

Documentazione



APPLICAZIONE PUBBLICA E PRIVATA DEL DIRITTO ANTITRUST DELL'UE

SEMINARIO PER LA MAGISTRATURA ITALIANA



221DV140f

Napoli, 11-12 novembre 2021



Finanziato dall'Unione Europea,
Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - SI2.778715

Il presente documento è stato preparato per la Commissione Europea. Riflette tuttavia soltanto i punti di vista degli autori e la Commissione non potrà essere ritenuta responsabile dell'eventuale uso delle informazioni rese disponibili all'interno del documento.

APPLICAZIONE PUBBLICA E PRIVATA DEL DIRITTO ANTITRUST DELL'UE

SEMINARIO PER LA MAGISTRATURA ITALIANA

Napoli, 11-12 novembre 2021

Contributi dei relatori

- Fabio Filpo	
	<ul style="list-style-type: none">• PPT La recente giurisprudenza della CGUE sull'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE
- Mariateresa Maggiolino	
	<ul style="list-style-type: none">• PPT Applicare il diritto della concorrenza dell'UE nei mercati digitali; Diritto della concorrenza, blockchain e contratti intelligenti
- Sara Lembo	
	<ul style="list-style-type: none">• Laboratorio pratico• Formazione pratica sulle banche dati online
- Domenico Gullo	
	<ul style="list-style-type: none">• PPT Quadro UE<ul style="list-style-type: none">- La giurisprudenza della CGUE sul diritto di chiedere il risarcimento dei danni per le violazioni delle norme antitrust- Direttiva sui danni• PPT Legislazione nazionale: divulgazione delle prove ed effetto delle decisioni in materia di infrazione nazionali• PPT Legislazione nazionale: termini di prescrizione e responsabilità solidale
- Paolo Cassinis	
	<ul style="list-style-type: none">• PPT Legislazione nazionale: quantificazione del danno e trasferimento di sovrapprezzi• Laboratorio pratico
- Paolo Catalozzi	
	<ul style="list-style-type: none">• PPT Protezione delle informazioni riservate nelle <i>azioni di</i> applicazione a livello privatistico dinanzi ai tribunali nazionali: la comunicazione 2020 della Commissione

Applicazione pubblica del diritto antitrust dell'UE

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE sull'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE

ERA, Napoli, 11-12 novembre 2021

Fabio Filpo

Referendario, Corte di giustizia dell'UE
Gabinetto dell'avvocato generale Athanasios Rantos
(opinioni espresse a titolo personale)



Finanziato dall'Unione Europea - Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - SI2.778715

Il presente documento è stato preparato per la Commissione Europea. Riflette tuttavia soltanto i punti di vista degli autori e la Commissione non potrà essere ritenuta responsabile dell'eventuale uso delle informazioni rese disponibili all'interno del documento.

1

Sommario

Premessa

- ❑ Il giudice nazionale e il diritto della concorrenza: *public* e *private enforcement*

Le norme antitrust UE

- ❑ Panoramica degli artt. 101 e 102 TFUE
 - ✓ *L'art. 101 TFUE: la nullità automatica delle intese anticompetitive e le relative eccezioni*
 - ✓ *L'art. 102 TFUE: l'abuso di posizione dominante*
- ❑ Nozioni fondamentali (riepilogo)
 - ✓ *Presupposti per l'applicazione delle norme antitrust*
 - Nozioni di « impresa » (e « attività economica ») e di « mercato rilevante »
 - ✓ *Comportamenti vietati*
 - Intese anticompetitive (in particolare restrizioni per oggetto)
 - Abuso di posizione dominante

Case study

- ❑ Accordi di « pay for delay » tra produttori di farmaci brevettati e generici

2

Il giudice nazionale e il diritto della concorrenza

- ❑ Applicazione pubblica (*public enforcement*): decisione antitrust
 - ✓ *Ricorso* ⇒ giudice amministrativo (TAR/CdS)
 - Interessato vs. decisione negativa, controinteressato vs. decisione positiva
 - ✓ *Esame giudice amministrativo: illiceità condotta & conseguenze (sanzioni)*
- ❑ Applicazione privata (*private enforcement*): azione per danni
 - ✓ *Ricorso* ⇒ giudice civile (sezioni specializzate)
 - Concorrente/acquirente/fornitore vs. cartello imprese, impresa dominante, etc.
 - ✓ *Esame giudice civile: illiceità condotta (decisione antitrust o giudizio autonomo), conseguenze dannose & nesso di causalità*
- ❑ Integrazione public/private enforcement
 - ✓ *Finalità complementari* ⇒ deterrenza, compliance, risarcimento
 - Public enforcement (interesse pubblico) ⇒ facilita il private enforcement nelle cc.dd. follow-on actions (conclusioni e prova autorità)
 - Private enforcement (interessi privati) ⇒ complemento al public enforcement: rafforza la deterrenza e gli incentivi verso programmi di clemenza

3

Le norme antitrust UE

Trattato FUE

- ❑ Artt. 101 e 102 TFUE: norme sostanziali
 - ✓ *Altre disposizioni in materia di concorrenza: artt. 106 e 107-109 TFUE (imprese pubbliche, servizi pubblici, aiuti di Stato)*
- ❑ Art. 103 TFUE: base giuridica per norme regolamentari

Norme regolamentari

- ❑ Regolamento concentrazioni (139/2004)
- ❑ Regolamento di procedura (1/2003) & regolamento di applicazione (773/2004)
- ❑ Regolamenti di esenzione per categoria

Soft law

- ❑ Norme applicative (non-vincolanti) Commissione
 - ✓ https://ec.europa.eu/competition-policy/index_en
 - ✓ *Casistica Commissione: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=1*

Giurisprudenza Corte di giustizia UE

- ❑ Complemento indispensabile per l'interpretazione delle norme antitrust
 - ✓ https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/
 - ✓ Modulo di ricerca: <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

4

Le norme antitrust UE

Art. 101 TFUE

« 1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli **accordi** tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano **per oggetto o per effetto** di impedire, restringere o falsare il gioco della **concorrenza** all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono **nulli** di pieno diritto.

5

Le norme antitrust UE

... art. 101 TFUE (cont.)

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. »

6

Le norme antitrust UE

Art. 102 TFUE

« È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo **sfruttamento abusivo** da parte di una o più imprese di una **posizione dominante** sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. »

7

Presupposti: la nozione di « impresa »

« Impresa » ⇒ « attività economica »

- **Impresa**: qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento (nozione autonoma del diritto UE)
 - ✓ *Höfner e Elser, C-41/90 (1991) § 21*: « la nozione d'impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento »
- **Attività economica**: qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato
 - ✓ *FENIN, T-319/99 (2003), § 36*: « ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato »
- ☞ □ **Nozione oggettiva di impresa (approccio funzionale): impresa ⇒ attività economica ⇒ offerta beni e servizi**
- Nozione autonoma di diritto UE

8

Presupposti: la nozione di « impresa »

...impresa ⇒ attività economica (cont.)

- Rilevanza decisiva dell'attività svolta ⇒ un'impresa è tale nella misura in cui svolge un'attività economica
 - ✓ *Criterio della separazione: un'entità che svolge attività economiche e non economiche è considerata impresa solo per le prime*
- Irrilevanza di ogni altro elemento
 - ✓ *Stato giuridico dell'ente ai sensi del diritto nazionale (associazione, società sportiva, carattere religioso, etc.)*
 - ✓ *Carattere pubblico o privato dell'impresa (pubbliche amministrazioni incluse: lo Stato stesso o un'autorità pubblica possono agire come impresa)*
 - ✓ *Scopo di lucro o meno, prestazione in proprio (es. da parte di un'amministrazione pubblica)*
- Rilevanza del contesto
 - ✓ *Concorrenza (almeno potenziale): presenza di altre imprese in concorrenza o capaci di fornire lo stesso bene o servizio*
 - ✓ *Differenze tra Stati membri e nel corso del tempo*

9

Presupposti: la nozione di « impresa »

Attività (non?) « economiche »: situazioni particolari

- Esercizio di pubblici poteri
 - ✓ *Forze armate, controllo navigazione aerea e traffico marittimo, sorveglianza antinquinamento etc.*
 - *Attenzione alle attività economiche che possono essere dissociate dall'esercizio dei pubblici poteri (es. controllo traffico aereo vs. gestione altri servizi aeroportuali)*
- Sicurezza sociale e assistenza sanitaria [*sentenza Dôvera 2020 (C-262/18 P e C-271/18 P), §§ 26-50 (cfr. estratto)*]
 - ✓ *Regimi basati sul principio di solidarietà*
 - *Iscrizione obbligatoria, fine sociale, scopo non di lucro, autonomia delle prestazioni dai contributi versati, controllo pubblico sul regime*
 - ✓ *Regimi economici*
 - *Iscrizione facoltativa, principio di capitalizzazione, scopo di lucro, fornitura di prestazioni complementari*
 - ✓ *Valutazione caso per caso dell'importanza dei relativi elementi: es. applicazione al SSN italiano [sentenza Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo 2021 (T-223/18), §§ 151-189 (cfr. estratto) (appello in corso C-492/21 P)]*
- Istruzione, ricerca, cultura e conservazione del patrimonio
 - ✓ *Servizi d'istruzione: pubblici (tasse d'iscrizione coprono solo parzialmente i costi) ≠ finanziati dagli utenti o da introiti commerciali*
 - ✓ *Servizi culturali: accessibili gratuitamente (biglietto d'ingresso che copre parzialmente i costi) ≠ finanziati dagli utenti o da introiti commerciali*

10

Presupposti: la nozione di « impresa »

Gruppo di imprese

- ❑ Gruppo di imprese ⇒ unità economica ⇒ « impresa »
 - ✓ *Nozione di «impresa» intesa come designante un'unità economica, anche se costituita, dal punto di vista giuridico, da più persone fisiche o giuridiche*
 - ✓ *Un'entità economica siffatta risponde, in base al principio della responsabilità personale, della violazione delle norme in materia di concorrenza*
- ❑ Criterio: « influenza determinante » della società madre sul comportamento della sua controllata sul mercato
 - ✓ *Elementi rilevanti: vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono la controllata alla sua società madre (realtà economica)*
 - ✓ *L'effettivo esercizio di tale influenza determinante può essere dedotto da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di tali elementi, isolatamente considerato, sia sufficiente per dimostrare l'esistenza di una tale influenza*
- ❑ Presunzione relativa di influenza determinante
 - ✓ *Controllo 100% [sentenza Italmobiliare (2021), C-694/19 P, §§ 46-68 (cfr. estratto)]*
 - ✓ *Controllo diritti di voto [sentenza Goldman Sachs (2021), C-595/18 P, §§ 29-38 (cfr. estratto)]*

11

Presupposti: la definizione di « mercato rilevante »

Mercato del prodotto

- ❑ Definizione (**comunicazione COM mercato rilevante § 7**)
 - ✓ *Prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*
- ❑ Criterio della sostituibilità della domanda (e dell'offerta)
 - ✓ *Analisi qualitativa (preferenze consumatori) e quantitativa (test del monopolista ipotetico)*
 - ✓ *Altre caratteristiche: es. carattere temporale del mercato*

Mercato geografico

- ❑ Definizione (**comunicazione COM mercato rilevante § 8**)
 - ✓ *Area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*
- ❑ Criterio della sostituibilità geografica

Quote di mercato

- ❑ Volume e valore delle vendite
- ❑ Altri elementi: es. capacità, riserve

12

I comportamenti vietati: art. 101 TFUE

Principio di incompatibilità (par. 1)

- ❑ Accordi, decisione di associazioni di imprese e pratiche concordate
 - ✓ *Intese « orizzontali » e « verticali »*
- ❑ Nozione di « concorrenza » (attuale o potenziale)
 - ✓ *Nozione controversa: efficacia e/o benessere consumatori?*
 - Obiettivo integrazionista (protezione mercato interno da ingerenze Stati membri: ancora d'attualità? (es. gravità infrazione e restrizione per oggetto)
 - ✓ *Concorrenza « inter-marca » e « intra-marca »*
- ❑ Nozione di « restrizione » della concorrenza
 - ✓ *« Impedire, restringere o falsare »*
 - Impatto negativo sensibile sui parametri della concorrenza nel mercato, quali prezzo, produzione, qualità dei prodotti, varietà dei prodotti e innovazione
 - Riduzione della rivalità tra le parti dell'accordo o tra le parti e i terzi

13

I comportamenti vietati: art. 101 TFUE

...principio di incompatibilità (cont.)

- ❑ Restrizioni della concorrenza « per oggetto » o « per effetto »
 - ✓ *Restrizioni per oggetto [sentenze Budapest Bank 2020 (C-228/18), §§ 33-44 (cfr. estratto), e International Skating Union 2020 (T-93/18) (cfr. estratto) (appello in corso C-124/21 P)]*
 - Accordi con i quali i concorrenti sostituiscono scientemente una collaborazione reciproca ai rischi di mercato: necessario un « grado sufficiente di dannosità » per la concorrenza
 - Conseguenze sul piano probatorio ⇒ non necessario ricercare/dimostrare gli effetti sulla concorrenza: l'esperienza dimostra che tali comportamenti determinano effetti restrittivi
 - Interpretazione restrittiva: solo forme di collusione considerate, per la loro stessa natura, come dannose per il funzionamento della concorrenza
 - ✓ *Restrizioni per effetto*
 - Analisi degli effetti e, in particolare, dello scenario controfattuale
- ❑ Pregiudizio al commercio tra Stati membri

14

I comportamenti vietati: art. 101 TFUE

Nullità degli accordi anticompetitivi (par. 2)

- ❑ Nullità di pieno diritto (effetto diretto)
- ❑ Clausola di separabilità e conseguenze secondo il diritto nazionale

Esenzioni (par. 3) *(Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101(3) TFUE)*

- ❑ Criteri sostanziali
 - ✓ *Condizioni positive*
 - L'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico
 - Agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte dell'utile che ne deriva
 - ✓ *Condizioni negative*
 - Necessità: la restrizione deve essere indispensabile per raggiungere tali obiettivi
 - Proporzionalità: l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o dei servizi di cui trattasi
- ❑ Criteri procedurali
 - ✓ *Applicazione automatica: (nuovo) regime di esenzione legale post 2004*
 - ✓ *Onere della prova sulle imprese interessate*
 - Regolamenti di esenzione per categoria: inversione onere probatorio

15

I comportamenti vietati: art. 102 TFUE

La « posizione dominante »

- ❑ Elementi pertinenti
 - ✓ *Quota di mercato (volume e valore delle vendite) ed evoluzione nel tempo*
 - ✓ *Altri elementi: es. barriere all'ingresso o all'espansione, integrazione verticale*
- ❑ La posizione dominante « collettiva »

Abuso di posizione dominante

- ❑ Premessa
 - ✓ *Posizione dominante non illegittima in se stessa, ma « responsabilità particolare » dell'impresa dominante*
- ❑ Tipologia di abusi
 - ✓ *Abusi di sfruttamento o esclusione*
 - ✓ *Pratiche relative ai prezzi ed altre pratiche*

16



Case study

17

Case study

Accordi di « pay-for-delay »

- ❑ Background (concorrenza farmaci brevettati e generici)
 - ✓ *Produttori farmaci tradizionali*
 - Diritti di proprietà intellettuale : brevetto (principale) sulla molecola e brevetti (secondari) sul processo di fabbricazione
 - Dubbi (e controversie) sulla validità di tali brevetti (assenza di novità, attività inventiva o applicazione industriale)
 - ✓ *Produttori di farmaci generici*
 - Contestazione brevetto, ingresso sul mercato a rischio contraffazione, accordo?
 - ✓ *Situazione (oggettivamente) controversa*
 - (Esistenza o rischio di) litigi su validità brevetti e/o contraffazione
- ❑ Fattispecie controverse
 - ✓ *Accordi di composizione amichevole di tali litigi (o accordi per prevenirli)*
 - Produttore farmaco protetto ⇒ trasferimenti di valore: pagamenti (con riferimento ai profitti attesi ingresso sul mercato o vittoria contenzioso), diritti di distribuzione, etc.
 - Produttori farmaci generici ⇒ rinuncia/rinvio ingresso sul mercato, rinuncia contestazione brevetti, etc.

18

Giurisprudenza di riferimento

- ❑ Sentenza (Tribunale) Servier 2018 (T-691/19) e altre (primo grado)
 - ✓ *Appello (Corte) in corso (C-176/19 P e C-201/19 P e altre)*
- ❑ **Sentenza (Corte) Generics (UK) 2020 (C-307/18)** (rinvio pregiudiziale) (cfr. [estratto](#))
- ❑ **Sentenza (Corte) Lundbeck 2021 (C-591/16 P)** (appello) (cfr. [estratto](#))

Aspetti controversi

- ❑ Esistenza di « concorrenza potenziale »
- ❑ Definizione del mercato (del prodotto) rilevante
- ❑ Restrizioni alla concorrenza « per oggetto »
- ❑ Applicazione parallela artt. 101 e 102 TFUE

Applicazione artt. 101 e 102 TFUE: concorrenza potenziale

- ❑ Principio (**Generics § 36-37**)
 - ✓ *Possibilità reali e concrete che un'impresa integri il mercato rilevante e faccia concorrenza alle imprese ivi presenti*
 - ✓ *Applicazione ad un accordo che ha come conseguenza di mantenere temporaneamente fuori dal mercato un'impresa*
- ❑ Difficoltà (elementi strutturali del mercato farmaceutico) (**Generics §§ 39-41**)
 - ✓ *Vincoli normativi ⇒ necessità di un'autorizzazione*
 - ✓ *Diritti di proprietà intellettuale ⇒ brevetto sulla molecola e sui processi di fabbricazione*
- ❑ Valutazione Corte (**Generics §§ 43-57**)
 - ✓ *Determinazione e capacità di entrare sul mercato: (i) misure preparatorie per autorizzazioni (non necessariamente il possesso delle stesse – **Lundbeck §§ 83-84**); (ii) stock di medicinale (produzione propria/contratti di fornitura); (iii) azioni giudiziarie vs. brevetto; (iv) misure di commercializzazione*
 - ✓ *Ostacoli all'accesso di natura insormontabile: non decisivi a tal fine: (i) brevetto e relativa presunzione di validità; (ii) esistenza di una controversia seria (indizio di concorrenza potenziale); (iii) ingiunzioni*
 - ✓ *Elementi supplementari: percezione operatore storico, conclusione di accordi con i produttori di farmaci generici*

...concorrenza potenziale (cont.)

- Elementi di prova (**Lundbeck §§ 66-79**)
 - ✓ *Principio della libera produzione della prova: qualsiasi elemento di prova anteriore, contemporaneo o addirittura successivo alla conclusione dell'accordo in questione può essere preso in considerazione qualora risulti idoneo a chiarire l'esistenza o l'assenza di un rapporto di concorrenza tra le imprese interessate*
 - ✓ *Elementi di prova posteriori agli accordi controversi (documenti): rilevanti in quanto riflettono la percezione che le parti di tali accordi avevano della forza dei nuovi brevetti di procedimento al momento della conclusione degli stessi*
 - ✓ *Elementi di prova relativi ad eventi posteriori agli accordi (esito controversia sottostante): non rilevanti, in quanto sconosciuti alle parti alla data della conclusione dell'accordo*
 - ✓ *Elementi di prova di natura soggettiva (percezione produttore medicinali originali e conclusione accordo): rilevanti anche se non (di per sé) decisivi*

Applicazione art. 101 TFUE: restrizioni « per oggetto »

- Principio (**Generics § 67**)
 - ✓ *Pratiche collusive che rivelino, di per sé e tenuto conto del tenore delle loro disposizioni, degli obiettivi da esse perseguiti nonché del contesto economico e giuridico nel quale esse si inseriscono, un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario*
 - ✓ *Forme di coordinamento tra imprese considerate, per la loro stessa natura, come dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza*
 - ✓ *Necessaria un'analisi caso per caso (**Lundbeck § 115**)*
- Difficoltà
 - ✓ *Accordi di tipo nuovo e restrizioni prima facie non evidenti*
 - ✓ *Complessità del settore dei medicinali: ostacoli all'ingresso, prezzi regolamentati, influenza dei medicinali generici*
 - ✓ *Incertezze (oggettive) sulla validità del brevetto ⇒ controversie (contestazione brevetti e contraffazione) ⇒ accordi di composizione amichevole: atti legittimi o « acquisto » di concorrenti?*
 - ✓ *Accordi limitati all'ambito di applicazione del brevetto (portata e validità residua)*
 - ✓ *Eventuali effetti favorevoli alla concorrenza (ingresso nuovi concorrenti e diminuzione prezzi)*

... restrizioni « per oggetto » (cont.)

