codice Penale.

¹¹ Si veda nota 3.

Il Protocollo d'intesa concluso dall'AGCM con la Guardia di Finanza¹² ha invece instaurato una collaborazione continuativa per l'accertamento delle violazioni della disciplina europea e nazionale a tutela della concorrenza, attraverso lo scambio di dati, notizie ed informazioni utili per le attività di rispettiva competenza. Le aree di intervento oggetto della cooperazione includono sia l'attività preistruttoria, in cui l'AGCM può richiedere la collaborazione della Guardia di Finanza in merito agli accertamenti preliminari, volti a valutare l'esistenza dei presupposti per l'avvio dei procedimenti istruttori, sia l'attività istruttoria vera e propria, relativamente alle attività di accertamento svolte nell'ambito delle istruttorie avviate. Ulteriori aree di intervento riguardano l'attività di accertamento dell'ottemperanza da parte delle imprese di tutti i provvedimenti dell'AGCM, le indagini conoscitive di carattere generale, di cui all'art. 12, comma 2, della legge 287/90¹³, e le attività di segnalazione su presunte violazioni alle norme sottoposte alla vigilanza dell'AGCM, acquisite dalla Guardia di Finanza.

Anche nell'ambito della collaborazione dell'AGCM con la Banca d'Italia, il Protocollo d'intesa prevede reciproche segnalazioni dei casi in cui emergono possibili violazioni da parte degli operatori delle norme alla cui applicazione è preposta la Banca d'Italia ed eventuali pratiche commerciali scorrette nei settori creditizio e finanziario¹⁴. In particolare, è previsto uno scambio reciproco di documenti ed informazioni sui procedimenti avviati da ciascuna istituzione nell'esercizio dei rispettivi poteri. Il Protocollo concluso con riferimento al cosiddetto D.L. "Salva Italia"¹⁵ in materia di divieto di *interlocking* (ossia la presenza di soggetti in più organi gestionali di società diverse), prevede anche una stretta collaborazione tra tutte le Autorità di vigilanza di settore (Banca d'Italia, CONSOB e ISVAP), consistente nello scambio periodico di dati, di informazioni e di documenti rilevanti per le rispettive attività di approfondimento e verifica pre-procedimentale. Inoltre, esse possono consultare l'AGCM qualora, durante l'attività pre-procedimentale, si renda necessaria una valutazione dei

¹² Si veda nota 4.

¹³ Legge del 10 ottobre 1990, no. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

¹⁴ Protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario del 14.10.2014, disponibile al seguente [LINK](#)

¹⁵ Decreto Legge del 6 dicembre 2011, no. 201, convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, no. 214. Si veda in particolare l'articolo 36 e, specificamente, il comma 1, ai sensi del quale è vietato ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti; il comma 2, ai sensi del quale, ai fini del divieto previsto al comma 1, si intendono concorrenti le imprese o i gruppi di imprese tra i quali non vi sono rapporti di controllo ai sensi dell'articolo 7 della Legge 10 ottobre 1990, no. 287 e che operano nei medesimi mercati del prodotto e geografici; il comma 2-*bis*, ai sensi del quale nell'ipotesi di cui al comma 1, i titolari di cariche incompatibili possono optare nel termine di 90 giorni dalla nomina. Decorso inutilmente tale termine, decadono da entrambe le cariche e la decadenza è dichiarata dagli organi competenti degli organismi interessati nei trenta giorni successivi alla scadenza del termine o alla conoscenza dell'inosservanza del divieto. In caso di inerzia, la decadenza è dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente; il comma 2-*ter*, ai sensi del quale in sede di prima applicazione, il termine per esercitare l'opzione di cui al comma 2-*bis*, primo periodo, è di 120 giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

mercati del prodotto o geografici ovvero la sussistenza di situazioni di controllo ai sensi della disciplina *antitrust*.