- Valutazione Corte (**Generics §§ 79-111; Lundbeck §§ 112-143**)
 - ✓ Diritto di proprietà industriale o commerciale: non possiede le caratteristiche di accordo o pratica concordata, ma il suo esercizio può essere l'oggetto, il mezzo e la conseguenza di un'intesa
 - ✓ Accordi di composizione amichevole: possono comportare effetti restrittivi della concorrenza, dal momento che la contestazione della validità e della portata di un brevetto fa parte del normale gioco della concorrenza
 - ✓ Clausola di non contestazione di un brevetto: può avere, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui si inserisce, un carattere restrittivo della concorrenza
 - ✓ Trasferimenti di valore (controprestazioni) da parte del produttore del farmaco originario
 - Giustificati (propri e strettamente necessari) alla luce di obiettivi legittimi delle parti dell'accordo: corrispondenti alla compensazione di spese o disagi connessi alla controversia o corrispettivo per la fornitura effettiva, immediata o successiva, di beni o di servizi, oppure
 - Unica spiegazione l'interesse commerciale del titolare del brevetto e del presunto contraffattore a non farsi concorrenza basata sui meriti

23

...restrizioni « per oggetto » (cont.)

- Valutazione Corte (cont.)
 - ✓ Incertezze sulla validità del brevetto: contribuiscono all'esistenza di concorrenza (potenziale)
 - ✓ Accordi limitati all'ambito del brevetto: circostanza irrilevante se in violazione art. 101 TFUE
 - ✓ Effetti favorevoli alla concorrenza: rilevanti se dimostrati e pertinenti, specifici all'accordo e sufficientemente importanti (nella specie, solo leggera riduzione prezzo, inferiore a vantaggi da concorrenza)
 - ✓ Assenza di una prassi decisionale relativa a siffatti accordi: non rilevante (valutazione oggettiva)
 - ✓ Assenza di clausole di non contestazione: alcun interesse dei produttori di farmaci generici a contestare i nuovi brevetti di procedimento a seguito degli accordi
 - I pagamenti invertiti corrispondevano approssimativamente ai profitti attesi in caso di ingresso nel mercato o al risarcimento in caso di vittoria in sede contenziosa
 - Anche se inferiori agli utili previsti, tali pagamenti avrebbero costituito un profitto certo e immediato, senza i rischi dell'ingresso nel mercato
 - ✓ Assenza di « scenario controfattuale »
 - L'esame dello scenario controfattuale, che ha lo scopo di evidenziare gli effetti di una determinata pratica collusiva, non può imporsi ai fini della qualificazione di una pratica collusiva come restrizione per oggetto

24

Applicazione art. 101 TFUE: restrizioni « per effetto »

- Valutazione Corte (**Generics, §§ 11-122**)
 - ✓ *Analisi effetti restrittivi della concorrenza con riferimento alla situazione concreta*
 - Contesto economico e giuridico, natura dei beni o servizi, funzionamento e struttura del mercato
 - ✓ *Esame controfattuale nel caso di specie*
 - Possibilità di successo nel procedimento sul brevetto o probabilità della conclusione accordo meno restrittivo ⇒ non pertinenti.

Applicazione art. 102 TFUE: mercato rilevante

- Principio (**Generics, §§ 127-130**)
 - ✓ *Sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che fanno parte dello stesso mercato*
 - Caratteristiche oggettive dei prodotti e dei servizi, condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta
- Applicazione Corte (**Generics, §§ 131-140**)
 - ✓ *Farmaci sostituibili ⇒ riferimento al principio attivo*
 - Lato domanda: offerta medicinali generici con lo stesso principio attivo: farmaco originario considerato, negli ambienti interessati, intercambiabile (solo) con tali medicinali generici ⇒ mercato specifico limitato ai medicinali che includono il principio attivo
 - Lato offerta: capacità produttori farmaci generici di ingresso immediato o a breve sul mercato ⇒ pratiche necessarie all'ingresso (es. domanda/ottenimento autorizzazione, contratti di fornitura)
 - Diritto di brevetto insufficiente ad escludere l'ingresso

Applicazione art. 102 TFUE: strategia abusiva

- Principio (**Generics §§ 149-154**)
 - ✓ *Diritto esclusivo connesso a un diritto di proprietà intellettuale (conclusione accordi di composizione amichevole relativi a controversie sul brevetto) ⇒ prerogative titolare diritto di proprietà intellettuale; ≠ abuso impresa dominante, ma*
 - ✓ *Comportamento non ammesso quando ha lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di abusarne (riferimento alla « responsabilità particolare » di un'impresa dominante)*
- Valutazione Corte (**Generics §§ 155-172**)
 - ✓ *Strategia complessiva che ha avuto (se non per oggetto) per effetto di ritardare l'ingresso nel mercato di medicinali generici contenenti lo stesso principio attivo divenuto di dominio pubblico*
 - ✓ *Effetti anticoncorrenziali (per il consumatore o il servizio sanitario nazionale) superiori agli effetti anticoncorrenziali dei singoli accordi*
 - ✓ *Intento anticoncorrenziale non necessario ma elemento pertinente*
 - ✓ *Eventuali vantaggi in termini di efficienza (a beneficio dei consumatori) ⇒ Onere prova impresa dominante*

Altre questioni

- Applicazione congiunta artt. 101 e 102 TFUE (**Generics, § 147**)
 - ✓ *Una strategia contrattuale di un produttore di farmaci originari in posizione dominante su un mercato può essere sanzionata non solo, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, per ciascun accordo considerato individualmente, ma anche, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, per l'eventuale ulteriore pregiudizio arrecato da tale strategia alla struttura concorrenziale di un mercato nel quale, a causa della posizione dominante che tale produttore di farmaci originari vi occupa, il grado di concorrenza è già sminuito*
- Rapporto controllante/controllata
 - ✓ *Sanzione controllante per le attività della controllata*
- Applicazione ammende
 - ✓ *Cumulo di infrazioni sullo stesso mercato*
 - ✓ *Metodologia Commissione*
 - ✓ *Esercizio dei poteri di piena giurisdizione del giudice UE*



Grazie dell'attenzione!

fabio.filpo@curia.europa.eu



L'applicazione del diritto antitrust nei mercati digitali

Mariateresa Maggiolino



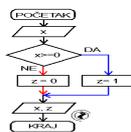
Finanziato dall'Unione Europea - Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - S12.778715
Il presente documento è stato preparato per la Commissione Europea. Riflette tuttavia soltanto i punti di vista degli autori e la Commissione non potrà essere ritenuta responsabile dell'eventuale uso delle informazioni rese disponibili all'interno del documento.

Napoli 11 novembre 2021

Differenti temi ...

... ma oggi proveremo a concentrarci sulle questioni più scottanti

- Gli ecosistemi digitali e le loro condotte
- La collusione algoritmica
- Le blockchain
- L'e-commerce



Cosa sono e cosa fanno gli ecosistemi?

Gli ecosistemi sono:

- Sistemi **complessi** di componenti hardware e software, che comunicano tra loro all'interno di un'architettura il cui funzionamento è garantito nel tempo da un insieme di caratteristiche tecniche che assicurano **l'interoperabilità**
- Organizzazioni **conglomerati**, che differenziano la loro offerta entrando in **nuovi mercati**, indipendentemente da qualsiasi forma di complementarità tra prodotti e servizi
- Sistemi destinati a offrire ai consumatori una **"esperienza completa"**
- **Raccoglitori di dati** sui quali costruiscono un "vantaggio di conoscenza".

Gli ecosistemi hanno forti incentivi a **entrare** in **sempre nuovi mercati** e possono farlo a **costi inferiori** rispetto a quelli dei rivali perché:

- **sfruttano la conoscenza** che hanno dedotto dai dati, per **cogliere** nuove opportunità di business più velocemente e meglio dei rivali
- beneficiano di significative **economie di scopo** dal lato della domanda, perché l'utilità dei consumatori cresce quando godono di prodotti/servizi interoperabili, e dal lato dell'offerta, perché i nuovi prodotti/servizi delle piattaforme sono elementi aggiuntivi, che utilizzano input condivisibili

Meglio se più velocemente degli altri...

... Per sfruttare i tipping e winner-takes-all effects

... Per non essere spiazzati dagli altri

... Per ottenere nuovi punti di accesso agli utenti e quindi introdurli negli ecosistemi

3

Gli ecosistemi costituiscono un problema in sè?



Offrono sempre **nuovi prodotti e servizi**

Sfidano le posizioni dominanti delle imprese della vecchia economia – pensate alle banche, per esempio



Crescono sempre di più e ... sono destinati a crescere, anzi programmati per crescere

Pongono un problema di **potere economico** che trascende il mero potere di mercato

4

Quindi?



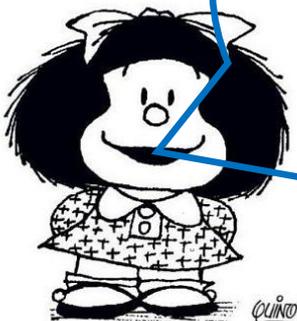
Chi applica il diritto antitrust può solo perseguire le condotte degli ecosistemi ... alcune condotte

5

The goal of Article 102

*“It is in no way the purpose of Article 102 TFEU to prevent an undertaking from acquiring, on its own merits, the dominant position on a market. Nor does that provision seek to ensure that competitors less efficient than the undertaking with the dominant position should remain on the market. Thus, **not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition.***

Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalization of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers from the point of view of, among other things, price, choice, quality or innovation”. Intel, §§ 133-134



6

Furthermore

*“It is open to a dominant undertaking to provide justification for behavior that is liable to be caught by the prohibition under Article [102]. In particular, such an undertaking may demonstrate, for that purpose, either that its conduct is objectively necessary [...], or that **the exclusionary effect produced may be counterbalanced, outweighed even, by advantages in terms of efficiency that also benefit consumers**”.* Post

Danmark I, §§ 40-41



7

In sum, Article 102 forbids

Dominant firms' conduct that are **capable** of **strengthening/prolonging** market power...

- **Excluding** actual rivals from the market and/or
- **Marginalizing** them to a niche of the market, and/or
- **Preventing** potential rivals from entering the relevant market

Exclusionary practices
(defined in an **inchoate mode**)

&

... **without producing** any **countervailing benefit** in terms of market price, market output, product quality, supply variety, or innovation

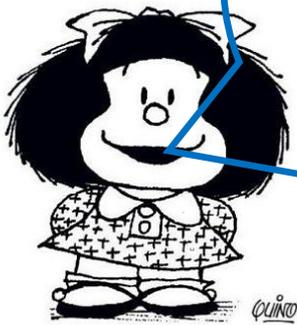


to off-set the **negative impact** that any strengthening/ prolongation of market power is **expected to produce** on market price, market output, product quality, supply variety, or innovation

Anticompetitive

8

To be sure, no true balancing exercise takes place



During antitrust lawsuits and proceedings, no antitrust decision-maker actually estimates, measures, or balances the likely anticompetitive consequences of a given practice against its possible social benefits. As in any other experience in which two parties are opposed one another, the antitrust appraisal of the specific conduct at stake results from the **contrast between the theory of harm developed by the plaintiff, whether public or private, and the business justifications brought forward by the defendant.** Thus, as burden of proof provisions regulate how this contrast should take place, the narrative that prevails, is the one supported by the most convincing evidence available.

9

Quali? (1/7)

Se riconosciamo l'esistenza di una **posizione dominante** almeno in un mercato, possiamo condannare:

• L'accumulazione dei dati?

- **Si**, se ne contestiamo la **natura scorretta ai sensi dell'art. 102(a)**
- **No**, se proviamo a dimostrare che si tratta di comportamenti **escludenti e anticompetitivi** perché
 - Il fatto che un'impresa accumuli dati non impedisce a un'altra impresa di fare altrettanto
 - Grazie all'accumulazione dei dati e alla loro analisi le imprese migliorano l'offerta, ossia i propri prodotti e servizi



10

Quali? (2/7)

- Se riconosciamo l'esistenza di una **posizione dominante** almeno in un mercato, possiamo condannare:

- **Contratti di esclusiva**
- **Pagamenti escludenti**
- **Patti di non concorrenza**
- **Pratiche leganti**
- **... et similia**

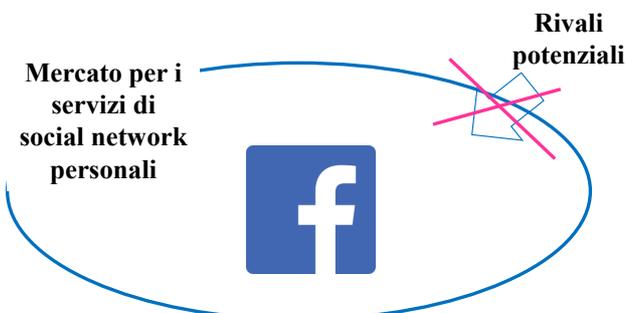
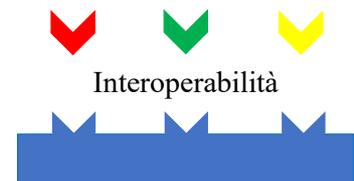
Nella misura in cui, senza produrre efficienze o innovazione, queste condotte non solo rafforzano le posizioni dominanti esistenti, ma limitano anche la varietà e la qualità dell'offerta di mercato, nonché il tasso di innovazione dell'industria

... Alcuni esempi ...

11

FTC vs Facebook (2020) (3/7)

- Facebook detiene una **posizione dominante** nel mercato dei **servizi di social networking personali**
- Facebook ha reso disponibili agli sviluppatori di App le **API** che governano l'**interoperabilità** con la sua piattaforma solo a condizione che essi si astenessero da:
 - Diventare rivali di Facebook, offrendo servizi di social networking alternativi
 - Fornire i propri servizi ad altri social networks



Questa **tradizionale condotta escludente**, intesa a proteggere la posizione dominante nel mercato primario, ha prodotto un duplice effetto anticoncorrenziale:

- limitare l'innovazione aggiuntiva, i miglioramenti di qualità, la varietà dell'offerta nel mercato dei servizi personali di social networking
- limitare la concorrenza sui prezzi nella fornitura di servizi pubblicitari

12

DOJ vs Google (2020) (4/7)

- Google detiene una **posizione dominante** nel mercato della **ricerca** su Internet
- Google ha stipulato con i produttori di telefoni cellulari e tablet **accordi di esclusiva** per vietare la pre-installazione su quei dispositivi di qualsiasi servizio di ricerca alternativo a Google Search
- **Pratiche leganti** e altri accordi per forzare la pre-installazione del proprio motore di ricerca legandolo ad altre applicazioni di interesse per i consumatori
- **Pagamenti escludenti**, finalizzati cioè ad ottenere che Apple non sviluppasse fino in fondo un motore di ricerca a Google Search sui suoi dispositivi, ma preferisse Google Search

Un'altra strategia escludente molto "tradizionale", intesa a proteggere il dominio di Google nel mercato primario, bloccando i canali di distribuzione e **negando** a possibili sviluppatori di motori di ricerca alternativi la **scala** e il **riconoscimento** del prodotto



Limitando la concorrenza nella ricerca, la condotta di Google ha:

- **ridotto la varietà, l'innovazione e la qualità** nella ricerca (anche su dimensioni legate alla analisi dei dati personali)
- lasciato a Google il potere di far pagare agli **inserzionisti** prezzi elevati, offrendo in cambio servizi di bassa qualità

13

Google Android (2018) (5/7)

- Google detiene una posizione dominante nei mercati della **ricerca** su internet, dei **sistemi operativi per dispositivi intelligenti non proprietari** e delle **app store compatibili con Android**
- Google imposto/impedito:
 - **pratiche abbinata** che richiedono ai produttori di dispositivi di pre-installare le app Google Search e Chrome, come condizione per la licenza di Play Store;
 - **pagamenti ineguagliabili** ad alcuni grandi produttori e operatori di rete mobile per ottenere che pre-installassero in esclusiva l'app Google Search su tutto il loro portafoglio di dispositivi Android;
 - ai produttori di dispositivi di utilizzare delle versioni alternative di Android che non fosse approvate da Google e che non contenessero le App di Google come pre-installate



In anni di migrazione tecnologica dal desktop ai dispositivi intelligenti, queste pratiche hanno permesso a Google di utilizzare Android come veicolo per difendere il suo dominio nel mercato della ricerca su Internet



Sulla premessa empirica che la pre-installazione è un canale importante per la distribuzione di servizi di ricerca generale su dispositivi mobili intelligenti ... perché i consumatori sono abbastanza pigri

In questo modo Google ha ridotto l'innovazione, la qualità e la varietà nei mercati della ricerca su Internet e dei sistemi operativi per cellulari

14

Google AdSense (2019) (6/7)

Google detiene una posizione dominante **nei mercati nazionali della pubblicità di ricerca online**, tramite AdSense



Nei contratti con gli editori Google ha inserito una serie di clausole di tipo esclusivo che richiedono alla controparte

- di **procurarsi tutto o la maggior parte** del loro fabbisogno di annunci di ricerca da Google;
- di **riservare lo spazio più prominente** sulle loro pagine dei risultati di ricerca per un numero minimo di annunci di ricerca di Google; e
- **chiedere l'approvazione di Google** prima di apportare modifiche alla visualizzazione degli annunci di ricerca concorrenti.

Una strategia molto tradizionale intesa a proteggere il dominio sul mercato della pubblicità di ricerca online, sottraendo clienti ai rivali di AdSense e quindi emarginandoli in una nicchia del mercato



Sulla premessa empirica che tutti insieme, gli editori ai quali AdSense ha imposto clausole simili all'esclusività rappresentavano una parte significativa del mercato SEE dell'intermediazione pubblicitaria di ricerca online

In questo modo AdSense ha mantenuto il potere di applicare prezzi più alti sia agli inserzionisti che agli editori

15

Google – Enel (7/7)

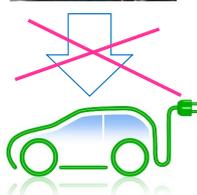
Google detiene una **posizione dominante**

- nel mercato dei **sistemi operativi per dispositivi intelligenti aperti**, con Android
- nel mercato della **distribuzione di applicazioni compatibili con Android**, con Google Play



L'esclusione di JuicePass da **Android Auto** ...

Android Auto è un canale molto importante per la distribuzione di applicazioni per veicoli elettrici e ibridi. È un **gateway!**



.. **equivale all'esclusione di JuicePass dal mercato** delle app che forniscono servizi per veicoli elettrici e ibridi

1. Il rifiuto è **escludente**
2. Il rifiuto è anche anticoncorrenziale perché, sottraendo lo spazio JuicePass:

- Google Maps si sarebbe liberato dei vincoli e quindi avrebbe avuto il tempo di **acquisire consumatori** e raggiungere il punto di svolta nel mercato delle applicazioni per veicoli elettrici e ibridi
- L'ecosistema di Google avrebbe beneficiato della crescita di Google Maps in termini di **utenti, dati utente e attrattiva rispetto ad altri ecosistemi**, con l'effetto finale di affrontare un minor grado di concorrenza
- Il rifiuto non trova alcuna **giustificazione oggettiva**



16

Google Shopping (2017)

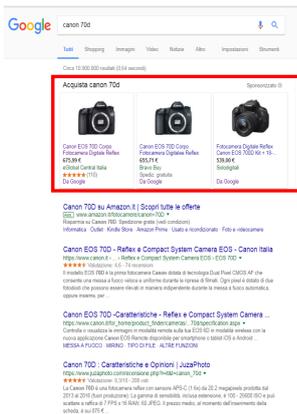
- Google detiene una posizione dominante nel mercato della **internet search**
- Google ha:
 - scritto – meglio, *manipolato* – il proprio algoritmo per collocare le immagini di Google Shopping all’inizio di ogni pagina e i suoi rivali alla fine

In questo modo, Google ha ridotto il numero di utenti che accedono ai siti web dei rivali di Google Shopping, con l'effetto di marginalizzarli in una nicchia del mercato dei siti web di confronto dei prezzi



In questo modo Google Shopping ha acquisito il potere di applicare **commissioni più alte** ai commercianti e **prezzi più alti** per i consumatori e ha **ridotto gli incentivi all'innovazione** per i siti di confronto concorrenti e lo stesso Google Shopping

Su una duplice premessa empirica: che gli utenti non tengono conto di ciò che è posto in fondo alla pagina e che il traffico è importante per i servizi di shopping comparativo



Google shopping

Google shopping's rivals

Certo ... resta che

Malgrado alcune forzature come *Google shopping* (2017)

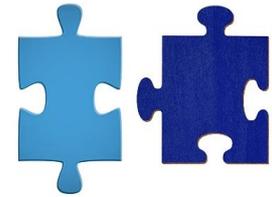
Come si diceva, il diritto antitrust può poco contro l'accumulazione dei dati

Il diritto antitrust non riesce a colpire il potere economico, quello cioè che si esprime trasversalmente rispetto ai singoli mercati

I casi antitrust sono complessi e prendono molto tempo

Ecco perché al momento è allo studio il DMA

- Ai sensi dell'articolo 114 del TFUE sull'armonizzazione delle norme che disciplinano il **mercato interno** ...
- il DMA vuole garantire che **i mercati in cui sono presenti i gatekeeper siano e restino contendibili**, indipendentemente da qualsiasi valutazione concorrenziale del comportamento dei gatekeeper
- Certamente gli articoli 101 e 102 del TFUE **rimangono applicabili** al comportamento dei gatekeepers ... ma la loro portata è limitata alla posizione dominante su mercati specifici e ai comportamenti anticoncorrenziali



19

Ma cosa fa il DMA?



**Conduce i gatekeepers sotto il controllo
continuato della Commissione**

20

Le sfide poste dalla collusione algoritmica

- Gli algoritmi sono insiemi di comandi che possono essere impiegati per fare cartello:
 - Individuando il prezzo collusivo di equilibrio
 - Individuando eventuali deviazioni
 - Punendole

Il diritto antitrust può intervenire contro di loro

- Ma cosa dovrebbe fare il diritto antitrust rispetto agli algoritmi che realizzano l'interdipendenza oligopolistica?

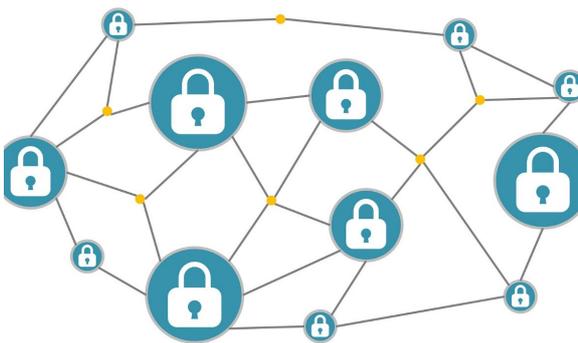
Dobbiamo ripensare la nozione di intesa?

- E cosa dovrebbe fare il diritto antitrust rispetto agli algoritmi che decidono da sé di colludere? Chi dovrebbe esserne responsabile?



21

Il falso problema della blockchain



- La Blockchain – specialmente una permissioned blockchain – può diventare il teatro e il mezzo attraverso il quale le imprese si scambiano informazioni commercialmente strategiche, ossia informazioni che, una volta condivise, consentono alle imprese di prevedere il comportamento dei rivali e quindi ridurre l'alea competitiva.
- Questa condotta può essere perseguita ai sensi dell'art. 101 TFUE
- Tuttavia, potrebbe essere complesso individuare il comportamento anticompetitivo, ossia raccogliere prove e, ancor prima, riuscire ad accorgersi dell'esistenza dello stesso

22

E-commerce e contratti verticali (1/2)

Nuovo regolamento in materia di intese verticali:

- Una restrizione **capace di ridurre in modo significativo la quantità complessiva di vendite online è da considerarsi una restrizione fondamentale**. Esempi:
 - Divieto di utilizzare internet come canale di vendita
 - Reindirizzamento
 - No marchi del fornitore o specifici canali pubblicitari online
- Accettazione della **doppia tariffazione**, purché giustificata
- Accettazione della ‘versione online’ della **distribuzione selettiva**
- Accettazione delle **limitazioni all’uso dei market place**

23

E-commerce e contratti verticali (2/2)

- Tradizionalmente, le vendite tramite online shop si consideravano vendite passive
- Il nuovo regolamento considera **vendita attiva** e, dunque, limitabile:
 - **L’uso di lingue diverse** da quelle usualmente parlate nel territorio in cui è stabilito il distributore
 - **L’uso di nomi di dominio** corrispondenti a territori **diversi** da quello in cui è stabilito il distributore

24



Grazie



L'abuso di posizione dominante

- ❖ La posizione dominante e i parametri di verifica della posizione dominante
- ❖ La definizione del mercato rilevante
- ❖ L'impresa e la nozione di *single economic entity*
- ❖ L'abuso

La posizione dominante (1)

Si considerano dominanti le imprese che detengono un **potere di mercato** tale da metterle nelle condizioni di:

- ❖ agire sul mercato **indipendentemente** dalla reazione di concorrenti, clienti e consumatori;
- ❖ **influenzare** in maniera considerevole e decisiva i parametri della concorrenza (es: prezzi, condizioni di vendita *etc.*)

“Posizione di potenza economica che assicura all’impresa il potere di comportarsi in misura significativa in maniera indipendente rispetto ai concorrenti, ai clienti ed in ultima analisi ai consumatori...” (CGCE – causa 27/76 United Brands - 1978)

“La posizione dominante non implica necessariamente l’assenza di qualsiasi concorrenza nel mercato. Essa consente però all’impresa che la detiene di influire notevolmente sul modo in cui si svolge detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio” (CGCE causa 85/76, Hoffmann-La Roche - 1978)

La posizione dominante (2)

Il primo indicatore circa la capacità di un’impresa di a) comportarsi in maniera indipendente rispetto ai concorrenti ed ai clienti; b) influire notevolmente sulle dinamiche competitive sono le **quote di mercato**. Se la quota di mercato dell’impresa è:

- ❖ < 30%, si presume che essa non abbia una posizione dominante
- ❖ > 50% si presume la posizione dominante.
- ❖ compresa tra il 30% e il 50%, occorre verificare **ulteriori parametri**:
 - andamento delle quote di mercato
 - quote di mercato dei concorrenti
 - potere contrattuale dei clienti
 - rete distributiva
 - importanza del marchio
 - barriere all’ingresso
 - posizione di forza rispetto ai concorrenti (es: tecnologie avanzate, elevate capacità finanziarie, *etc.*).

La definizione del mercato rilevante

Al fine di verificare il «**potere di mercato**» delle imprese coinvolte nella concentrazione, occorre riferirsi a uno specifico ambito merceologico e territoriale (il c.d. “**mercato rilevante**”).

- ❖ Il mercato rilevante **del prodotto** comprende tutti i beni e servizi considerati intercambiabili o sostituibili tra loro.
 - Sostituibilità dal lato della **domanda**:
 - analisi qualitativa delle caratteristiche e dell'uso cui sono destinati;
 - analisi quantitativa sui prezzi (SSNIP test, andamento storico dei prezzi)
 - Sostituibilità dal lato dell'**offerta**:
 - capacità delle imprese di modificare il processo produttivo per fabbricare i prodotti e immetterli in breve tempo sul mercato senza sostenere costi aggiuntivi in risposta a variazioni dei prezzi (es: carta)
- Il mercato rilevante **geografico** è costituito dall'area in cui le condizioni della concorrenza sono omogenee in ragione:
 - delle caratteristiche e abitudini dei consumatori;
 - dei costi di trasporto;
 - delle barriere all'ingresso e della regolamentazione e normativa applicabile.

L'impresa e la nozione di *single economic entity* (2)

- ❖ Sono parte di una **medesima impresa** tutti quei soggetti (persone fisiche o giuridiche) che, a prescindere dalla forma giuridica e dalle modalità di finanziamento, operano sul mercato come unica entità economica, avvalendosi di un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali e perseguendo stabilmente un fine economico comune (*ETI C-280/06 e Akzo Nobel C-516/15P*)
- ❖ Sono imputabili **alla società controllante le condotte anticoncorrenziali realizzate dalla controllata** se risulta che, in virtù dei **vincoli giuridici, economici, ed organizzativi esistenti**, la prima esercita **un'influenza determinante sulle decisioni strategiche della seconda** che si limita, di fatto, ad applicare le direttive ricevute dalla società “madre” (*Imperial Chemical Industries, C-48/69*). Elementi di valutazione sono la composizione del board e la capacità di influire sulle decisioni strategiche, e.g. *business plan*, bilancio preventivo, nomina revoca amministratori (*Dow Chemical C179/12*)
- ❖ L'imputabilità delle condotte della società controllata alla controllante **si presume** - senza necessità di verificare l'influenza determinante - nel caso in cui la prima sia **partecipata al 100%** dalla seconda (*Akzo Nobel C-97/08P*)

L'impresa e la nozione di *single economic entity* (1)

- ❖ L'esistenza di un'unica entità economica può desumersi in “circostanze eccezionali” anche dall'esistenza di forti vincoli economici tra le società coinvolte o da legami contrattuali (cd. **controllo di fatto**).
- ❖ I legami contrattuali porteranno ad un'influenza determinante solo se il contratto (i) è caratterizzato da una durata molto lunga, (ii) non attribuisce alle parti un diritto alla risoluzione anticipata ed (iii) è tale da “*determinare un controllo della gestione e delle risorse dell'altra impresa analogo a quello derivante dall'acquisizione di quote o di attivi*” (Comunicazione della Commissione sulla Competenza Giurisdizionale in materia di concentrazioni).
- ❖ Si configura controllo per il tramite di contratti di agenzia quando l'agente non assume alcun **rischio economico e finanziario** connesso all'attività di impresa e opera esclusivamente come *longa manus* del preponente e nel suo esclusivo interesse (*Suiker Unie* C40/79 e *Minoan Lines* T66/99).

L'abuso (1)

- ❖ L'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcuna violazione del diritto della concorrenza. Tuttavia l'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalle ragioni per cui detiene tale posizione, è soggetta alla **speciale responsabilità** di non compromettere con condotte escludenti o di sfruttamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato.
- ❖ Le condotte escludenti devono essere idonee ad escludere dal mercato il **concorrente altrettanto efficiente**: «*non tutti gli effetti di esclusione pregiudicano necessariamente la concorrenza*» (*Intel* C-413/14)
- ❖ Uno degli elementi per valutare l'esistenza di un abuso è l'**AECT** (*Post-Denmark* C-23/14), ma non è indispensabile a meno che tale test non sia stato prodotto dalla parte; è necessario altresì bilanciare effetti anti-competitivi e pro-competitivi (*Intel* – C413/14);
- ❖ In generale è necessario provare che la **condotta mira a restringere la concorrenza** o che è tale da avere tale effetto (*Tomra* - -549/10P). Bisogna valutare tutte le circostanze del caso di specie inclusa la quota di mercato, la durata e l'estensione dell'esclusiva (*Post-Denmark* C-23/14)
- ❖ Gli **effetti anti-competitivi devono essere potenziali** e non puramente ipotetici (*Post-Denmark* C-23/14),

Caso Gelati

- ❖ Unilever produce e commercializza gelato industriale confezionato e sfuso con marchi noti: Algida e Carte d'Or attraverso una fitta rete di **concessionari** che acquistano i gelati per poi rivenderli ai punti vendita localizzati sul territorio affidato a ciascuno di essi in esclusiva. I concessionari sono liberi di distribuire altre tipologie di prodotti (purché non in concorrenza con i gelati di Unilever), definiscono le proprie politiche commerciali in autonomia, fermi gli sconti che Unilever riconosce al raggiungimento di determinati *target* di vendita e si servono dei *cabinet* e del materiale di *merchandising* forniti da Unilever. I clienti più importanti in termini di fatturato e dislocazione sul territorio nazionale sono serviti direttamente da Unilever, gli altri invece instaurano dei rapporti diretti (scritti o verbali) con i Concessionari il cui contenuto spesso non è conosciuto da Unilever.
- ❖ Alcuni contratti conclusi da Unilever e dai concessionari con i propri rispettivi clienti contengono clausole di esclusiva merceologica, *cabinet exclusivity*, sconti retroattivi e compensi assortimento e promozionali.
- ❖ La Bomba, un piccolo produttore di ghiaccioli attivo principalmente sulla Riviera Romagnola, lamenta il fatto che Unilever (anche per il tramite dei propri concessionari) avrebbe intimato ai propri clienti di non commercializzare i ghiaccioli La Bomba, paventando in caso contrario la mancata applicazione degli sconti concordati.
- ❖ Da uno studio interno di Unilever risulta che:
 - a) la Società detiene una quota del:
 - 15% se si considerano le vendite complessive di gelato (incluso l'artigianale)
 - 43% sul gelato industriale (confezionato + sfuso)
 - 62% sul gelato confezionato
 - b) la condotta posta in essere dalla Società non ha prodotto effetti escludenti ai danni di concorrenti altrettanto efficienti.
- ❖ Discutere in un'ottica rispettivamente di attacco (Gruppo A) e di difesa (Gruppo B):
 - La definizione del mercato rilevante e la posizione detenuta da Unilever su tale mercato
 - La possibilità di imputare ad Unilever le condotte dei concessionari ai sensi della disciplina *antitrust*
 - L'esistenza di una condotta abusiva

Definizione del mercato

Denunciate/AGCM

Il gelato confezionato non è sostituibile con quello sfuso per le seguenti differenze qualitative:

- Acquisto d'impulso/ pianificato
- Standardizzazione/personalizzazione
- Velocità, facilità di consumo e igiene solo per il confezionato
- Prezzi diversi
- Spazi maggiori e personale addetto solo per lo sfuso
- Differenti canali distributivi e politiche commerciali

Società/difesa

- La sostituibilità va valutata dal punto di vista quantitativo – SNIPP test
- Bisogna vedere se in caso di indisponibilità del gelato confezionato o di un incremento del prezzo del 5-10% i consumatori si spostano verso il gelato sfuso (elasticità della domanda al prezzo). Il test svolto da Unilever ha risposto positivamente (68% - 35%)
- L'industria (e gli esercenti) possono passare agevolmente dalla produzione/commercializzazione di gelato confezionato a quella di gelato sfuso e viceversa (sostituibilità dal lato dell'offerta)

La posizione di Unilever

Denunciate/AGCM

Unilever ha una posizione dominante:

- Quote di mercato superiori al 60%
- Mercato molto concentrato (2 concorrenti con quote del 15% e del 10% e poi concorrenti minori di dimensioni locali)
- Marchio forte/*must have*
- Ampia gamma di prodotti e specifica notorietà di alcuni di essi
- Capillarità rete distributiva
- Capacità di selezionare i clienti con priorità ai canali alto-vendenti meno esposti a fluttuazioni di prezzo

Società/difesa

- Le quote di mercato non sono sufficienti a dimostrare la dominanza
- I principali concorrenti godono di marchi, assortimenti e reti distributive equiparabili a quelli di Unilever
- I clienti sono fortemente orientati al prezzo e i concorrenti sono in grado di praticare sconti analoghi e addirittura superiori a quelli di Unilever
- Elevata *churn-rate* circa 30%

L'imputabilità ad Unilever delle condotte dei Concessionari

Denunciate/AGCM

Le condotte dei concessionari sono imputabili ad Unilever in quanto:

- Sono organi ausiliari di Unilever e agiscono a vantaggio di quest'ultima (caso *Suiker-Unie* C-40/73)
- Agiscono in esclusiva e nel rispetto delle direttive commerciali (incluse esclusive, prezzi e sconti) impartite da Unilever che monitora costantemente il loro operato
- Utilizzano cabinet e materiale di merchandising di Unilever
- Tale forma di ingerenza è sufficiente a provare che Unilever e i concessionari formano una unità economica (hanno sul mercato un comportamento univoco ed unitario)

Società/difesa

I concessionari sono imprenditori autonomi e le loro condotte non possono essere imputate ad Unilever, in quanto:

- Unilever non detiene partecipazioni nel capitale dei concessionari (*no corporate control*)
- Unilever non esercita un controllo di fatto sui concessionari che definiscono la propria strategia commerciale in autonomia nell'ambito del rapporto di concessione in essere con Unilever (gli obiettivi sono comuni e vanno a beneficio di entrambi). Per aversi controllo il livello di ingerenza deve essere di tipo sostitutivo e non di mero indirizzo
- I concessionari sostengono il **rischio** economico e finanziario della propria attività e non sono degli agenti di Unilever

Le condotte

Denunciate/AGCM

Unilever, anche attraverso i propri concessionari, ha attuato una strategia escludente ai danni dei concorrenti precludendo loro l'accesso alla stragrande maggioranza dei suoi clienti e soprattutto (in modo mirato) a quelli più strategici in termini di fatturato. Ciò attraverso un'estesa applicazione di: (i) clausole di esclusiva merceologica (che coprono circa il 40% del mercato) di durata superiore a due anni; (ii) sconti condizionati retroattivi e compensi di natura fidelizzante e (iii) azioni di controllo mirate volte a verificare l'effettivo approvvigionamento esclusivo.

Lo studio interno circa l'assenza di effetti escludenti nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti (AECT) è irrilevante perché:

- le esclusive merceologiche sono abusiva di per sé e non è necessario verificare gli effetti concreti
- La giurisprudenza *Intel* (C-413/14 P) sulla necessità di analizzare l'AECT, anche se svolto, non si applica al caso in esame perché essa riguarda sconti fidelizzanti e non anche clausole di esclusiva. Tale test di replicabilità è inidoneo a verificare la portata escludente di una molteplicità di condotte
- La portata escludente delle condotte va valutata alla luce di tutte le circostanze del caso (QM, caratteristiche del mercato, durata e estensione delle condotte) e l'AECT non è necessario (Tomra C-549/10 e Post Danmark II - C-23/14)

Società/difesa

- Le condotte contestate non sono abusive perché inidonee ad escludere un concorrente altrettanto efficiente dal mercato. Questo è dimostrato dall'AECT che considera non solo gli sconti ma anche le esclusive e la loro durata.
- L'AECT non può essere ignorato se prodotto dalla parte e deve essere preso in considerazione ai fini della valutazione della portata escludente della condotta
- Nessuna condotta può essere considerata abusiva di per se ma è sempre necessaria un'analisi degli effetti attuali o potenziali
- La giurisprudenza *Intel* pone un principio generale applicabile sia a casi di sconti di esclusiva che a casi di esclusive merceologiche *tout court*
- È necessario bilanciare gli effetti anti-competitivi con gli effetti pro-competitivi (le esclusive incentivano l'ampia diffusione dei prodotti e gli sconti innescano virtuosi meccanismi di concorrenza sui prezzi)

Le questioni pregiudiziali pendenti in Corte di Giustizia (C-680/20)

Imputabilità

«Al di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad una singola entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale tra produttore e intermediari della distribuzione, può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima entità economica; oppure se sia necessario un collegamento "gerarchico" tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell'Autorità la prova di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale.»

Condotte

«Al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, se l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'autorità di concorrenza l'obbligo di verificare se l'effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l'autorità di fondare la contestazione dell'illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente.»

Banche dati online

Italia

www.agcm.it

www.giustiziaamministrativa.it

<http://itaca.eurojus.it/>

Europa

https://ec.europa.eu/competition-policy/index_en

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>



Finanziato dall'Unione Europea

Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

La giurisprudenza della CGUE sul diritto di chiedere il risarcimento dei danni per le violazioni delle norme antitrust



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

Introduzione – la nascita del *private enforcement* europeo

- Il *private antitrust enforcement* può essere definito come quel meccanismo che consente ad imprese o a privati cittadini la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo e che permette, in particolare, di agire per ottenere il risarcimento del danno dalle imprese che abbiano violato le regole antitrust europee (BENACCHIO)
- Le azioni per il risarcimento del danno possono essere sostanzialmente categorizzate in due tipologie: c.d. azioni *follow-on*, che il presunto danneggiato esercita a seguito dell'accertamento di un illecito antitrust da parte di un'autorità garante della concorrenza (eventualmente confermato in sede giudiziale, TAR e CdS); e c.d. azioni *stand-alone*, che il presunto danneggiato promuove in mancanza di un previo accertamento dell'illecito da parte di un'autorità garante
- Fino al 2014, le azioni risarcitorie per danni causati da violazioni del diritto della concorrenza non sono state oggetto di una specifica disciplina a livello eurounitario. È nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia che sono quindi nati e si sono consolidati i principi posti alla base della creazione del *private enforcement* europeo

Introduzione – la nascita del *private enforcement europeo*

- L'elaborazione (in via giurisprudenziale) dei principi fondamentali del *private antitrust enforcement europeo* è fondata sullo sviluppo di uno strumento che – insieme al *public enforcement* delle autorità garanti della concorrenza – garantisca la piena efficacia e l'effetto utile delle regole eurounitarie sulla concorrenza piuttosto che sullo sviluppo di uno strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive
- È un principio assodato, del resto, che sussista una stretta complementarità tra *public* e *private enforcement*, contribuendo entrambi alla deterrenza e alla dissuasione dalla commissione di un illecito antitrust. Ad esempio, le azioni *stand-alone* possono persino aiutare a «ridurre il carico di lavoro» delle autorità garanti: anche in assenza dell'avvio di un procedimento sanzionatorio da parte di un'autorità garante, infatti, l'azione *stand-alone* può contribuire alla repressione dell'illecito posto in essere. Inoltre, la possibilità di esercitare azioni risarcitorie *follow-on*, basate su un previo accertamento compiuto dall'autorità garante, aumenta il rischio sotteso alle violazioni antitrust e favorisce la *compliance* delle imprese

Introduzione – la nascita del *private enforcement europeo*

- Il *private antitrust enforcement europeo* è di chiara origine giurisprudenziale e la ricostruzione dei precedenti della Corte di giustizia è fondamentale anche per comprendere appieno il successivo sviluppo legislativo
- La possibilità per i singoli (e, in particolare, le persone fisiche) di agire in giudizio per il risarcimento del c.d. danno antitrust, ancorché ormai rappresenti un principio acquisito, è stata per lungo tempo contestata dai giudici degli Stati membri
- In ogni caso, anche ora che il *private antitrust enforcement* è stato specificamente disciplinato a livello eurounitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia continua a rappresentare il principale punto di riferimento sia per colmare i vuoti normativi, sia per creare nuove regole vincolanti, sia per valutare la conformità dei diritti nazionali e delle loro soluzioni giurisprudenziali e legislative al diritto dell'UE