In materia di gare ed appalti pubblici, nel 2014 è stata instaurata una collaborazione con l'ANAC¹⁶ che riguarda, tra l'altro, la segnalazione da parte dell'AGCM di presunti fenomeni di alterazione delle procedure di gara emergenti dai procedimenti istruttori avviati dall'AGCM, riguardanti forme di collusione tra imprese per la partecipazione ad appalti pubblici od altrimenti nel corso delle attività istituzionali. Analogamente, l'ANAC segnala all'AGCM presunti fenomeni collusivi di cui viene a conoscenza nel corso dello svolgimento della propria attività o in seguito a specifiche segnalazioni di imprese o stazioni appaltanti. Inoltre, il Protocollo consente all'AGCM di accedere alle informazioni contenute nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, al fine di acquisire le informazioni necessarie nella fase precedente l'avvio di un procedimento istruttorio e nel corso dello svolgimento del procedimento istruttorio stesso, relativamente a specifici mercati rilevanti già individuati. L'accesso è garantito altresì per sperimentare modelli di test diagnostici al fine di evidenziare i casi di sospetta collusione¹⁷.

Il Protocollo d'intesa con le Procure della Repubblica di Roma e di Milano include lo scambio di informazioni relative ai programmi di clemenza, con particolare riferimento alle indagini sui reati in materia di gare e contratti pubblici.

I programmi di clemenza, previsti dall'articolo 15, comma 2-*bis* della Legge no. 287/90¹⁸, sono strumenti "premiali" per le imprese che denunciano i cartelli ai quali partecipano. I cartelli infatti consistono spesso in accordi segreti tra imprese, di difficile individuazione. La previsione di un programma di clemenza consente all'AGCM di valorizzare il contributo delle imprese che denunciano

¹⁶ Si veda nota 5.

¹⁷ In materia di contratti pubblici, l'AGCM aveva già stipulato un Protocollo d'intesa con l'AVCP, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nel 2012. L'AVCP, soppressa con D.L. no. 90/2014, convertito in Legge no. 114/2014, e sostituita dall'ANAC, aveva il compito di (a) vigilare sul rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti; (b) sul rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara, anche al fine di garantire la qualità delle prestazioni; e (c) di verificare la regolarità delle procedure di affidamento e l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici (si veda il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, no. 163 e ss.mm. ed in particolare l'art. 6, comma 5 e comma 7). Ai sensi del Protocollo, l'AVCP doveva segnalare all'AGCM gli atti rilevanti ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici comportanti una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato (si veda l'articolo 21-*bis* della Legge no. 287/90). La cooperazione prevedeva, tra le varie attività, l'approfondimento di questioni di interesse comune al fine di proporre e/o segnalare agli organismi competenti interventi nei settori di interesse, la condivisione di dati ed informazioni per effettuare azioni di rilevazione e monitoraggio sul mercato e sulle imprese e la predisposizione di segnalazioni congiunte al Parlamento ed al Governo in ordine agli interventi normativi ritenuti utili per stimolare lo sviluppo e la crescita per l'economia e agevolare forme di collaborazione nella gestione amministrativa dell'attività istituzionale con il fine di ridurre gli oneri amministrativi ed accrescere l'efficienza complessiva dell'azione amministrativa.

¹⁸ Articolo 15, comma 2-*bis*, Legge no. 287/90: "... L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario...".

l'intesa, non imponendo loro la sanzione o riducendola, in base alla tempestività e alla qualità delle informazioni fornite ed incentivandole così a denunciare i cartelli. L'AGCM, infatti, "premia" con la non imposizione della sanzione l'impresa che, per prima, presenta spontaneamente informazioni o prove documentali sull'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale. Si deve però trattare di informazioni e prove decisive per l'accertamento dell'infrazione, o che comunque permettano all'AGCM di svolgere un'ispezione mirata per acquisire le prove stesse. La denuncia deve essere tempestiva, in quanto non è prevista l'immunità dalle sanzioni se l'AGCM dispone già di elementi e documenti sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione. L'AGCM valorizza anche la collaborazione delle imprese che non siano le prime a denunciare il cartello, creando una "graduatoria" dello sconto della sanzione correlato al momento di presentazione della domanda di clemenza¹⁹.