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Sabam*

- La sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974 (causa 127/73 – *BRT/Sabam*) rappresenta la prima pronuncia in cui i giudici di Lussemburgo hanno affrontato il tema dell'applicabilità degli artt. 101 (ex 85) e 102 (ex 86) TFUE da parte dei giudici nazionali
- Al §16 della sentenza viene infatti affermato che «*per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*»
- Alla luce di ciò, la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui, in presenza di un'asserita violazione dell'art. 102 (ex 86) TFUE è il giudice nazionale a doversi pronunciare sulla validità dei contratti oggetto del presunto abuso di posizione dominante e su eventuali domande risarcitorie il cui titolo sia il presunto illecito concorrenziale («*Spetta al giudice nazionale accertare se, ed in quale misura, le pratiche abusive eventualmente constatate arrechino danno agli autori o a terzi interessati e trarne le conseguenze circa la validità e l'efficacia dei contratti litigiosi, «in toto» o in singole loro clausole*»)

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Courage e Crehan*

- La sentenza *Sabam* – pur ponendo le condizioni per lo sviluppo del *private enforcement* europeo – non trova immediatamente seguito. I giudici degli Stati membri hanno dimostrato per lungo tempo una certa diffidenza ad accogliere azioni civili da parte di privati e accordare il risarcimento del danno antitrust
- Circa vent'anni dopo, i principi espressi dalla Corte di giustizia in quella sentenza rappresentano però il fondamentale punto di partenza per le conclusioni a cui giunge la Corte di giustizia nella causa C-453/99 (*Courage e Crehan*). Il giudizio trae origine da un rinvio pregiudiziale di un giudice britannico che, appunto, si interrogava se la parte contraente di un contratto concluso in violazione dell'art. 101 TFUE potesse non solo agire in giudizio per far valere la nullità dell'accordo, ma anche ottenere il risarcimento dell'eventuale danno patito
- La Corte di giustizia, richiamando proprio la sentenza *Sabam* e la sentenza *Guérin automobiles/Commissione* (causa C-285/95 P) ribadisce che gli artt. 101 (ex 85) e 102 (ex 86) TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Courage e Crehan*

- Proprio sulla base di tali considerazioni, la Corte di giustizia afferma che «*qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione*» (§24)
- Da ciò discende, secondo la Corte di giustizia, che «*La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza*» (§26)
- «*Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a 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 nella Comunità*»

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Courage e Crehan*

- Per la prima volta, la Corte di giustizia afferma espressamente il principio fondamentale da cui si svilupperà il *private enforcement* europeo: **chiunque** può agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno asseritamente patito a causa di una condotta anticoncorrenziale
- Del resto, se i danneggiati da una violazione del diritto della concorrenza non potessero agire in giudizio per ottenere un risarcimento, l'effetto diretto e l'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE sarebbe seriamente minato: non solo perché sarebbe sensibilmente diminuito l'effetto dissuasivo e deterrente sotteso ai divieti in questione, ma anche perché la «compensazione» dei soggetti danneggiati permette di ripristinare normali dinamiche di mercato, evitando che il mancato ristoro del danno faccia surrettiziamente permanere nel mercato effetti distorsivi della concorrenza
- La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Courage e Crehan*, nonostante abbia posto i presupposti per lo sviluppo del *private enforcement* europeo, lascia però alcuni quesiti aperti

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Courage e Crehan*

- Nonostante l'affermazione apparentemente «netta» della Corte di giustizia, permangono dubbi sui soggetti che effettivamente godano della legittimazione attiva all'esercizio delle azioni di danno
- La stessa Corte di giustizia, nella sentenza *Courage e Crehan*, affermava che la legittimazione ad esempio può venire meno qualora la parte asseritamente danneggiata abbia avuto una «responsabilità significativa» nella distorsione della concorrenza
- In assenza di una disciplina organica a livello eurounitario, rimaneva compito degli Stati membri disciplinare la materia del risarcimento del danno da illecito antitrust (come precisato dalla Corte di giustizia, che invocava come principio guida di tale regolamentazione il rispetto dei principi di *equivalenza* ed *effettività*)

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Manfredi*

- I principi espressi in *Courage e Crehan* trovano ulteriore conferma nella successiva sentenza *Manfredi* (cause riunite da C-295/04 a C-298/04). La causa pregiudiziale trae origine da una serie di rinvii del Giudice di pace di Bitonto, promossi nell'ambito delle azioni c.d. *follow-on* di alcuni consumatori a seguito dell'accertamento da parte dell'AGCM del c.d. cartello RC Auto
- All'esito del procedimento 1377 – *RC Auto*, con provvedimento n. 8546 del 28 luglio 2000, l'AGCM aveva infatti accertato che le principali imprese del settore assicurativo avevano posto in essere una violazione dell'art. 2, l. 287/90, uniformando le rispettive condotte commerciali e giungendo a determinare – grazie a scambi di informazioni anticompetitivi realizzati attraverso la società di consulenza RC Log – «*premi commerciali più elevati rispetto a quelli che si [sarebbero registrati] in un mercato concorrenziale*» (§259)
- I consumatori clienti delle imprese cartelliste le citavano perciò in giudizio per ottenere il risarcimento del danno asseritamente patito a causa del sovrapprezzo anticoncorrenziale dalle stesse praticato

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Manfredi*

- Nell'ambito delle azioni risarcitorie promosse dai consumatori asseritamente danneggiati – che hanno dato peraltro vita a una copiosa giurisprudenza a livello nazionale – si ponevano quindi varie questioni rispetto alle quali il Giudice di pace di Bitonto riteneva opportuno sollevare un rinvio pregiudiziale
- Nella sentenza, la Corte di giustizia ribadisce che l'efficacia dell'art. 101 (ex 81) TFUE sarebbe messa in discussione se chiunque non avesse la possibilità di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito a causa di un illecito concorrenziale
- Alla luce della fattispecie da cui traeva origine il rinvio pregiudiziale, affermare che «*chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata [dall'art. 101 TFUE] e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno*» equivaleva a un'implicita conferma che anche i consumatori fossero legittimati ad agire per il risarcimento del danno subito a causa di un illecito antitrust, in presenza di un nesso causale tra il pregiudizio asseritamente patito e l'illecito antitrust realizzato dall'impresa convenuta

Le prime sentenze della Corte di giustizia: la causa *Manfredi*

- Nella sentenza *Manfredi*, la Corte di giustizia offriva altresì chiarimenti utili a definire quale fosse il danno risarcibile, nel contesto delle azioni di danno antitrust: «*dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (damnum emergens), ma anche del mancato guadagno (lucrum cessans), nonché il pagamento di interessi*» (§95)
- Nell'ambito dei rinvii pregiudiziali, venivano poi sollevate ulteriori questioni relative a plurimi temi potenzialmente rilevanti nell'ambito delle azioni di danno antitrust (in particolare, per quanto riguarda i profili del nesso causale; della prescrizione; del riparto di competenze tra giudici; dei danni punitivi). Su tali profili, la Corte di giustizia non prendeva specificamente posizione ma si limitava ad affermare che, in assenza di un'apposita disciplina eurounitaria sul punto, fosse rimesso ai singoli ordinamenti stabilire la disciplina dell'esercizio del diritto a chiedere il risarcimento del danno antitrust (purché nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività)

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – la legittimazione attiva della Commissione europea

- Nella causa C-199/11, la Corte di giustizia muove i primi passi nell'elaborazione di una giurisprudenza fortemente «espansiva» della platea dei legittimati attivi all'esercizio dell'azione di danno antitrust
- La sentenza pregiudiziale trae origine da un'azione risarcitoria promossa dalla Commissione europea, quale asserito danneggiato dall'intesa (accertata dalla stessa Commissione, nonché successivamente anche da alcune autorità garanti della concorrenza nazionali) nel mercato degli ascensori e delle scale mobili
- La Corte di giustizia ha ritenuto che considerare ammissibile l'azione risarcitoria della Commissione non violasse i diritti di difesa delle convenute, nonché quelli a un equo processo e di parità delle armi: «l'articolo 47 della Carta non osta a che la Commissione intenti [...] un'azione di risarcimento dei danni subiti dall'Unione a seguito di un'intesa o di una pratica di cui essa stessa abbia constatato con propria decisione la contrarietà all'articolo [101 TFUE]»
- Spettava peraltro in ogni caso al giudice nazionale accertare l'eventuale danno e la sussistenza di un nesso di causalità diretta tra lo stesso e l'illecito antitrust

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Kone*

- Dopo la sentenza *Manfredi* (eccezione fatta per la fattispecie molto specifica affrontata nella causa C-199/11), per diversi anni non si registrano pronunce significative da parte della Corte di giustizia in relazione al profilo della legittimazione attiva all'esercizio di azioni risarcitorie antitrust
- Si deve attendere quindi il 2014, quando nella sentenza *Kone* (causa C-557/12) la Corte di giustizia mette ancora una volta in luce la potenzialità espansiva dei principi espressi in materia di *private antitrust enforcement*
- Il giudizio trae origine da un rinvio pregiudiziale della suprema Corte di giustizia austriaca (*Oberster Gerichtshof*), nell'ambito di un'azione risarcitoria promossa da una società che aveva acquistato beni e servizi non dalle imprese (convenute) “cartelliste”, bensì da una società terza, la quale – sulla base dell'accertamento contenuto in una precedente decisione della Commissione – non aveva preso parte all'intesa anticoncorrenziale
- Secondo la società attrice, il costo dei beni e servizi acquisiti dal “non cartellista” sarebbe stato superiore a quello che sarebbe stato praticato in assenza dell'intesa. Quest'ultima aveva invero rappresentato la fonte di un “prezzo guida” per tutti gli operatori del mercato (“*umbrella effect*”)

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Kone*

- Ancora una volta, al fine di rispondere al quesito pregiudiziale sottoposto, la Corte di giustizia ha rammentato che la piena efficacia dell'art. 101 TFUE e il suo effetto utile sarebbero posti in discussione se non fosse consentito a chiunque di agire in giudizio per il risarcimento del danno antitrust
- Come evidenziato nella sentenza *Manfredi*, la Corte di giustizia ribadiva perciò che tutti possono chiedere il risarcimento del danno asseritamente subito a causa di un illecito concorrenziale, quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e l'illecito antitrust
- Secondo la Corte di giustizia non si può escludere che anche un'impresa esterna a un'intesa pratici un prezzo superiore a quello che avrebbe praticato «*in normali condizioni di concorrenza, vale a dire in assenza dell'intesa*». Tale scelta, ancorché presa autonomamente dalla società «non cartellista» va ritenuta comunque influenzata dall'illecito realizzato dalle «cartelliste»
- Quanto all'accertamento del nesso di causalità, se è vero che in linea di principio spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire i principi relativi all'applicazione del nesso di causalità, deve comunque essere garantita la *piena effettività* del diritto UE antitrust

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Kone*

- Secondo la Corte di giustizia, subordinare la risarcibilità del «danno antitrust» alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, tale per cui non sarebbero risarcibili i danni conseguenti all'applicazione dei prezzi guida, porrebbe in discussione la piena effettività dell'art. 101 TFUE
- La Corte di giustizia afferma quindi che, in linea di principio, la vittima di un prezzo di protezione può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con questi
- Ciò potrà in particolare avvenire qualora venga accertato che – alla luce delle circostanze di specie – detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione. Inoltre, dovrà essere dimostrato che i membri dell'intesa non potessero ignorare l'esistenza di circostanze e peculiarità idonee a dar luogo alla fissazione di un *umbrella pricing*
- La sentenza, in sostanza, esprime il principio secondo cui la sussistenza di un nesso di causalità (e il diritto ad agire per il risarcimento del danno antitrust) non può essere esclusa per il solo fatto che manchi un «vincolo convenzionale» tra danneggiato e danneggiante

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Kone*

- Dunque, il danno risarcibile non è solo quello provocato ai compratori diretti del «cartello», ma in sostanza a tutti coloro che agiscono sul mercato in cui l'illecito antitrust ha avuto luogo
- In dottrina (LOMBARDI) è stato affermato che la sentenza «*difficilmente*» avrebbe potuto «*trascendere il caso dei danni da prezzi guida*». Peraltro, il riconoscimento della risarcibilità dei danni da *umbrella pricing* si colloca correttamente nelle «categorie» del diritto civile nazionale, rappresentando una fattispecie in cui pare sussistere sia la «causalità materiale» sia la «causalità giuridica», sicché è stato affermato che un giudice italiano sarebbe autonomamente dovuto giungere alle medesime conclusioni a cui è giunta la Corte di giustizia
- Il danno provocato a chi compra dall'impresa «non cartellista» è del resto una conseguenza probabile dell'illecito antitrust. Inoltre, l'applicazione di un *umbrella pricing* non pare rappresentare una «concausa» del danno prodotto dalla violazione del diritto della concorrenza
- Quanto al nostro ordinamento, al di là dello specifico caso degli *umbrella pricing*, resta fermo che si debba in ogni caso verificare caso per caso la sussistenza degli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria promossa e, in particolare, la sussistenza del nesso di causalità

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Otis*

- La Corte di giustizia ha da ultimo affrontato il tema della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno antitrust nella causa C-435/18 (*Otis GmbH*). Il rinvio pregiudiziale trae origine da un'azione risarcitoria esercitata nei confronti dei «cartellisti» da un finanziatore degli acquirenti di prodotti interessati dalla violazione antitrust. Gli attori/finanziatori sostenevano che il «sovrapprezzo» dei prodotti finanziati avrebbe provocato un danno anche a loro (i.e., impossibilità di utilizzare le somme finanziate a tasso agevolato per operazioni più redditizie)
- Il principio per cui chiunque deve poter agire per il risarcimento del danno asseritamente causato da una violazione del diritto della concorrenza, purché sussista un nesso causale tra danno e illecito antitrust, al fine di garantire la piena efficacia e l'effetto utile del diritto antitrust europeo viene ancora una volta declinato per espandere la «legittimazione attiva» – in linea di principio – anche ai soggetti che non fossero attivi nel mercato in cui sia stata realizzata la condotta illecita
- Secondo la Corte di giustizia, «*non è necessario [...] che il pregiudizio subito dalla persona interessata presenti inoltre un nesso specifico con 'l'obiettivo di tutela' perseguito dall'art. 101 TFUE*», ovvero sia garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Otis*

- «L'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che le persone che non operano come fornitori o come acquirenti sul mercato interessato da un'intesa, ma che hanno concesso sovvenzioni, nella forma di prestiti agevolati, ad acquirenti di prodotti offerti su tale mercato, possono chiedere la condanna delle imprese che hanno partecipato a tale intesa al risarcimento del danno che hanno subito in ragione del fatto che, essendo stato l'importo di tali sovvenzioni più elevato di quanto non sarebbe stato in assenza di detta intesa, queste persone non hanno potuto utilizzare la differenza ad altri fini più lucrativi»
- In relazione al caso da cui traeva origine il rinvio pregiudiziale, secondo la Corte di giustizia spettava però al giudice del rinvio valutare se, in concreto, si fosse verificato un pregiudizio per i finanziatori e, soprattutto, la sussistenza di un nesso di causalità con l'illecito antitrust
- La sentenza *Otis*, astrattamente, potrebbe rappresentare il fondamento del riconoscimento della legittimazione attiva ad agire per il risarcimento del danno antitrust per un numero tendenzialmente indefinito di soggetti (è importante, perciò, che una corretta valutazione della sussistenza del «nesso causale» temperi tale espansione potenzialmente incontrollata)

La giurisprudenza espansiva della Corte di giustizia – il caso *Otis*

- La sentenza *Otis* conferma inoltre, ancora una volta, che il principio di effettività del diritto dell'Unione europea impone di disapplicare tutte quelle disposizioni degli ordinamenti nazionali che possano ostacolare il raggiungimento degli obiettivi sottesi all'art. 101 (e 102) TFUE
- Nuovamente, la Corte di giustizia ha enfatizzato che tutti i «divieti» assoluti al diritto di agire per il risarcimento del danno antitrust sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea: è sempre necessario garantire ai giudici nazionali la possibilità di svolgere una valutazione «caso per caso»
- Con specifico riguardo al caso *Otis*, infatti, secondo la Corte di giustizia gli obiettivi perseguiti dall'art. 101 sarebbero stati seriamente posti in discussione se il diritto al risarcimento del danno fosse stato limitato ai soli fornitori e acquirenti attivi nel mercato rilevante in cui l'illecito antitrust ha avuto luogo
- Un tema non affrontato dalla sentenza (ma che già si era posto nel caso *Kone*) è se tale espansione del perimetro dei soggetti legittimati ad agire per il risarcimento del danno antitrust possa scoraggiare l'utilizzo dello strumento delle *leniency application*

La “nuova” giurisprudenza della Corte di giustizia – nuove questioni e problemi

- Negli ultimi anni, la Corte di giustizia ha proseguito nella sua opera di interpretazione del diritto antitrust europeo, anche in relazione a profili diversi dalla legittimazione attiva all'esercizio di azioni per il risarcimento del danno antitrust. Ciò è avvenuto anche a seguito dell'approvazione della Direttiva 2014/104/UE. Anzi, talune questioni si sono poste proprio nel ricercare «interpretazioni conformi» alla Direttiva (sia nell'ambito di azioni alle quali la stessa fosse applicabile *ratione temporis*; sia nell'ambito di azioni rispetto alle quali non fosse applicabile). Tra le altre, sono degne di nota le seguenti pronunce:
 - ❖ Sentenza *Cogeco Communications* (causa C-637/17), che ha affrontato fra gli altri i seguenti profili: i) «perimetro temporale» di applicazione della Direttiva 2014/104/UE; e ii) impatto del «principio di effettività» sulle previsioni nazionali in materia di prescrizione;
 - ❖ Sentenza *Skanska* (causa C-724/17), che ha affrontato fra gli altri i seguenti profili: i) applicabilità della nozione di impresa in senso antitrust anche nell'ambito del *private enforcement*; e ii) responsabilità risarcitoria del «successore» giuridico dell'autore di un illecito antitrust per i danni da quest'ultimo causati (c.d. «criterio della continuità economica»)

La “nuova” giurisprudenza della Corte di giustizia – nuove questioni e problemi

- ❖ Sentenza *Tibor-Trans* (causa C-451/18), che ha affrontato, fra l'altro, il tema della competenza giurisdizionale nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno antitrust (in particolare, fornendo delucidazioni su come debba essere identificato il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto»)
- ❖ Sentenza *Volvo* (causa C-30/20) che ha affrontato, anch'essa, il tema della competenza giurisdizionale nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno antitrust (fornendo delucidazioni anche riguardo alla ripartizione territoriale di competenza nell'ambito di singole giurisdizioni)
- ❖ Sentenza *Sumal* (causa C-882/19) che ha affrontato, fra l'altro, il tema della possibilità per un soggetto danneggiato da una impresa «madre» di richiedere il risarcimento del danno asseritamente patito alla società «figlia» dell'autrice materiale dell'illecito (e a prescindere dalla circostanza che la società figlia fosse o meno stata coinvolta nel procedimento antitrust «presupposto»)

Grazie per l'attenzione!



Finanziato dall'Unione Europea

**Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715**

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Direttiva sui danni



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

Introduzione – il lungo percorso verso l'adozione della Direttiva 2014/104/UE

- La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *private antitrust enforcement* ha rappresentato per molti anni l'unica «fonte» a livello UE della disciplina delle azioni per il risarcimento del danno antitrust. I principi dalla stessa espressi hanno costituito una guida per i giudici degli Stati membri nonché per lo sviluppo, di pari passo, di iniziative da parte della Commissione europea dirette all'adozione di un *corpus* normativo completo eurounitario in materia di risarcimento del danno antitrust
- Tra la sentenza *Courage e Crehan* e la sentenza *Manfredi*, veniva peraltro approvato il Regolamento (CE) 1/2003, che ha riformato in maniera sostanziale le regole applicative del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Tuttavia, tale fonte non conteneva previsioni direttamente riguardanti il profilo del *private enforcement*. Si dava però implicitamente conto della sua esistenza, ad esempio al considerando 7 e agli artt. 15 e 16, anche al fine di evidenziare l'interdipendenza tra *public enforcement* e *private enforcement* del diritto antitrust
- In dottrina, vi è chi ha giudicato criticamente la scelta di non intervenire sulla disciplina delle azioni di danno antitrust, anche per facilitarle, già con il Regolamento 1/2003 (EILMANSEBERGER)

Introduzione – il lungo percorso verso l'adozione della Direttiva 2014/104/UE

- Il tema del *private antitrust enforcement* rimaneva comunque oggetto di centrale attenzione da parte della Commissione europea (ad esempio, nel 2004, l'allora Commissario per la concorrenza Mario Monti evidenziava in un suo discorso l'importanza di garantire lo sviluppo del *private antitrust enforcement*, anche per un miglior funzionamento del mercato interno e della competitività dell'economia)
- Nel dicembre 2005, la Commissione adotta un *Libro Verde*, con lo scopo di porre le basi per la futura adozione di una disciplina in materia di *private antitrust enforcement* [*Libro verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672*]. Unitamente al Libro Verde, veniva adottato anche un documento di lavoro [*EC Commission staff working paper annex to the Green Paper damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19 December 2005, SEC (2005) 1732*]
- I documenti avevano lo scopo di «*individuare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema più efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e proporre vari spunti di riflessione e di possibile intervento per agevolare la proposizione di azioni di risarcimento danno*»

Introduzione – il lungo percorso verso l’adozione della Direttiva 2014/104/UE

- Nei citati documenti, veniva prefigurata la predilezione per un modello improntato a una logica deterrente e sanzionatoria e venivano affrontati plurimi temi (il problema dell’accesso alle prove; l’elemento soggettivo del «danneggiante»; la quantificazione dei danni; la traslazione del danno; la legittimazione ad agire dei consumatori; coordinamento tra *private enforcement* e *public enforcement*)
- Nel 2008, la Commissione europea pubblicava il *Libro Bianco* sulle azioni per il risarcimento del danno antitrust [*Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008)*]
- Unitamente al Libro Bianco venivano adottati un *Documento di lavoro* e una *Relazione sulla valutazione d’impatto*
- Nel Libro Bianco venivano affrontati temi in parte già oggetto del Libro Verde e in parte nuovi (e.g., legittimazione ad agire; accesso alle prove; vincolatività delle decisioni delle autorità garanti nazionali; quantificazione dei danni; prescrizione)

Introduzione – il lungo percorso verso l’adozione della Direttiva 2014/104/UE

- Nel Libro Bianco si poneva un accento sull’obiettivo di compensazione sotteso al *private antitrust enforcement* (precisando che l’integrale compensazione/riparazione delle vittime costituisce l’obiettivo principale, mentre l’effetto deterrente rappresentasse una conseguenza di ciò)
- Nel 2009, facendo seguito al Libro Bianco, la Commissione presenta una prima proposta di direttiva, successivamente ritirata a causa dei numerosi giudizi critici ricevuti (nella proposta, fra l’altro, veniva ipotizzato un modello di *class action* tipicamente nordamericano che non trova eguali in Europa di tipo *opt-out*, in forza del quale tutti gli appartenenti alla «classe» sono automaticamente inclusi nell’azione, salvo loro auto-esclusione)
- L’11 giugno 2013 è stata così presentata una nuova proposta di direttiva al Parlamento che l’ha approvata con emendamenti in prima lettura. Il testo della Direttiva (2014/104/UE) è entrato in vigore il 26 dicembre 2014
- La Direttiva si compone di 23 articoli, divisi in 7 capi, che dettano per la prima volta una disciplina organica della materia del *private antitrust enforcement*, con l’obiettivo di garantire il diritto dei danneggiati a un pieno risarcimento (art. 3, para. 1)

La Direttiva 2014/104/UE: il punto di partenza per lo sviluppo del *private antitrust enforcement*

- Come evidenziato dal considerando 5 della Direttiva, le azioni di risarcimento del danno antitrust rivestono un ruolo strategico nel quadro di un efficace sistema di *private enforcement*, a cui fanno da complemento vie alternative di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico
- I considerando da 7 a 10 evidenziano come le «*marcate differenze*» che esistevano nei sistemi di *private enforcement* dei singoli Stati membri fossero persino idonee a provocare distorsioni concorrenziali nei mercati in cui operano i soggetti danneggiati. La Direttiva ha quindi il dichiarato scopo di aumentare la certezza del diritto e ridurre le differenze fra gli Stati membri con riferimento al *private antitrust enforcement*
- «*È necessario, tenuto conto che le violazioni su vasta scala del diritto della concorrenza presentano spesso un elemento transfrontaliero, garantire condizioni più uniformi per le imprese operanti nel mercato interno e migliorare le condizioni alle quali i consumatori possono esercitare i diritti che derivano loro dal mercato interno*» (considerando 9)

La Direttiva 2014/104/UE: il punto di partenza per lo sviluppo del *private antitrust enforcement*

- La Direttiva «*ribadisce l'acquis comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, in particolare per quanto riguarda la legittimazione ad agire e la definizione di danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo*» (considerando 12)
- Come si avrà modo di evidenziare, la Direttiva reca numerose previsioni idonee a facilitare il *private antitrust enforcement*, tra cui: un sistema di *disclosure* delle prove, incluse quelle contenute nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza; la vincolatività nei giudizi risarcitori delle decisioni definitive di accertamento di un'infrazione emesse dalle autorità nazionali di concorrenza e la presunzione relativa circa l'esistenza di un danno nei casi di cartello. Inoltre, sono state previste disposizioni atte a facilitare la risoluzione consensuale delle controversie
- Vengono previste disposizioni dirette ad armonizzare gli ordinamenti nazionali anche in merito al regime della prescrizione delle azioni risarcitorie, alla responsabilità solidale tra i coautori della violazione, alle condizioni per far valere in giudizio l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo

La garanzia dei principi di efficacia e di equivalenza (art. 4)

- *«A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale»*
- Non tutti i profili rilevanti nell'ambito delle azioni antitrust sono oggetto di disciplina e/o armonizzazione. Taluni aspetti rimangono nella «competenza» regolatoria degli Stati membri. In continuità con quanto espresso dalla Corte di giustizia prima dell'adozione della Direttiva 2014/104/UE, tuttavia, la «regola aurea» di ogni previsione recata negli ordinamenti degli Stati membri è che debbano essere garantiti i principi di efficacia ed equivalenza

La divulgazione delle prove (artt. 5 - 8)

- *«Gli Stati membri provvedono affinché, nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno nell'Unione, su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto, alle condizioni precisate nel presente capo. Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali possano, su richiesta del convenuto, ingiungere all'attore o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti»* (art. 5, para. 1). L'art. 6 detta invece principi relativi alla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza
- Le azioni di danno antitrust richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica e, spesso, gli elementi probatori necessari per provare il danno subito non sono nella disponibilità dell'attore. Le disposizioni in materia di divulgazione delle prove mirano perciò a contemperare la garanzia del diritto di difesa del danneggiato con l'esigenza di prevenire istanze di divulgazione strategiche/esplorative

La divulgazione delle prove (artt. 5 - 8)

- Il problema della proporzionalità: la divulgazione delle prove deve essere limitata a «*quanto è proporzionato*». Il legislatore europeo non definisce il criterio di proporzionalità, ma indica solo alcuni elementi sulla base dei quali valutare la proporzionalità dell'esibizione
 - ❑ la misura in cui la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove;
 - ❑ la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento
 - ❑ presenza nelle prove di cui è richiesta la divulgazione di informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze (considerando anche le modalità adottate per proteggere tali informazioni)
- L'art. 5, para. 8, della Direttiva espressamente stabilisce che il medesimo articolo «*non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove*»

La divulgazione delle prove (artt. 5 - 8)

- L'art. 6 riguarda nello specifico la divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e detta disposizioni complementari e integrative rispetto a quelle relative all'esibizione di documenti in possesso delle parti o di terzi
- In relazione a tale tipologia di esibizione, l'art. 6 fornisce ulteriori indicazioni in merito ai criteri sulla base dei quali valutare la proporzionalità dell'istanza di parte
- Inoltre, vengono individuate tre distinte categorie di documenti, ciascuna caratterizzata da un diverso regime di esibizione (alcuni documenti possono essere oggetto dell'ordine di esibizione solo a procedimento antitrust concluso; altri non possono mai essere oggetto di esibizione; infine, la categoria residuale dei documenti non espressamente menzionati può essere oggetto di un ordine di esibizione anche prima della chiusura del procedimento istruttorio, purché nel rispetto degli altri presupposti – in particolare, proporzionalità dell'ordine di esibizione – previsti dalla Direttiva)
- In particolare, per quanto riguarda i documenti e le dichiarazioni prodotti nell'ambito di una *leniency application* trova puntuale approdo e chiarificazione la giurisprudenza della Corte di giustizia che in precedenza si era espressa sul punto

La divulgazione delle prove (artt. 5 - 8)

- Sin dalla sentenza della Corte di giustizia *Pfleiderer* (causa C-360/09) la Corte di giustizia ha ammesso che – in linea di principio – gli artt. 101 e 102 TFUE non ostano a che un soggetto che potenzialmente intenda agire in giudizio per il risarcimento del danno patito a causa di un illecito concorrenziale possa accedere ai documenti relativi a un programma di clemenza relativo a un procedimento antitrust avente ad oggetto l'illecito che gli avrebbe causato un danno
- La Direttiva garantisce un regime «privilegiato» e nega la possibilità di esibizione solo rispetto ai documenti e alle dichiarazioni specificamente realizzati al fine della partecipazione al programma di clemenza. Restano fuori (e sono perciò accessibili e passibili di ordine di esibizione) i documenti preesistenti alla domanda di clemenza
- L'art. 7 della Direttiva detta poi alcuni limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza (coerentemente con il regime previsto nell'ambito degli ordini di esibizione di tali documenti)
- L'art. 8 della Direttiva impone agli Stati membri di prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per le violazioni delle disposizioni in materia di divulgazione delle prove

L'effetto delle decisioni delle autorità garanti nazionali sulle azioni c.d. *follow-on* (art. 9)

- «*Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza*»
- «*Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti*»
- Per le decisioni della Commissione europea, l'art. 16 del Regolamento (CE) 1/2003, già prevedeva in capo ai giudici nazionali l'obbligo di evitare pronunce «*in contrasto*» con le decisioni adottate o contemplate dalla Commissione

L'effetto delle decisioni delle autorità garanti nazionali sulle azioni c.d. *follow-on* (art. 9)

- Nel considerando 34 della Direttiva si precisa che *«L'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione. Anche laddove una decisione abbia constatato una violazione di disposizioni del diritto nazionale della concorrenza in casi in cui le norme del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale sono applicate nello stesso caso e in parallelo, tale violazione dovrebbe considerarsi inconfutabilmente accertata»*
- La Direttiva 2014/104/UE è invece silente per quanto riguarda il valore, in successive cause *follow-on*, di decisioni di accettazione degli impegni
- Al considerando 22 del Regolamento (CE) 1/2003 viene affermato che le decisioni della Commissione con cui un procedimento viene chiuso con impegni *«lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato»*

I termini di prescrizione (art. 10)

- Nella sentenza *Manfredi*, prima dell'approvazione della Direttiva 2014/104/UE, era stato affermato che il profilo della prescrizione del diritto ad agire per il risarcimento del danno antitrust fosse questione la cui disciplina spettava agli ordinamenti nazionali
- *«Gli Stati membri stabiliscono [...] norme riguardanti i termini di prescrizione per intentare azioni per il risarcimento del danno. Tali norme determinano quando inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata del termine e le circostanze nelle quali il termine è interrotto o sospeso»* (para. 1). *«Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione»* (para. 2)
- *«Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni»* (para. 3). Il termine coincide con quello nazionale in tema di responsabilità extracontrattuale

I termini di prescrizione (art. 10)

- «*Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione sia sospeso o, a seconda del diritto nazionale, interrotto se un'autorità garante della concorrenza interviene a fini di indagine o di istruttoria avviata in relazione alla violazione del diritto della concorrenza [...]. La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo*» (para. 4)
- Al considerando 36 viene precisato che «*Gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti di applicazione generale, purché la durata di tali termini assoluti di prescrizione non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile esercitare il diritto al pieno risarcimento*». In sostanza, è nella facoltà degli Stati membri prevedere accanto a un termine di prescrizione c.d. breve, un termine lungo, assoluto e di portata generale decorrente dal giorno della violazione
- In dottrina, è stato osservato che l'armonizzazione delle norme sulla prescrizione nelle azioni per il risarcimento del danno antitrust rappresenta un punto centrale nel quadro normativo delineato dalla Direttiva 2014/104/UE (GRANIERI)

La responsabilità in solido (art. 11)

- «*Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, con l'effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito*» (para. 1)
- Sono previste alcune eccezioni (ai parr. 2 e ss.) riguardanti le PMI e i *leniency applicant*
- La Direttiva 2014/104/UE prevede altresì alcuni principi guida nella ripartizione interna delle responsabilità dei coautori dell'illecito
- «*Gli Stati membri provvedono affinché l'autore di una violazione possa recuperare da ogni altro autore della violazione un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza. L'importo del contributo di un autore della violazione che ha ottenuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di clemenza non supera l'importo del danno che esso ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti*»

La responsabilità in solido (art. 11)

- «*Gli Stati membri provvedono affinché, nella misura in cui la violazione del diritto della concorrenza abbia causato un danno a soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori diretti o indiretti degli autori della violazione, l'importo del contributo dal beneficiario dell'immunità agli altri autori della violazione sia determinato alla luce della sua responsabilità relativa per tale danno*» (para. 6)
- I principi espressi nella Direttiva, tuttavia, non indicano chiaramente il criterio in base al quale deve essere calcolata la quota di responsabilità di ciascun coautore della violazione del diritto della concorrenza
- Il considerando 37 offre taluni spunti a tal riguardo: «*La determinazione della parte corrispondente alla responsabilità relativa di un dato autore della violazione e i criteri rilevanti, quali il fatturato, la quota di mercato o il ruolo nel cartello, sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile, fermo restando il rispetto dei principi di efficacia e di equivalenza*»
- Come si vedrà, l'art. 11 della Direttiva è stato recepito pressoché pedissequamente a livello nazionale

Le altre disposizioni della Direttiva: il trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12 – 16)

- La traslazione del sovrapprezzo (*passing-on*) può essere definita come il processo per cui, nell'ambito di una catena verticale di relazioni economiche, il soggetto «intermedio» che sia vittima di un «sovrapprezzo» anticoncorrenziale da parte del proprio fornitore diretto trasferisca tale aumento di prezzo al proprio acquirente «a valle», il quale sopporta effettivamente il danno da sovrapprezzo
- La Direttiva detta il principio secondo cui «*il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione*». Tuttavia, richiede che «*siano evitati sia un risarcimento del danno superiore al danno causato all'attore dalla violazione del diritto della concorrenza sia l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione*». Viene in sostanza ammesso il c.d. *passing-on* offensivo
- Viene altresì previsto che il *passing-on* possa essere dedotto anche «difensivamente», come eccezione che il convenuto può invocare nei confronti dell'attore, al fine di provare che questi non abbia invero patito alcun danno (art. 13)

Le altre disposizioni della Direttiva: il trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12 – 16), la quantificazione del danno (art. 17) e la composizione consensuale delle controversie (artt. 18-19)

- Ai sensi dell'art. 16 della Direttiva, la Commissione ha emanato delle *Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto* (2019/C 267/07)
- L'art. 17 della Direttiva prevede regole in materia di quantificazione del danno, stabilendo in particolare al para. 2 una presunzione (relativa) secondo cui «*le violazioni consistenti in cartelli causino un danno*». Viene richiesto agli Stati membri di provvedere affinché le autorità garanti nazionali possano prestare assistenza alle Corti per quanto concerne la determinazione del *quantum*. In ogni caso, il risarcimento non può mai portare a una sovra-compensazione del danno subito (art. 3, para. 3)
- Gli artt. 18 e 19 recano disposizioni volte a favorire la composizione consensuale delle controversie (e.g., sospensione della prescrizione durante la durata del procedimento conciliativo; principi in materia di possibile esenzione dal regresso degli altri coautori per l'autore della violazione che raggiunga una transazione con i danneggiati)

Alcuni profili critici: l'area non coperta dall'armonizzazione

- La Direttiva 2014/104/UE non ha realizzato una completa armonizzazione nell'area del *private antitrust enforcement*: restano perciò ancora margini perché possano verificarsi fenomeni di c.d. *forum shopping*, in cui i soggetti asseritamente danneggiati cerchino di incardinare le loro azioni in giurisdizioni apparentemente «più favorevoli» (ancorché la Direttiva codifichi all'art. 4 i principi di equivalenza e di effettività delle disposizioni dei singoli Stati membri)
- La Direttiva, ad esempio, non affronta il tema del finanziamento da parte di terzi delle azioni risarcitorie, nonché quello delle azioni di classe. Tali profili, consentendo di superare gli ostacoli connessi ai costi dei giudizi risarcitori, avrebbero potuto ulteriormente incentivare lo sviluppo del *private antitrust enforcement*
- La Direttiva non definisce chiaramente il profilo dei soggetti «legittimati passivi» e «legittimati attivi» nell'ambito delle azioni di danno (quanto ai secondi, l'art. 1, para. 1, specifica generalmente che «*chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno*»)

Alcuni profili critici: l'area non coperta dall'armonizzazione – il nesso di causalità

- Persino alcuni elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust non sono oggetto di armonizzazione (l'elemento soggettivo dell'autore della violazione; il nesso causale)
- Proprio il nesso causale (tra danno e violazione) pare rappresentare il profilo maggiormente critico e idoneo a provocare controversie applicative nei singoli Stati membri. Ciò tanto più alla luce della circostanza che si tratta di elemento che deve essere sempre dimostrato dall'asserito danneggiato (che non può beneficiare a tal riguardo di alcuna «presunzione»). Il nesso causale viene affrontato solo incidentalmente dalla Direttiva e, in particolare, al considerando 11 si dà espressamente conto del fatto che non sia trattato ma che le norme nazionali sul punto debbano comunque rispettare i principi di efficacia ed equivalenza
- I precedenti della Corte di giustizia (causa C-435/18 – *Otis GmbH*) dimostrano che la prova del nesso causale rappresenta un punto centrale nella definizione del danno antitrust risarcibile. L'accertamento rigoroso del nesso causale è perciò funzionale a prevenire rischi di sottocompensazione o sovracompensazione

Alcuni profili critici: le questioni lasciate aperte dalla Direttiva

- In dottrina, è stato affermato che le disposizioni della Direttiva si articolano secondo regole principalmente applicabili ai cartelli. In sostanza, l'impianto della Direttiva si sviluppa secondo un'impostazione che di fatto immagina tali illeciti come la fattispecie principale da cui possano derivare azioni per il risarcimento del danno antitrust (DUNNE). Le azioni risarcitorie promosse dalle vittime di illeciti diversi dai cartelli non devono però essere trascurate, tanto più che pongono problemi specifici che non sono puntualmente affrontati nella Direttiva (DUNNE; MACKENRODT)
- La Direttiva appare inoltre principalmente modellata e pensata sulla base di azioni *follow-on*, senza offrire la stessa specifica considerazione alle azioni c.d. *stand-alone*
- Quanto all'ambito di applicazione temporale della Direttiva, l'art. 21 della Direttiva prevede che gli Stati membri debbano assicurare che le misure nazionali di recepimento adottate «*al fine di rispettare le disposizioni sostanziali* [della Direttiva] *non si applichino retroattivamente*». Una simile formulazione «generica» parrebbe in grado di produrre dubbi interpretativi (solo parzialmente risolti dalla sentenza della Corte di giustizia *Cogeco*, causa C-637/17)

Alcuni profili critici: le implementazioni «parzialmente difformi»

- In dottrina (RODGER, FERRO & MARCOS), è stato evidenziato come il recepimento della Direttiva (anche alla luce degli spazi dalla stessa lasciati aperti) non sia avvenuto in maniera completamente omogenea in tutti gli Stati membri. Ad esempio:
 - ❖ Quanto al profilo della responsabilità solidale, alcuni Stati membri hanno offerto principi guida per l'allocazione interna della responsabilità tra i vari coautori dell'illecito. Altri Stati membri hanno esteso la limitazione di responsabilità delle PMI non solo al caso in cui le stesse agiscano come fornitori, ma anche come acquirenti
 - ❖ Non c'è una completa uniformazione dei periodi di prescrizione (ad esempio, per quanto noto, in Lussemburgo è prevista una prescrizione di durata decennale/trentennale)
 - ❖ Non c'è uniformità nell'efficacia conferita alle decisioni di autorità garanti straniere (ad esempio, in Germania hanno addirittura un'efficacia vincolante se l'autorità straniera ha applicato le disposizioni di diritto antitrust UE o tedesche; ma non se ha applicato disposizioni di diritto antitrust nazionali)
 - ❖ In Polonia, la «presunzione di danno» è estesa a ogni tipologia di illecito antitrust. In alcuni Stati membri, poi, sono state introdotte presunzioni riguardanti il *quantum* del danno

La relazione sull'attuazione della Direttiva 2014/104/UE

- In esecuzione dell'art. 20 della Direttiva, il 14 dicembre 2020 la Commissione ha pubblicato una relazione sulla sua attuazione. Pur evidenziando la scarsità dei dati disponibili (a riprova di uno sviluppo non ancora del tutto maturo del *private enforcement* europeo) che non ha consentito di effettuare una valutazione rappresentativa, ha comunque espresso un giudizio positivo sull'implementazione della Direttiva e sulla sua capacità di garantire l'obiettivo di agevolare le azioni di risarcimento del danno antitrust. Secondo la Commissione, la Direttiva ha infatti aumentato la consapevolezza delle vittime dei loro diritti. Anche il continuo dialogo delle corti nazionali con la Corte di giustizia evidenzia il crescente interesse verso il *private enforcement*
- Secondo la Commissione, sinora non si sarebbero verificate criticità relative ad eventuali recepimenti difformi (o non conformi) nei singoli Stati membri (tanto più che, ad esempio, disposizioni come quella relativa all'esibizione delle prove sono state generalmente implementate pressoché pedissequamente dagli Stati membri)
- Nella relazione, la Commissione ha affermato che una volta accumulati sufficienti dati presumibilmente svolgerà una nuova valutazione dello stato di attuazione della Direttiva

Grazie per l'attenzione!