Il sistema dei programmi di clemenza potrebbe presentare discrasie con gli scambi di informazioni previsti dal Protocollo del 2018, in quanto l'autodenuncia effettuata da un'impresa all'AGCM potrebbe comportare il rischio di un'autoincriminazione in sede penale.

La disciplina italiana in materia di programmi di clemenza è sostanzialmente conforme a quella europea. Va tuttavia sottolineato un aspetto di rilievo, contenuto nella proposta di Direttiva del 2017 che conferisce alle Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati Membri poteri più efficaci per il corretto funzionamento del mercato interno²⁰, riguardante le sanzioni nei confronti dei dipendenti ed ex dipendenti delle imprese che presentano una domanda di trattamento favorevole. Infatti, uno dei principali ostacoli alla più ampia diffusione dei programmi di clemenza è costituito dalle conseguenze che i soggetti che operano all'interno delle imprese potrebbero subire a motivo dell'autodenuncia, di natura monetaria, interdittiva o penale. Al riguardo, l'articolo 22 della proposta di Direttiva prevede che "*... [g]li Stati membri provvedono affinché gli attuali ed ex dipendenti e dirigenti dei richiedenti che presentano richiesta di immunità dalle ammende alle autorità garanti della concorrenza siano protetti da eventuali sanzioni penali e amministrative e dalle sanzioni imposte nell'ambito di un procedimento giudiziario non penale per la loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda, se i dipendenti e dirigenti in questione collaborano attivamente con le autorità garanti della concorrenza interessate e la richiesta di immunità precede l'inizio del procedimento penale...*".

Le norme contenute nella proposta di Direttiva potrebbero avere un impatto significativo sul ricorso ai programmi di clemenza. Con particolare riferimento agli appalti pubblici, nonostante la presenza di varie Relazioni annuali dell'AGCM e dell'ANAC che hanno segnalato la frequenza di accordi collusivi

¹⁹ Si veda la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della Legge 10 ottobre 1990 no. 287, disponibile al seguente [LINK](#).

²⁰ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, Bruxelles, 22.03.2017 COM(2017), 142 final 2017/0063 (COD), disponibile al seguente [LINK](#).

che alterano gli esiti delle gare²¹, non vi sono casi di domande di clemenza in tale settore. Gli articoli 353, 353-bis e 354 del Codice Penale puniscono chiunque “... turbi la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche Amministrazioni...”, o “... turbi il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione...”, con pene pecuniarie e restrittive della libertà personale. Di conseguenza, qualora un dipendente o un ex dipendente di un’impresa si attivasse per denunciare un cartello in vista dell’utilizzo dello strumento della clemenza, l’impresa potrebbe risultare immune dalla sanzione *antitrust*, mentre il denunciante rischierebbe di subire una condanna penale²². La proposta di Direttiva, se attuata, dovrebbe quindi risolvere questa “contraddizione”.

La proposta di Direttiva prevede inoltre che, “... indipendentemente dalla forma in cui sono presentate le dichiarazioni ai fini del trattamento favorevole, le informazioni in esse contenute che sono state acquisite accedendo al fascicolo dovrebbero essere usate solo se ciò è necessario per l’esercizio dei diritti di difesa nei procedimenti dinanzi ai giudici degli Stati membri in alcuni casi molto limitati che sono direttamente collegati al caso in cui è stato concesso l’accesso. Ciò non dovrebbe impedire alle autorità garanti della concorrenza di pubblicare le loro decisioni conformemente al diritto dell’Unione o nazionale applicabile...”²³.