Finanziato dall'Unione Europea

Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Divulgazione delle prove



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

Introduzione – il *private enforcement* in Italia prima del d.lgs. 3/2017

- Come a livello UE, anche in Italia prima dell'approvazione del d.lgs. 3/2017 non era presente un quadro legislativo che disciplinasse specificamente le azioni per il risarcimento del danno antitrust (la stessa legislazione antitrust italiana è stata approvata solamente nel 1990)
- Prima dell'approvazione della l. 287/90, il tema delle azioni per il risarcimento del danno antitrust era emerso in uno dei progetti di legge antesignani della novella legislativa. Nel disegno di legge d'iniziativa del Senatore Rossi (n. 1012/1988) veniva infatti abbozzata una primigenia regolamentazione delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, disponendo che competenti in materia fossero le Corti d'Appello e prevedendo espressamente la legittimazione ad agire dei «*consumatori o concorrenti danneggiati*»
- Pur nell'embrionale sviluppo del *private enforcement* in Italia, già a partire dagli inizi del 2000 hanno iniziato a proliferare giudizi relativi ad azioni per il risarcimento del danno antitrust. In particolare, ciò è stato dovuto al citato filone giurisprudenziale relativo al cartello RC Auto, che ha dato vita a numerose azioni *follow-on* avviate dai consumatori nei confronti delle imprese assicuratrici responsabili dell'illecito
- La citata sentenza della Corte di giustizia *Manfredi*, pronuncia fondamentale per lo sviluppo del *private enforcement* europeo, trae del resto origine proprio dal contenzioso *follow-on* RC Auto avviato innanzi ai giudici italiani

Introduzione – il *private enforcement* in Italia prima del d.lgs. 3/2017

- Fino all'approvazione del d.lgs. 3/2017 le azioni per il risarcimento del danno antitrust erano quindi disciplinate dai principi generali dell'ordinamento e dall'elaborazione pretoria in materia
- L'unica disposizione specifica presente nel nostro ordinamento era quella recata dall'art. 33, co. 2, l. 287/90, che disponeva che «*Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio*» (attualmente, a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 18 d.lgs. 3/2017, è prevista la competenza inderogabile delle sole sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli)
- Come si avrà occasione di analizzare in relazione ai singoli specifici istituti, la giurisprudenza nazionale si è espressa su vari profili rilevanti ai fini delle azioni di *private antitrust enforcement* (tra i tanti, il tema della prescrizione, dell'efficacia delle decisioni di accertamento dell'AGCM nei successivi giudizi di *follow-on*, della prova del nesso di causalità e del danno)

Introduzione – il *private enforcement* in Italia prima del d.lgs. 3/2017

- Con il tempo, tale giurisprudenza ha in particolare permesso il consolidarsi di due principi fondamentali, che hanno rappresentato la base anche per il successivo sviluppo legislativo della materia
- Innanzitutto, la piena applicabilità delle previsioni e degli orientamenti giurisprudenziali in materia di *private enforcement* anche ai consumatori e non solo alle imprese concorrenti del preteso autore dell'illecito (in particolare, da ciò discendeva che l'art. 33, co. 2, l. 287/90 e il criterio di competenza ivi previsto fosse ritenuto inizialmente applicabile alle sole azioni promosse dalle imprese concorrenti; v. Cass. Civ. n. 17475/2002; tale orientamento è stato superato dalla pronuncia n. 2207/2005 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con cui è stata dichiarata l'applicabilità dell'art. 33, co. 2, anche alle azioni promosse da consumatori)
- Inoltre, la qualificazione della responsabilità «risarcitoria» antitrust come responsabilità di natura extracontrattuale (si veda ad esempio Cass. Civ., n. 8110/2013; tale qualificazione condiziona, in particolare, la durata del termine di prescrizione; per un'applicazione pratica v. Trib. Milano n. 8440/2014)

La divulgazione delle prove nell'ambito dei giudizi per il risarcimento del danno antitrust

- La raccolta e la produzione in giudizio, da parte dell'attore, di documentazione idonea a provare non solo l'illecito concorrenziale ma – anche e soprattutto – il danno patito ha rappresentato un tema centrale per la garanzia del diritto al pieno risarcimento del danno subito dalle vittime di comportamenti in violazione del diritto della concorrenza
- Tale ostacolo probatorio è particolarmente evidente nelle azioni *stand-alone*, che non possono neppure beneficiare di un previo accertamento del presunto illecito da parte dell'AGCM
- Come evidenziato anche dal considerando 14 della Direttiva 2014/104/UE: «*le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore*»
- Gli artt. 5-8 della Direttiva (recepiti nel nostro ordinamento con gli art. 3-6 del d.lgs. 3/2017) perseguono appunto tali obiettivi, predisponendo un articolato strumentario a disposizione dell'attore, mediante il quale possa ottenere più agevolmente quanto necessario per provare le sue allegazioni ed eventualmente ottenere l'accoglimento della domanda risarcitoria spiegata

La divulgazione delle prove nell'ambito dei giudizi per il risarcimento del danno antitrust – l'applicabilità *ratione temporis*

- Art. 19 d.lgs. 3/2017: «*Ai fini dell'applicazione temporale del presente decreto, gli articoli 3, 4, 5, 15, comma 2, quali disposizioni procedurali, si applicano ai giudizi di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza promossi successivamente al 26 dicembre 2014*»
- Avvalendosi della facoltà conferita dalla Direttiva in relazione alle disposizioni procedurali, il legislatore nazionale ha previsto una (parziale) applicazione retroattiva degli artt. 3, 4 e 5 del decreto legislativo, relativi alla divulgazione delle prove nell'ambito dei giudizi per il risarcimento del danno antitrust
- Per le norme sostanziali, invece, come prescritto dalla Direttiva non è possibile un'applicazione retroattiva
- Il perimetro temporale di applicazione di tali disposizioni (anticipato fin dove consentito dalla Direttiva) ne conferma l'essenziale importanza per gli attori nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno antitrust

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- *«Nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, su istanza motivata della parte, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa, il giudice può ordinare alle parti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità a norma delle disposizioni del presente capo.
Il giudice dispone a norma del comma 1 individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. La categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria.
Il giudice ordina l'esibizione, nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione e, in particolare:
a) esamina in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
b) esamina la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati;
c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi. (segue)*

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- **(segue)** *Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.
La parte o il terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione hanno diritto di essere sentiti prima che il giudice provveda a norma del presente articolo.
Resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso»*
- L'art. 3 reca la disciplina dell'ordine di esibizione delle prove, nei confronti delle parti o di un terzo, di quanto rientri nella loro disponibilità
- L'istituto è articolato secondo una necessaria iniziativa istruttoria di parte. La scelta è coerente con l'impostazione della Direttiva, che invero nulla disponeva in merito ad eventuali iniziative d'ufficio ad opera del giudice

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- L'istanza di parte (e il conseguente ordine di esibizione) può avere ad oggetto non solo uno specifico documento, ma anche «*categorie di prove*»
- In dottrina, è stato affermato che solo documenti preesistenti, dotati di una propria materialità (eventualmente anche informatica o elettromagnetica) possono essere oggetto di un ordine di esibizione (FINOCCHIARO). Non è mancato però chi (FABBI) ha sostenuto che l'art. 3 sarebbe applicabile anche ai mezzi di prova c.d. costituendi (ad esempio, consentendo all'attore di richiedere le informazioni da testimoni di cui non conosca con esattezza l'identità)
- L'incertezza interpretativa – che, per quanto noto, sinora la giurisprudenza non ha consentito di risolvere – trae origine dalla terminologia «generica» impiegata all'art. 3, dove si fa riferimento, generalmente, alle «prove»
- La definizione di «prova» fornita dall'art. 2 del d.lgs. 3/2017 è la seguente: «*tutti i tipi di mezzi prova ammissibili dinanzi al giudice adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate*»

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- Quanto ad eventuali limiti soggettivi, è stato evidenziato in dottrina (FINOCCHIARO) che il giudice italiano non incontri preclusioni di ordine territoriale in ragione del luogo in cui si trovi la residenza, il domicilio, la dimora o la sede del destinatario dell'ordine di esibizione
- A seguito dell'istanza di parte, al giudice è sostanzialmente demandata una valutazione volta ad evitare abusi dello strumento processuale, determinando se – effettivamente – si tratti di prove «*ragionevolmente disponibili*» e «*sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa*»
- Il giudice deve quindi convincersi che i documenti possano essere disponibili presso il destinatario dell'ordine. A tal riguardo, è compito del giudice delimitare nel modo più preciso possibile l'oggetto dell'ordine di esibizione, ossia individuare «*specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione*»
- In ogni caso, simili caratteri di specificità e precisione sono richiesti all'ordine di esibizione e non all'istanza istruttoria

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- Quanto alla specificità dell'istanza istruttoria, va tenuto a mente che il considerando 14 della Direttiva precisa che *«rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE»*
- *«Il riferimento a elementi e categorie di prove attenua l'onere di allegazione attoreo e testimonia un bilanciamento tra l'obbligo di divulgazione e il principio dispositivo delle prove»* (CORRENTI)
- L'istanza istruttoria, perciò, in linea di principio può essere meno precisa del successivo ordine di esibizione (purché non si risolva in un'istanza completamente generica e, di fatto, esplorativa)
- In ogni caso, la decisione del giudice in merito all'ordine di esibizione deve essere improntata al principio di proporzionalità (le lett. a-c del co. 3 dell'art. 3 offrono alcuni criteri guida per valutare la proporzionalità dell'istanza, ripresi pedissequamente dalla Direttiva)
- Particolare rilevanza nell'ambito della valutazione di proporzionalità è assunta dalla considerazione delle esigenze di riservatezza dei destinatari dell'ordine di esibizione

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- Le previsioni recate dall'art. 3, co. 4, tuttavia, chiariscono che le esigenze di riservatezza non possono di per sé sole condurre il giudice a negare l'accoglimento dell'istanza di parte, quanto piuttosto dovrebbero solamente indurre il giudice ad adottare specifiche misure a tutela della riservatezza dei documenti (a scopo esemplificativo e tenendo specificamente in considerazione quanto disposto dal co. 4, consentendone l'accesso solo ai legali delle parti e imponendo loro l'obbligo del segreto; «censurando» specifiche parti riservate di un documento; conferendo a esperti incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma riservata)
- L'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 3 precisa che *«Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali»* (tale specificazione è presente nel testo della Direttiva)
- In ogni caso, come ribadito dall'art. 3, co. 6, rimane ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente. Si tratta di una disposizione non innovativa ma ricognitiva di principi già da tempo diffusi (e sviluppatasi in relazione ai documenti acquisibili da parte delle autorità garanti della concorrenza nell'ambito dei loro procedimenti istruttori)

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- Si tratta del noto *legal professional privilege* (la cui *ratio* è garantire il diritto di difesa della parte che lo invochi) e sul quale la giurisprudenza amministrativa nazionale ha avuto occasione di pronunciarsi
- È stato sostenuto che i principi di matrice eurounitaria in materia debbano essere ritenuti applicabili anche a livello nazionale (Consiglio di Stato, n. 4016/2010)
- In linea di principio, pertanto, il *legal professional privilege* dovrebbe tutelare solo la riservatezza delle conversazioni intercorse con i legali esterni, ma non quelle con i legali interni. Fermo restando che potrebbe darsi il caso di un documento che vada considerato solo parzialmente riservato (perché riguardante solo parzialmente comunicazioni tra l'avvocato e il cliente)
- In linea di principio, è stato affermato che note interne all'impresa, che riproducano il testo di una comunicazione intervenuta con un avvocato esterno e indipendente in relazione a una consulenza legale ricevuta, dovrebbero essere considerate coperte dal *legal professional privilege* (Consiglio di Stato, n. 4016/2010)

L'art. 3 del d.lgs. 3/2017

- Come richiesto dalla Direttiva, l'art. 3 conferisce in capo alle parti nei confronti delle quali intenda ordinare l'esibizione il diritto di essere sentite (prima, appunto, dell'ordine di esibizione). Tale audizione è funzionale a consentire alle parti di evidenziare eventuali interessi meritevoli di tutela che ostino all'esibizione
- Il d.lgs., tuttavia, non fornisce chiarimenti di ordine sulle modalità con cui debba avvenire l'audizione. In dottrina, elaborando a partire dai principi processualcivilistici generali, è stato suggerito che il giudice – ricevuta l'istanza istruttoria – debba fissare un'udienza appositamente destinata all'audizione (FINOCCHIARO)
- Conclusivamente, l'esibizione ex art. 3 del d.lgs. appare avere carattere speciale rispetto a quella di cui all'art. 210 c.p.c., sicché in caso di lacune della disciplina portata dall'art. 3 dovrebbe potersi analogicamente far riferimento all'istituto «generale» disciplinato dal Codice di Procedura Civile (FINOCCHIARO; il quale però esclude l'applicabilità analogica dell'art. 210, co. 3, c.p.c., che prevede che se l'esibizione comporta una spesa questa debba in ogni caso essere anticipata dalla parte istante, perché si scontrerebbe con il principio di *efficacia* di cui all'art. 4 della Direttiva)
- Rimane ferma la fondamentale distinzione per cui l'esibizione ex art. 210 c.p.c. può essere disposta altresì d'ufficio (ma non quella ex art. 3, d.lgs. 3/2017)

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- *«Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova. Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza a norma dell'articolo 3 e secondo quanto disposto dal presente articolo. Quando il giudice valuta la proporzionalità dell'ordine di esibizione considera altresì:*
 - a) se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza;*
 - b) se la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza;*
 - c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza in relazione a quanto previsto dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 4, o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del comma 7.**Il giudice, solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza, può ordinare l'esibizione delle seguenti categorie di prove: (segue)*

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- **(segue)** *a) informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza;*
 - b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento;*
 - c) proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate.**Il giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un 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.*
Il giudice può ordinare l'esibizione delle prove che non rientrano nelle categorie di cui ai commi 4 e 5, primo periodo, anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza.

(segue)

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- **(segue)** *Quando l'autorità garante della concorrenza intende fornire il proprio parere sulla proporzionalità della richiesta di esibizione può presentare osservazioni al giudice. Al fine di consentire all'autorità garante della concorrenza di esercitare la facoltà di cui al periodo precedente, il giudice informa la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.
Nei casi di cui al comma 4, quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza ed è necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, il giudice può sospendere il giudizio fino alla chiusura del predetto procedimento con una decisione dell'autorità o in altro modo.
Sono fatte salve le norme e prassi previste dal diritto dell'Unione o le specifiche disposizioni nazionali sulla protezione dei documenti interni delle autorità garanti della concorrenza e della corrispondenza tra tali autorità»*

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- L'art. 4 del d.lgs. 3/2017 disciplina l'ordine di esibizione di documenti contenuti nel fascicolo istruttorio di un'autorità garante della concorrenza. In sostanza, le disposizioni – anche procedurali – relative all'ordine di esibizione nei confronti delle parti e dei terzi sono integrate e specificate in relazione a tale ipotesi di esibizione
- Il richiamo alle disposizioni previste dall'art. 3 del d.lgs. 3/2017 comporta che – a differenza della richiesta d'informazioni alla p.a. ex art. 213 c.p.c. – l'ordine di esibizione di cui all'art. 4 del d.lgs. 3/2017 possa avvenire solo a seguito di istanza di parte (e non d'ufficio)
- La norma ha carattere residuale e può essere applicata solo se né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire la prova
- Le disposizioni previste dall'art. 4, co. 3, impongono per tali ordini di esibizione una valutazione ancor più cauta quanto alla proporzionalità dell'ordine, sulla base di criteri specifici e ulteriori rispetto a quelli previsti in relazione all'ordine di esibizione nei confronti delle parti o dei terzi (i criteri sono comunque pedissequamente ripresi dalla Direttiva)

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- In generale, l'art. 4 distingue i documenti del fascicolo istruttorio in tre categorie, a seconda del regime previsto per la loro ostensione. Vengono espressamente individuati i documenti che non possono mai essere oggetto di esibizione (art. 4, co. 5) e quelli che, invece, possono essere oggetto di un ordine di esibizione solamente una volta concluso il procedimento istruttorio (art. 4, co. 4). I documenti non menzionati in queste due categorie possono essere oggetto dell'ordine di esibizione anche prima della conclusione del procedimento antitrust, purché ovviamente nel rispetto dei principi previsti dagli artt. 3 e 4 del d.lgs. 3/2017
- Tra i documenti che non possono mai essere oggetto di un ordine di esibizione vi sono quelli relativi alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione (se disciplinate dall'autorità antitrust rilevante)
- L'art. 2 del d.lgs. 3/2017 definisce la dichiarazione legata a un programma di clemenza come segue: *«una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, ovvero una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata alla medesima autorità garante allo scopo di ottenere la non applicazione o una riduzione delle sanzioni ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti»*

L'art. 4 del d.lgs. 3/2017

- Di estrema importanza ai fini della corretta perimetrazione dei documenti per i quali non è possibile richiedere l'esibizione a un'autorità garante della concorrenza è la definizione di **«informazioni preesistenti»**
- Le informazioni preesistenti **non** rientrano nel divieto di esibizione: l'art. 2 del d.lgs. 3/2017 definisce come tali *«le prove esistenti indipendentemente dal procedimento di un'autorità garante della concorrenza a prescindere dalla presenza o meno delle suddette informazioni nel fascicolo della predetta autorità»*
- Tale definizione ha l'effetto di evitare che il *leniency applicant* possa pretestuosamente allegare alla sua domanda di clemenza documentazione idonea e necessaria per l'accoglimento di eventuali azioni risarcitorie, così di fatto precludendone definitivamente l'accesso ai soggetti che eventualmente agissero in giudizio per ottenere il risarcimento del danno causato dall'illecito antitrust
- Al fine di non pregiudicare in maniera sproporzionata la possibilità dell'attore di accedere a documenti potenzialmente rilevanti, sempre pedissequamente recependo la Direttiva, viene prevista la possibilità per l'attore di proporre istanza motivata perché il giudice acceda alle prove presenti nel fascicolo dell'autorità garante e le analizzi affinché possa effettivamente appurare che le stesse rientrino nella categoria di documenti di cui non è mai possibile ordinare l'esibizione

Gli artt. 5 e 6 del d.lgs. 3/2017 i limiti all'uso di prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante e le sanzioni per le violazioni degli ordini di esibizione

- È possibile che un soggetto che intenda agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno patito a causa di un illecito concorrenziale già accertato da un'autorità garante della concorrenza, al fine di preconstituirsì documentazione idonea ad agire in giudizio, acceda «in via amministrativa» agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio, estraendone copia
- Anche se i documenti fossero ottenuti per tale via «stragiudiziale», l'art. 5 del d.lgs. 3/2017 ripropone i limiti previsti all'art. 4, così che: i documenti per cui non è possibile in ogni caso l'ordine di esibizione non possono essere prodotti in giudizio; quelli per cui l'ordine di esibizione è concesso solo al termine del procedimento antitrust potranno essere prodotti in giudizio solo dopo tale momento
- Per quanto riguarda le prove appartenenti alla categoria «residuale», potranno essere prodotti in giudizio solamente *«dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto»*
- Al fine di garantire che le parti (o i terzi) ottemperino agli ordini di esibizione, l'art. 6 prevede sanzioni amministrative pecuniarie per la mancata ottemperanza all'ordine senza giustificato motivo nonché per il mancato rispetto delle misure in tema di riservatezza imposte dal giudice. Inoltre, sono previste sanzioni amministrative pecuniarie anche nell'ipotesi di distruzione di prove potenzialmente utili per il giudizio risarcitorio (a prescindere da quando tale distruzione sia avvenuta)

Gli artt. 5 e 6 del d.lgs. 3/2017 i limiti all'uso di prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante e le sanzioni per le violazioni degli ordini di esibizione

- Le predette sanzioni amministrative pecuniarie possono essere irrogate anche ai rappresentanti legali della parte o del terzo autori della violazione (art. 6, co. 5, d.lgs. 3/2017)
- Sul piano delle sanzioni di carattere processuale, l'art. 6, co. 6, prevede che *«se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice a norma dell'articolo 3 o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce»*. La soccombenza della parte non è automatica ma sarà il giudice a dover valutare, secondo il suo prudente apprezzamento, l'intero quadro probatorio emergente all'esito del giudizio, anche in considerazione del mancato adempimento dell'ordine di esibizione o della distruzione di prove rilevanti
- Sempre sul piano delle sanzioni di carattere processuale, è prevista anche una conseguenza particolarmente grave per l'utilizzazione di prove in violazione del comb. disp. degli artt. 4 e 5 d.lgs. 3/2017: *«il giudice può respingere in tutto o in parte le domande e le eccezioni alle quali le prove si riferiscono»*

Accenni ai poteri istruttori officiosi del giudice elaborati in via giurisprudenziale

- Le disposizioni in materia di esibizioni dei documenti recate dal d.lgs. 3/2017, come visto, presuppongono una previa istanza di parte, sicché l'esibizione non può essere ordinata d'ufficio da parte del giudice
- Ciò tuttavia pone alcuni problemi di coordinamento con la giurisprudenza sviluppatasi prima dell'approvazione del d.lgs. 3/2017, la quale – al fine di rendere effettivi i diritti dei danneggiati da violazioni della concorrenza, in particolare nelle c.d. azioni *stand-alone* – riteneva andassero interpretate estensivamente le previsioni in materia di poteri istruttori d'ufficio del giudice («il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza [...] tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza. E' un obiettivo che può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del Reg. CE n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale»; Cass. Civ. n. 11564/2015; in senso analogo Cass. Civ. nn. 29237 e 29238/2019)

Accenni ai poteri istruttori officiosi del giudice elaborati in via giurisprudenziale

- La Cassazione ha affermato che il principio dell'onere della prova non possa essere applicato meccanicamente, senza che il giudice valuti l'opportunità di attivare i propri poteri istruttori anche d'ufficio
- Ad esempio, in Cass. Civ. n. 11564/2015 è stata cassata con rinvio una sentenza che aveva rigettato un'azione *stand alone* per un presunto danno causato da un abuso di posizione dominante. Ciò, fra l'altro, sulla base della considerazione che l'attore non avesse provato la corretta identificazione del mercato rilevante su cui sarebbe avvenuto l'ipotetico abuso
- «La Corte di merito, senza svolgere un'attività istruttoria, ha fatto meccanica applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una private antitrust litigation non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In giudizi di questo tipo [...] sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del "mercato rilevante") che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito»
- Nel caso di specie, a scopo esemplificativo, secondo la Corte di Cassazione si sarebbe potuta disporre una consulenza tecnica d'ufficio, al fine di agevolare l'onere probatorio dell'attore

Grazie per l'attenzione!