Il rischio che il materiale autoincriminante venga divulgato al di fuori dell’ambito dell’indagine *antitrust* per la quale era stato fornito può infatti indebolire l’incentivo per i potenziali richiedenti a collaborare con l’AGCM. Tale aspetto riveste anche notevole rilevanza nell’ambito delle azioni di risarcimento del danno *antitrust* di cui alla Direttiva 2014/104/UE²⁴, trasposta nell’ordinamento nazionale con Decreto Legislativo no. 3/2017²⁵. L’articolo 4, comma 5, del D. Lgs. no. 3/2017 prevede infatti che “... [i]l giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un

²¹ Si vedano, ad esempio, AGCM, Relazione sull’attività svolta nel 2015, del 15.06.2016, p. 24 ss.; ANAC, Relazione annuale 2016, del 06.07.2017, p. 56 ss.

²² L’AGCM aveva inviato una segnalazione al Parlamento e al Governo nell’ottobre 2012 in cui, per migliorare l’efficacia del programma di clemenza, proponeva, tra l’altro, l’immunità penale per le persone fisiche appartenenti all’impresa che collabora. Si veda AS988, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, del 02.10.2012, disponibile al seguente [LINK](#).

²³ Considerando 45 della proposta di Direttiva; si veda inoltre l’articolo 29 della proposta di Direttiva.

²⁴ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, GUUE L 349 del 05.12.2014. Si veda in particolare l’articolo 6, paragrafo 6, ai sensi del quale “... Gli Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non possano in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie:

a) dichiarazioni legate a un programma di clemenza; e
b) proposte di transazione...”.

²⁵ Decreto Legislativo del 19 gennaio 2017, no. 3 - Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, GU Serie Generale no.15 del 19.01.2017.

programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate. In ogni caso l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p). Gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti. In nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando il giudice accerta che il contenuto delle prove non corrisponde alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p), ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6..."²⁶.

La collaborazione rafforzata instaurata tra l'AGCM e le Procure della Repubblica di Roma e Milano potrebbe, dunque, anche in considerazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel nostro ordinamento, produrre effetti in via di fatto dissuasivi rispetto all'obiettivo di politica di concorrenza dell'incoraggiamento ad un sempre maggiore ricorso ai programmi di clemenza nell'azione di contrasto dei cartelli. Una volta adottata la proposta di Direttiva del 2017 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, la sua trasposizione nell'ordinamento nazionale potrebbe fornire un'opportunità di prendersi cura anche di queste problematiche.

²⁶ Il testo della proposta di Direttiva si conforma alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che aveva in un primo momento sottolineato come il diritto di un terzo di accedere ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza dovesse essere determinato dal giudice nazionale con un'analisi caso per caso, bilanciando, da un lato, l'interesse dei danneggiati ad ottenere un effettivo risarcimento e, dall'altro, l'esigenza di preservare l'efficienza dei programmi di clemenza (CGUE 14.06.2011, Causa C-360/09, *Pfleiderer*). Per poi aggiungere che, data l'importanza delle azioni di risarcimento del danno promosse dinanzi ai giudici nazionali, la semplice allegazione del rischio che l'accesso agli elementi di prova pregiudichi l'efficacia di un programma di clemenza non può essere sufficiente a giustificare il diniego di accesso a tali elementi. Un eventuale rifiuto deve infatti essere fondato su ragioni imperative attinenti alla protezione dell'interesse pubblico riguardante l'efficacia dei programmi nazionali di clemenza e, pertanto, l'accesso al fascicolo istruttorio da parte dei terzi non può essere sottoposto all'unanime consenso delle parti del procedimento (CGUE 06.06.2013, Causa C-536/11, *Donau Chemie e a.*, punti da 46 a 49). Infine, in una recente sentenza (CGUE 14.03.2017, Causa C-162/15 P, *Evonik Degussa v Commissione*), la Corte ha affermato che la pubblicazione di una versione non confidenziale di una decisione della Commissione, qualora contenga informazioni relative agli elementi costitutivi dell'infrazione fornite nell'ambito di un programma di clemenza e che non beneficiano di una tutela dalla pubblicazione, non può essere vietata; non è, peraltro, ammessa neppure l'invocazione dell'articolo 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), relativi al diritto al rispetto della vita privata e familiare, per impedire la pubblicazione di versioni non confidenziali delle decisioni della Commissione.