Finanziato dall'Unione Europea

**Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715**

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Effetto delle decisioni in materia di infrazione nazionali



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

Dalla «prova privilegiata» all'efficacia vincolante delle decisioni di accertamento delle autorità garanti della concorrenza

- L'art. 7 del d.lgs. 3/2017 ha recepito l'art. 9 della Direttiva e ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della vincolatività delle decisioni dell'AGCM nell'ambito delle successive azioni di danno (limitatamente alla natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale)
- Il principio rappresenta di fatto un'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali del nostro ordinamento, i quali – prima ancora dell'approvazione della Direttiva – avevano sviluppato la nozione di c.d. «*prova privilegiata*», con lo scopo di agevolare l'esercizio delle azioni di danno antitrust (in particolare, per ciò che concerne il profilo della prova dell'illecito da parte dell'attore)
- In sostanza, ferma l'autonomia fra giudizio civile (risarcitorio) e procedimento/giudizio amministrativo (di *public enforcement*), il nostro ordinamento era già da tempo caratterizzato dalle interdipendenze tra «sede civile» e «sede amministrativa», sicché il giudizio risarcitorio è da sempre stato soggetto all'influenza dei risultati dell'accertamento dell'AGCM
- I principi sono stati elaborati a partire dal «filone» giurisprudenziale sviluppatosi intorno alle cause *follow-on* relative al cartello RC Auto

La «prova privilegiata»: una categoria di creazione giurisprudenziale

- Già sulla base della sentenza n. 2305/2007 della Corte di Cassazione era stata elaborata la massima secondo cui «*qualora l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo*»
- La sentenza della Corte di Cassazione ha posto le basi per la successiva evoluzione della nozione di prova privilegiata: al fine di provare la violazione antitrust, per il danneggiato era sufficiente allegare «*l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa*». Veniva inoltre ammessa – in linea di principio – la prova per presunzioni sia del nesso di causalità che del danno

La «prova privilegiata»: una categoria di creazione giurisprudenziale

- Il riferimento espresso alla «prova privilegiata» compare per la prima volta nella sentenza della Cassazione n. 3640/2009. Si tratta, in sostanza, di una prova *prima facie* della violazione delle norme a tutela della concorrenza, superabile dall'impresa convenuta fornendo la prova contraria
- La decisione dell'AGCM che accerta un illecito antitrust ha tale «valore» con riferimento alla ricostruzione dei fatti e alla qualificazione di anti giuridicità della condotta
- Benché il provvedimento AGCM non costituisca un presupposto processuale per l'instaurazione del giudizio ordinario, le indagini di natura «tecnica» ed «economica» necessarie per l'accertamento di un illecito antitrust suggeriscono di conferire un'elevata attitudine probatoria ai provvedimenti dell'autorità garante di accertamento dell'illecito
- Secondo la Cassazione, le azioni di danno antitrust «*certamente quando proposte dai consumatori ma per lo più anche quando proposte da un'impresa concorrente, presuppongono fisiologicamente un tale provvedimento in quanto la complessità dell'accertamento delle condotte anticoncorrenziali esclude di fatto che esse possano essere dedotte e provate dal singolo consumatore o concorrente*» (Cass. Civ. n. 11904/2014)

La «prova privilegiata»: una categoria di creazione giurisprudenziale

- Al netto delle sue specificità, la «prova privilegiata» va ricondotta alla categoria delle presunzioni (*ex multis* PASQUARELLI) sebbene non presunzione *iuris et de jure* ma presunzione *iuris tantum*
- Ben presto, la facoltà per l'impresa convenuta di fornire una prova contraria si restringe notevolmente. La Cassazione chiarisce che – visto il valore di prova privilegiata della decisione AGCM – non possano rimettersi in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in sede di accertamento pubblicistico della violazione (Cass. Civ. n. 13486/2011)
- In sostanza, ferma la necessità di garantire il diritto di difesa dell'impresa convenuta permettendole di fornire una prova contraria circa la sussistenza del preteso illecito, la Corte di Cassazione chiarisce che la difesa dinanzi al giudice civile non può risolversi in una mera duplicazione di quella già svolta in sede amministrativa
- L'orientamento della Cassazione consolidatosi, dunque, lascia dubbi sulla possibilità di qualificare la «prova privilegiata» come una mera presunzione *iuris tantum* rimessa al prudente apprezzamento del giudice

La «prova privilegiata»: una categoria di creazione giurisprudenziale

- In Cass. Civ. n. 9116/2014 emerge un consistente sforzo di «categorizzare» nel nostro ordinamento la nozione di prova privilegiata: *«la prova acquisita [nel procedimento AGCM] è in grado di esonerare, ove questi se ne voglia avvalere, il danneggiato dalla reiterazione degli accertamenti di fatto o della valutazione degli elementi già operata in sede di procedimento amministrativo e di giudizio avverso il provvedimento di accertamento dell'infrazione ed irrogazione della sanzione: ed in tal senso può parlarsi allora di prova privilegiata (se non di vera e propria presunzione iuris tantum o comunque di elemento di prova fondato [...] sulla teoria della c.d. prova atipica), benché non già di prova legale, essendo chiuso il numero dei casi in cui il giudice è vincolato alla valenza probatoria di un particolare elemento»*
- Come anticipato, la *ratio* del riconoscimento del valore di prova privilegiata alle decisioni AGCM è quella di agevolare l'onere probatorio dell'attore, che va però oltre una semplice *relevatio ab onere probandi* e si trasforma in una tendenziale cristallizzazione dei fatti accertati dall'AGCM
- Diventa pressoché incontrovertibile l'accertamento svolto in sede amministrativa

La «prova privilegiata»: una categoria di creazione giurisprudenziale

- Tale orientamento è stato peraltro oggetto di critica da parte della dottrina (FRIGNANI), in quanto ritenuto inconciliabile con le categorie di presunzioni e di prove esistenti nel nostro ordinamento. Più nel dettaglio, è stato – anche di recente – affermato che la prova privilegiata sia una formula *«inedita ed atecnica»* (NEGRI), *«volutamente generica»* (GOISIS) o persino una *«invenzione della giurisprudenza di cui non si conoscono bene i contorni»* (FRIGNANI)
- La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che il valore di prova privilegiata non si estende agli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del danno (sussistenza dei danni, nesso di causalità, quantificazione del risarcimento, analisi delle diverse componenti del danno), la cui prova rimane comunque a carico dell'attore (emblematicamente, in un'azione *follow-on* per un danno da presunto abuso di posizione dominante, con la sent. n. 1672/2018 il Trib. di Milano ha affermato che *“tale efficacia probatoria deve intendersi limitata all'accertamento della posizione rivestita sul mercato dalla società indagata, alla qualifica di tale posizione come dominante, alla sussistenza del comportamento accertato e alla sua qualificazione come abuso della posizione dominante, senza dunque estendersi altresì anche all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni»*)

L'art. 7 del d.lgs. 3/2017

- «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove. Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»

La vincolatività dell'accertamento AGCM

- Si passa dalla «prova privilegiata» al *binding effect* delle decisioni di accertamento dell'AGCM
- L'art. 7 del d.lgs. 3/2017 recepisce l'art. 9 della Direttiva, precisando il «perimetro applicativo» dell'efficacia vincolante della decisione AGCM in conformità con il considerando 34 («*siffatta constatazione dovrebbe essere ritenuta definitivamente accertata in azioni per il risarcimento del danno riguardanti la violazione in questione intentate nello Stato membro dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice del ricorso*») e optando per la scelta di precisare espressamente che l'efficacia vincolante dell'accertamento AGCM non si estende alla sussistenza del preteso danno e del nesso di causalità tra questo e la condotta illecita
- Sostanzialmente, viene evitata una duplicazione dell'attività istruttoria e delle valutazioni giuridiche già condotte dall'autorità garante precedente
- Inoltre, vengono prevenuti accertamenti contrastanti tra *public* e *private enforcement*
- L'effetto vincolante riguarda comunque solamente le decisioni che *accertano una violazione del diritto della concorrenza* non estendendosi a decisioni dell'Autorità che chiudano in altro modo il procedimento (e.g., decisioni di chiusura del procedimento con accettazione degli impegni proposti dalla parte)

La vincolatività dell'accertamento AGCM

- Si passa, come detto, dalla presunzione sottesa alla nozione di «prova privilegiata» (che almeno in linea di principio lasciava all'impresa convenuta uno spazio per la prova contraria) a una presunzione assoluta circa l'esistenza della violazione. Resta a carico dell'attore solo la prova del nesso di causalità e del danno
- Con una disposizione non direttamente ripresa dalla Direttiva, il legislatore nazionale ha avuto cura di inserire una espressa disposizione riguardante i «poteri» del giudice amministrativo (i.e., il giudice del ricorso avverso la decisione AGCM) in sede di ricorso, affinché fosse a questi garantita una *full-jurisdiction* sul provvedimento dell'Autorità (con la sola esclusione dei profili tecnici che presentano un margine di opinabilità). Lo scopo della disposizione è – come affermato anche dalla relazione illustrativa al d.lgs. – «recuperare» i diritti di difesa dell'impresa convenuta quantomeno in sede di impugnazione della decisione di accertamento dell'AGCM
- In linea di principio, perciò, il giudice amministrativo dovrebbe poter andare oltre un «mero» controllo di legittimità della sanzione, sostituendo (salvi i profili che presentino margini di opinabilità) la sua valutazione a quella dell'autorità procedente

La vincolatività dell'accertamento AGCM

- Sul piano processuale, l'efficacia conferita alla decisione AGCM dal d.lgs. 3/2017 ha portato la più recente giurisprudenza di merito a ritenere che tra l'azione risarcitoria *follow-on* e il giudizio di impugnazione della decisione AGCM che abbia accertato l'illecito concorrenziale da cui trae origine l'azione risarcitoria sussista un nesso di pregiudizialità-dipendenza
- Secondo tale giurisprudenza, infatti, al momento dell'impugnazione della decisione AGCM si configura un'ipotesi di pregiudizialità in senso tecnico
- Solo in caso di conferma della decisione da parte del giudice amministrativo il giudice civile sarebbe vincolato *ex lege* rispetto ad un elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria
- Nel caso, invece, di accoglimento del ricorso dell'impresa sanzionata, il giudice civile risulterebbe libero di valutare la sussistenza del presunto illecito denunciato dall'attrice

La vincolatività dell'accertamento AGCM

- Alla luce di tale relazione di pregiudizialità-dipendenza, alcuni arresti giurisprudenziali hanno sostenuto che al momento della proposizione del ricorso in sede amministrativa, il giudizio civile debba essere sospeso ex art. 295 c.p.c. («*Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*»)
- Già nel corso dei lavori preparatori per l'adozione dello schema di d.lgs. di recepimento della Direttiva 2014/104/UE erano emersi timori di un contrasto dell'art. 9 della Direttiva con i principi del nostro ordinamento. Tanto che, nella relazione illustrativa allo schema di d.lgs., si legge che il giudice del risarcimento non sarebbe in ogni caso soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva «*qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità, ferma restando, in ogni caso, l'incontestabilità del provvedimento dell'AGCM da parte dell'autore della violazione che, pur potendo impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo, non lo abbia fatto. In altri termini, il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile [...] sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte a una evidente illegittimità*»

I dubbi di compatibilità dell'art. 7 del del d.lgs. 3/2017 con il nostro ordinamento

- Sebbene le argomentazioni espresse nella relazione illustrativa non abbiano trovato seguito nel testo approvato, denotano l'approccio critico assunto nei confronti del *binding effect* delle decisioni delle autorità antitrust
- Già nel 2008, al tempo dell'adozione del Libro Bianco della Commissione sul *private antitrust enforcement*, *stakeholders* e istituzioni del nostro ordinamento (AGCM; Confindustria; Presidenza del Consiglio dei Ministri) non si erano espressi positivamente circa l'intenzione della Commissione di conferire un *binding effect* alle decisioni di accertamento delle autorità garanti della concorrenza
- In dottrina, è stato da più voci osservato che il valore conferito dal d.lgs. 3/2017 alle decisioni AGCM potrebbe non essere compatibile con i principi del nostro ordinamento. In particolare, per il potenziale pregiudizio al diritto di difesa dell'impresa convenuta in sede civile nonché per il rischio di violazione del precetto costituzionale che sottopone il giudice soltanto alla legge: il giudice civile infatti non può discostarsi da quanto precedentemente accertato in via definitiva dall'AGCM

I dubbi di compatibilità dell'art. 7 del d.lgs. 3/2017 con il nostro ordinamento

- L'art. 7 è quindi parso configgere con l'autonomia che ontologicamente dovrebbe appartenere all'organo giurisdizionale: attribuire il valore di prova vincolante alla decisione AGCM nel processo civile porterebbe a superare l'autonomia reciproca dei rapporti tra procedimento/provvedimento amministrativo e processo/sentenza civile, limitando sensibilmente il libero convincimento del giudice nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno antitrust (PORENA)
- Anche il «previgente» concetto di prova privilegiata è stato valorizzato per affermare che l'ulteriore compressione del diritto di difesa dell'impresa convenuta prodotto dall'art. 7 del d.lgs. 3/2017 rappresenterebbe un bilanciamento irragionevole tra l'esigenza di garantire il diritto risarcitorio dei danneggiati (facilitandone l'onere probatorio) e quella di tutelare il diritto di difesa dell'impresa convenuta
- In dottrina (REA) è stato affermato che una recente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 13/2019, sull'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata dall'AGCM) abbia implicitamente confermato la compatibilità con il nostro ordinamento dell'art. 7 del d.lgs.

I dubbi di compatibilità dell'art. 7 del d.lgs. 3/2017 con il nostro ordinamento

- La Corte Costituzionale ha affermato infatti incidentalmente in primo luogo che il procedimento condotto dall'AGCM è compatibile con il diritto di difesa costituzionalmente garantito all'impresa oggetto di istruttoria
- La decisione dell'AGCM è poi anche oggetto di (possibile) controllo giurisdizionale di merito ad opera di TAR Lazio e Consiglio di Stato
- Inoltre, è necessario garantire la stabilità degli effetti amministrativi nel tempo (e, quindi, la definitività del provvedimento dopo che sono stati esauriti gli ordinari mezzi di impugnazione)
- *«In effetti, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non fa altro che attribuire alla decisione divenuta definitiva, già stabile nei suoi effetti, un valore ulteriore in sede di giudizio civile, senza però precludere in alcun modo il pieno diritto di difesa e l'autonomo convincimento del giudice»* (REA)

L'effetto di decisioni diverse da quelle “in materia di infrazione nazionali”

- Come visto, l'efficacia vincolante di cui all'art. 7 d.lgs. 3/2017 è conferita solamente alle decisioni con le quali l'AGCM accerti una violazione del diritto della concorrenza. Trattandosi di disposizione «eccezionale», non può del resto essere interpretata estensivamente
- L'art. 7, co. 2, reca ulteriori disposizioni specifiche solo in merito alle decisioni definitive con cui un'autorità nazionale garante della concorrenza di altro Stato membro (eventualmente confermate in sede di ricorso) accerta una violazione del diritto della concorrenza. Le stesse hanno valore di prova (ancorché «*valutabile insieme ad altre prove*»). Anche in tal caso, tale «valore» è limitato alla natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale
- Nulla è detto in merito all'efficacia delle decisioni con le quali l'AGCM non irroga alcuna sanzione
- Di particolare interesse è l'efficacia che possono assumere decisioni con cui l'Autorità accetti gli impegni proposti dalle parti, chiudendo il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione. In mancanza di previsioni espresse recate dal d.lgs. 3/2017, soccorrono gli orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi parallelamente all'elaborazione della nozione di «prova privilegiata» e ulteriormente proseguiti anche a seguito dell'approvazione del d.lgs. 3/2017

L'effetto delle decisioni di «accettazione degli impegni»

- Art. 9, Regolamento UE 1/2003: «*Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato. La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento: a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti*»
- Art. 14-ter, l. 287/90 «*Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del comma 1 può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato. L'Autorità può d'ufficio riaprire il procedimento [in casi analoghi a quelli previsti dall'art. 9, Reg. 1/2003]*»
- Le decisioni di accettazione degli impegni chiudono il procedimento senza accertamento dell'infrazione, sulla base di specifiche condotte/iniziative delle imprese investigate, idonee a fugare le criticità concorrenziali

L'effetto delle decisioni di «accettazione degli impegni»

- La giurisprudenza non ha mai esteso il valore di «prova privilegiata» alle decisioni dell'AGCM con cui vengono resi obbligatori gli impegni proposti dalla parte del procedimento
- Allo stesso tempo, poiché una simile decisione presuppone comunque la prefigurazione di un'ipotesi di violazione della normativa di concorrenza e comporta la valutazione della capacità degli impegni stessi di risolvere la criticità concorrenziale oggetto dell'atto di avvio del procedimento, deve necessariamente possedere un valore ben diverso rispetto ad una decisione di non luogo a procedere o di archiviazione
- In sostanza, secondo la giurisprudenza nazionale, gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possono venire utilizzati anche nel giudizio civile di risarcimento danni (e.g., Trib. Milano 28 luglio 2015; Trib. Milano 23 dicembre 2019). Gli impegni rappresentano di fatto una «presunzione semplice» dell'esistenza dell'illecito nei successivi giudizi *follow-on*
- Anche la Corte di giustizia aveva già suggerito che andasse conferito un simile valore alle decisioni di «accettazione degli impegni», pronunciandosi con la sentenza pregiudiziale *Gasorb c. Repsol* (causa C-547/16)

L'effetto delle decisioni di «accettazione degli impegni»

- Nella sentenza, la Corte di giustizia era chiamata a chiarire quale effetto producessero le decisioni concernenti gli impegni adottate dalla Commissione sui giudici nazionali
- Le decisioni concernenti gli impegni non sono idonee «a far sorgere un legittimo affidamento in capo alle imprese interessate quanto alla conformità all'articolo 101 TFUE del loro comportamento. Infatti [...] la decisione concernente gli impegni non può «legalizzare» il comportamento sul mercato dell'impresa interessata, tantomeno con effetti retroattivi. Tuttavia, i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di **considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE**» (§§28-29)

L'effetto delle decisioni di «accettazione degli impegni»

- *«In tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCM si sia concluso con una decisione con impegni, a norma dell'art. 14 ter l. cit., in ordine alla posizione rivestita sul mercato dall'impresa ed alla sussistenza del comportamento di questa implicante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi non integrino prova privilegiata e possano essere quindi contrastati da emergenze di diverso tenore»* (Cass. Civ., n. 5381/2020)
- La giurisprudenza nazionale si pone quindi in continuità ed è coerente con gli orientamenti europei, precisando che le decisioni concernenti gli impegni non possono essere trattate alla stregua delle decisioni di accertamento dell'illecito ma non possono neppure avere il valore di prova privilegiata (mancando di quella definitività tipica di tali ultime decisioni)

L'effetto delle decisioni di «accettazione degli impegni»

- Gli impegni non possono essere neppure equiparati a confessioni stragiudiziali, onde non disincentivare eccessivamente le imprese dalla proposizione degli stessi (Trib. Milano, sent. 28 luglio 2015)
- Le decisioni di accettazione degli impegni rappresentano presunzioni semplici, superabili dalla prova contraria, circa la sussistenza della condotta anticompetitiva dell'impresa convenuta e che possono essere valutati, unitamente a tutti gli ulteriori elementi allegati dalle parti, dal giudice civile ai fini della decisione
- Nell'ambito delle decisioni di accettazione degli impegni, potranno in particolare assumere rilievo:
i) il provvedimento di avvio dell'istruttoria e l'ipotesi istruttoria ivi formulata; ii) eventuali attività di *market test* svolte nell'ambito delle consultazioni avviate circa l'idoneità degli impegni a fugare le criticità concorrenziali ipotizzate dall'autorità procedente; iii) la comunicazione delle risultanze istruttorie; iv) il provvedimento di accettazione degli impegni e di chiusura del procedimento
- Alla luce di tali orientamenti, la chiusura di un procedimento antitrust con accettazione degli impegni non pare mettere a repentaglio la tutela risarcitoria degli eventuali danneggiati

L'ultimo arresto della Corte di Cassazione in materia di impegni: la sent. 26869/2021

- «Il giudice del merito, considerate le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria (e in particolare dalla sentenza 23 novembre 2017, causa C-547/16, della Corte di giustizia), non è in alcun modo limitato nelle sue valutazioni e deve anzi porre a fondamento del proprio accertamento anche gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta; in particolare deve tener conto della valutazione preliminare della Commissione e degli elementi desumibili dalla comunicazione delle afferenti risultanze, onde considerarle quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale della condotta contestata, nel contesto di tutte le emergenze, anche di diverso tenore, acquisite in giudizio»
- La Corte di Cassazione riprende e puntualizza i principi in precedenza espressi ed esclude che il giudice civile debba procedere a una valutazione *ex novo* della fattispecie asseritamente anticoncorrenziale
- Non può affermarsi che il giudice del merito è condizionato solo in senso negativo dalle decisioni concernenti gli impegni (e cioè che non si possa attribuire rilevanza alcuna agli impegni proposti dall'autore del presunto illecito e accettati da parte dell'autorità)

Nuove prospettive – l'efficacia delle decisioni di *settlement* della Commissione

- Di recente, la giurisprudenza di merito nazionale si è pronunciata anche circa il valore delle decisioni di *settlement* della Commissione europea, apparentemente conferendo a tali decisioni un valore sostanzialmente di prova privilegiata (Trib. di Napoli, n. 6319/2021)
- L'istituto del *settlement* è stato introdotto nell'ordinamento comunitario con il Regolamento (CE) 622/2008. Si tratta di un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria di accertamento degli illeciti e trova applicazione esclusivamente per le ipotesi di violazione più gravi (cartelli)
- Attraverso la procedura di *settlement*, la Commissione e le imprese coinvolte in un procedimento antitrust possono raggiungere una sorta di transazione, al fine di definire celermente l'esito dell'istruttoria
- Riprendendo le parole del Trib. di Napoli «*costituisce un esito transattivo della controversia connotato dall'accettazione completa, da parte dei soggetti colpiti da procedura di accertamento di illecito anticoncorrenziale, dell'esistenza di questo e della ritenuta sua efficacia lesiva della concorrenza*»

Nuove prospettive – l’efficacia delle decisioni di *settlement* della Commissione

- L’azione risarcitoria promossa innanzi al Tribunale di Napoli trae origine dal c.d. cartello degli autocarri, in relazione al quale – all’esito di una procedura di *settlement* – con decisione del 19 luglio 2016 la Commissione europea aveva accertato un cartello contrario all’art. 101 TFUE. L’attore, acquirente di autocarri nel periodo coperto dall’intesa, domandava perciò il risarcimento del danno asseritamente patito a causa del pagamento di un sovrapprezzo anticoncorrenziale
- *«Non sembra proponibile una configurazione del settlement come strumento dalla minore validità o efficacia di una sanzione non concordata o come distonico, rispetto ai principi comunitari e tale da imporre il suo ricorso pregiudiziale alla Corte ex art. 267 TUEF»*
- *«Non ignora il Tribunale che il tema della c.d. “prova privilegiata” agiti un interessante dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza, ma deve ritenersi che il superamento di questi dubbi possa, in realtà, avvenire attraverso la prudente comparazione tra il dictum della Commissione e le concrete emergenze fattuali come prospettate nei singoli casi portati all’attenzione dei giudici. E ciò con riferimento specialmente a quello che sembra il tema di più spigoloso impegno e cioè il rinvenimento in concreto del danno e la sua quantificazione»*
- Le decisioni di *settlement* della Commissione vincolano i giudici nazionali – ex art. 16 del Reg. UE 1/2003 – a non adottare decisioni contrastanti con precedenti della Commissione o con decisioni contemplate nell’ambito di procedimenti avviati dalla Commissione

Q&A

Grazie per l’attenzione!



Finanziato dall'Unione Europea

Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Termini di prescrizione



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Il tema della prescrizione del risarcimento del danno antitrust ha rappresentato uno dei punti centrali nell'ambito del *private enforcement* sin dal suo originario sviluppo
- Il nodo critico è rappresentato non tanto dalla durata in sé e per sé del periodo di prescrizione, quanto dall'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del periodo di prescrizione
- Invero, le violazioni antitrust per loro stessa natura vengono realizzate in maniera tale che la loro illiceità non sia immediatamente evidente ai soggetti lesi (o perché la concertazione tra concorrenti è tendenzialmente «celata» all'esterno – «cartelli» segreti – o perché la consapevolezza del danno presuppone complessi accertamenti fattuali ed economici, spesso fondati su informazioni e dati nella disponibilità del solo danneggiante)
- Occorre però allo stesso tempo evitare che un'eccessiva dilatazione dei termini per l'esercizio dell'azione possa produrre un prolungato stato di incertezza giuridica, rischiando in tal modo anche di ostacolare l'esercizio del diritto di difesa dalle imprese convenute (e persino favorendo comportamenti opportunistici)

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Nel nostro ordinamento, fino all'approvazione del d.lgs. 3/2017, i problemi posti in punto di applicazione del regime della prescrizione ai giudizi per il risarcimento del danno antitrust sono stati «risolti» mediante l'applicazione dei principi generali codicistici, declinati rispetto alle specificità delle azioni di danno antitrust
- Più nel dettaglio, nel nostro ordinamento i riferimenti sono l'art. 2947 c.c. (che per il risarcimento del danno derivante da fatto illecito prevede un termine prescrizione quinquennale) e l'art. 2935 c.c. che dispone che *«la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere»*
- Fino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE, la Corte di giustizia non ha mai preso posizione sul tema della prescrizione, limitandosi ad osservare che si tratta(va) di questione oggetto di disciplina da parte degli ordinamenti nazionali, i quali erano liberi di provvedere purché nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Gli Stati membri avrebbero dovuto avere cura di non applicare una disciplina tale da rendere *«praticamente impossibile o eccessivamente difficile»* l'esercizio del diritto al risarcimento del danno
- Nell'ambito del «filone» giurisprudenziale relativo al cartello RC Auto, la Corte di Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi in materia di principi e disposizioni applicabili al tema della prescrizione nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno antitrust
- Tra le prime sentenze, è degna di nota la Cass. Civ. n. 2305/2007 in cui si legge che *«l'azione di risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/90 si prescrive, in base al combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia. Il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato»*

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Ma qual è il momento in cui avviene l'esteriorizzazione del danno (i.e., quando diventa oggettivamente percepibile e riconoscibile), a partire dal quale il titolare del diritto ha la concreta possibilità di esercitarlo?
- Detto altrimenti, quali «elementi fattuali» bisogna prendere in considerazione per determinare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione?
- Trattandosi peraltro di danno conseguente a un illecito extra-contrattuale, ai fini della corretta individuazione del *dies a quo* il danno deve essere oggettivamente percepibile come danno ingiusto conseguente all'illecito (SCOCCHINI; PALMIERI)
- Va comunque tenuto in considerazione che i danni antitrust possono essere qualificati come «danni lungolatenti» ovvero danni che si esteriorizzano e divengono percepibili dal danneggiato anche a distanza di tempo da quando l'illecito viene posto in essere. E, appunto, per tali categorie di danni il *dies a quo* del termine di prescrizione dev'essere individuato nel momento in cui il titolare sia, o si possa ragionevolmente pretendere che sia, adeguatamente informato non solo della violazione antitrust, ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto causalmente riconducibile alla condotta anticoncorrenziale

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Nella sentenza della Cassazione n. 2305/2007, con riferimento al caso di specie, viene anche affermato che la prescrizione possa decorrere dal momento in cui il consumatore sia stato adeguatamente e ragionevolmente informato circa il fatto che l'aumento di prezzo fosse conseguenza di un'intesa vietata (e, quindi, nulla). Le intese restrittive della concorrenza sono infatti in linea di principio destinate a rimanere segrete e nascoste a chi non vi prenda parte (e, in particolare, alla generalità di utenti e consumatori)
- Nell'ambito delle azioni *follow-on* relative al cartello RC Auto, si è così consolidato il principio secondo cui – per i consumatori – il *dies a quo* della prescrizione andasse individuato nel momento della pubblicazione del provvedimento sanzionatorio AGCM (si veda, ad esempio, anche Cass. Civ. n. 26188/2011: «va ribadito che - in linea di principio - la conoscenza dell'illecito [...] è da ritenere acquisita dalla generalità del pubblico a decorrere dalla data della pubblicazione del Provvedimento [AGCM]; salvo - a tutto voler concedere - che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non averne potuto acquisire conoscenza neppure dopo tale data, in forza di circostanze a lui non imputabili che si possano ritenere oggettivamente idonee a giustificare l'ulteriore spostamento della decorrenza del termine»)

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- La giurisprudenza maggioritaria ha però elaborato una soluzione diversa per quanto riguarda le azioni di danno antitrust promosse da imprese concorrenti del preteso autore dell'illecito. In tal caso, infatti, deve potersi esigere che le stesse vigilino sulle condotte dei concorrenti che mirino ad escluderle dalla competizione, sicché in tali casi è ragionevole anticipare il *dies a quo* ad un momento antecedente (in linea di principio, alla data di avvio del procedimento antitrust)
- Secondo tale giurisprudenza, uniformare la decorrenza del periodo prescrizione sia per i consumatori che per i concorrenti avrebbe l'inauspicabile effetto di legittimare una *competition by litigation*, di natura parassitaria (v. anche MINGIONE)
- Una simile individuazione del *dies a quo* è idonea anche a favorire comportamenti proattivi dei concorrenti lesi, affinché non lascino perdurare – a causa della loro inerzia – il comportamento illecito del concorrente
- Si tratta comunque di una valutazione da svolgere caso per caso, alla luce della specifica fattispecie (ad esempio, in Trib. Roma 23 novembre 2016, si è giunti alle predette conclusioni valorizzando la circostanza per cui la società asseritamente danneggiata aveva preso parte al procedimento istruttorio antitrust da cui traeva origine l'azione *follow-on* e, in tale sede, aveva anche depositato memorie denunciando l'illiceità della condotta della convenuta)

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- In linea di principio, pertanto, qualora ad agire in giudizio per il risarcimento del danno antitrust sia un'impresa concorrente dell'asserito autore della violazione, il *dies a quo* deve poter essere individuato nella data di pubblicazione del provvedimento di avvio del procedimento AGCM (si vedano, ad es., Cass. Civ. nn. 7677/2020 e 5381/2020)
- Non sono però mancate decisioni che, alla luce delle specifiche circostanze del caso, hanno individuato un diverso *dies a quo*
 - ❖ ad esempio, come per i consumatori, nella data di pubblicazione del provvedimento di chiusura dell'istruttoria (Trib. Roma n. 4491/2021, in considerazione della «*assoluta novità e peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale accertato dall'AGCM*» (pratiche di *margin squeeze* e di discriminazione poste in essere dall'operatore dominante nel mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso alla rete locale e dell'accesso a banda larga, accertate dall'AGCM all'esito del procedimento A428);
 - ❖ nella data in cui la condotta illecita ha assunto rilevanza pubblica per effetto delle segnalazioni di alcune imprese che hanno dato origine al procedimento AGCM rilevante (v. App. Milano n. 2658/2017, in una causa *follow-on* relativa al procedimento AGCM A377, con cui era stato accertato un abuso di posizione dominante da parte di un operatore dell'*handling* aeroportuale consistito nell'applicazione, per i suoi servizi, di canoni discriminatori a taluni dei suoi clienti)

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Inoltre, è stato affermato che l'individuazione del *dies a quo* dovrebbe mutare a seconda della tipologia di illecito che ha causato il danno (un'intesa o un abuso di posizione dominante; giacché i secondi sono in genere posti in essere mediante comportamenti «palesi»; FAELLA e ROMANO)
- Il *dies a quo* non può insomma mai essere fissato in maniera «aprioristica» e senza tenere in considerazione le circostanze del caso (ad esempio, come osservato in Cass. Civ. n. 18176/2019, ciò potrebbe altresì provocare una «discriminazione» dei casi *stand-alone*)
- L'onere di provare la prescrizione è in capo al convenuto che, quindi, «è tenuto a provare, ai fini della decorrenza, il momento in cui chi agisce abbia assunto l'adeguata e ragionevole percezione del danno subito e della sua ingiustizia o il verificarsi dell'oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di dismettere la sua inerzia e di esercitare il diritto al risarcimento» (Trib. Milano n. 9759/2018)

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust – il quadro ante d.lgs. 3/2017

- Inoltre, si ritiene che in linea di principio gli illeciti antitrust rappresentino c.d. illeciti permanenti, cioè che «*si protraggono nel tempo e che causano conseguentemente una molteplicità di danni*» (MINGIONE). Ne consegue che «*il diritto al risarcimento sorga in modo continuo via via che il danno si produce ed in modo continuo si prescriva se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica*» (Trib. Roma, n. 4375/2021). In sostanza, il *dies a quo* si sposta in avanti, fino a quando la condotta (non istantanea) dell'autore della violazione continua a produrre l'evento dannoso, rappresentandone la causa
- Il variegato panorama giurisprudenziale nazionale (anche relativo a pronunce adottate a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 3/2017) dimostra che è tendenzialmente impossibile cristallizzare una disciplina della prescrizione nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, rendendosi sempre necessario operare una valutazione caso per caso
- I principi giurisprudenziali rappresentano il necessario punto di partenza anche per l'esame della disposizione in materia di prescrizione recata dal d.lgs. 3/2017

L'art. 8 del d.lgs. 3/2017

- *«Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi:*

- a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza;*
- b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno;*
- c) dell'identità dell'autore della violazione.*

La prescrizione rimane sospesa quando l'autorità garante della concorrenza avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il diritto al risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo»

L'art. 8 del d.lgs. 3/2017

- L'art. 8 recepisce il «termine minimo» di prescrizione imposto dalla Direttiva, in continuità con l'orientamento giurisprudenziale che – qualificando l'illecito antitrust come illecito extra-contrattuale – applicava un analogo termine di prescrizione quinquennale
- Nonostante ciò fosse concesso dalla Direttiva, nel nostro ordinamento non è stato introdotto – in aggiunta a tale termine «breve» – un termine «lungo» che decorre da quando sorge il diritto al risarcimento e che, una volta scaduto, comporta in ogni caso la prescrizione del diritto risarcitorio
- Al fine di determinare i «principi» sulla base dei quali determinare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, la disposizione nazionale (art. 8, co. 1, lett. a - c) riprende pedissequamente quanto previsto dall'art. 10 della Direttiva. Tali principi guida appaiono coerenti con la qualificazione dell'illecito antitrust come illecito permanente e lungolatente
- Viene introdotta una disposizione di particolare favore per il danneggiato, in considerazione della quale la prescrizione rimane sospesa durante il procedimento AGCM e fino a un anno dopo la data in cui la decisione dell'AGCM diventa definitiva o il procedimento si chiude in altro modo

L'art. 8 del d.lgs. 3/2017 e la sospensione della prescrizione

- La scelta di recepimento relativa alle previsioni in materia di sospensione della prescrizione è nel senso del maggior *favor* possibile per l'attore (la Direttiva prevedeva che la sospensione non potesse «*protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo*»)
- Inoltre, per agevolare le modalità di risoluzione alternativa delle controversie, l'art. 15, co. 1, del d.lgs. (in attuazione dell'art. 18, para. 1, della Direttiva) dispone che la comunicazione della domanda di mediazione, la comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita, o il ricevimento da parte dell'organismo di ADR della domanda del consumatore, producono l'**interruzione** della prescrizione
- «*Alla prescrizione del diritto per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza si applicano l'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, l'articolo 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, l'articolo 141-quinquies del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e l'articolo 2943, quarto comma, del codice civile*»

L'art. 8 del d.lgs. 3/2017 e la sospensione della prescrizione

- Tale scelta di recepimento non pare del tutto in linea con l'art. 18, para. 1, della Direttiva (che richiedeva che il termine di prescrizione rimanesse **sospeso** per tutta la durata del procedimento alternativo per la soluzione della controversia)
- Trattandosi di «interruzione» della prescrizione, la stessa dovrebbe poi avere in linea di principio effetto nei confronti di tutte le imprese danneggianti, a prescindere dalla loro partecipazione al procedimento di composizione consensuale della controversia (art. 1310 c.c.), mentre la Direttiva richiedeva che la sospensione dovesse applicarsi solo alle imprese che avessero preso parte al procedimento di composizione consensuale della controversia
- In dottrina è stato comunque affermato che le disposizioni in materia di prescrizione garantiscano l'effettività del diritto al risarcimento danno (LOPOPOLO) e, anzi, che «*La prolungata sospensione del termine di prescrizione potrebbe contribuire ad alimentare uno stato di incertezza per un lungo periodo, che potrebbe ostacolare l'esercizio del diritto di difesa da parte dei convenuti, nonché la stessa ricostruzione dei fatti ad opera del giudice e dei suoi ausiliari*» (FAELLA e ROMANO)

Quale impatto del d.lgs. sull'individuazione del *dies a quo*?

- Secondo alcuni commentatori, gli orientamenti giurisprudenziali sulla base dei quali in precedenza era stato individuato un diverso *dies a quo* a seconda che il danneggiato fosse un'impresa o un consumatore risulterebbero ormai superflui, alla luce della disposizione in materia di sospensione del termine di prescrizione, recata dall'art. 8, co. 2, d.lgs. 3/2017 (FATTORI, TODINO)
- In generale, parrebbe possibile sostenere che i principi relativi alle modalità di individuazione del *dies a quo* espressi nella precedente giurisprudenza possano in linea di principio continuare a trovare applicazione. Fermo restando che le disposizioni vigenti in materia di sospensione della prescrizione dovrebbero ridurre i casi in cui si porrà concretamente il problema dell'eventuale prescrizione del diritto azionato
- Non sono però mancate voci contrarie in dottrina, secondo le quali «*sembra doversi abbandonare la logica del case by case che caratterizza la giurisprudenza, ponendo sullo stesso piano l'impresa concorrente e il consumatore che siano stati danneggiati*», dovendosi considerare il momento dell'effettiva percezione della condotta illecita, «*non nella sua percezione empirica, ma nei termini in cui è stata qualificata dall'Agcm*» (MINGIONE)

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- Con la sentenza pregiudiziale emessa nella causa C-637/17 (*Cogeco*), la Corte di giustizia è stata adita da un giudice portoghese al fine di fornire chiarimenti circa il perimetro applicativo temporale della Direttiva, nonché su come interpretare le norme nazionali in materia di prescrizione alla luce del principio di effettività
- Il rinvio trae origine da un'azione per il risarcimento del danno antitrust asseritamente causato da un abuso di posizione dominante (in particolare, l'operatore dominante nel settore della distribuzione televisiva aveva attuato una politica dei prezzi discriminatoria nel mercato delle emittenti sportive premium)
- Nel corso del procedimento principale, si è posto il problema della potenziale prescrizione del diritto al risarcimento del danno asseritamente patito dall'attrice, la soluzione della questione dipendendo anche dall'eventuale applicabilità alla causa principale della Direttiva 2014/104/UE
- Quanto al profilo dell'applicabilità *ratione temporis*, la Corte di giustizia ha ritenuto che la Direttiva non fosse applicabile al procedimento principale, perché l'azione era stata proposta prima del recepimento della Direttiva in Portogallo e la legge di recepimento aveva previsto che né le norme sostanziali né quelle procedurali si applicassero retroattivamente

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- La Corte di giustizia ha poi espresso il seguente ulteriore principio: *«L'articolo 102 TFUE e il principio di effettività devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale la quale, da un lato, prevede che il termine di prescrizione in materia di azioni per il risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione non è noto e, dall'altro, non prevede alcuna possibilità di sospensione o interruzione di tale termine durante un procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza»*
- A tal riguardo, pronunciandosi sulla compatibilità della normativa portoghese in materia di prescrizione con il diritto UE, la Corte di giustizia ha interpretato implicitamente tali disposizioni anche alla luce di quanto previsto sul punto dalla Direttiva 2014/104/UE, in particolare osservando che *«Ne consegue che la durata del termine di prescrizione non può essere così breve al punto di rendere, combinata con le altre norme in materia di prescrizione, l'esercizio del diritto a chiedere un risarcimento praticamente impossibile o eccessivamente difficile»* (§48)

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- *«L'adequatezza di un termine di prescrizione, alla luce dei criteri del principio di effettività, è di particolare importanza sia per le azioni di risarcimento introdotte indipendentemente da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza sia per quelle che lo sono in seguito a una decisione del genere. Quanto a queste ultime, se il termine di prescrizione, che inizia a decorrere prima del completamento dei procedimenti al termine dei quali viene adottata una decisione definitiva da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza o da un'istanza di ricorso, è troppo breve rispetto alla durata di tali procedimenti e non può essere sospeso o interrotto durante il corso di tali procedimenti, non è escluso che il termine di prescrizione scada addirittura prima che detti procedimenti siano conclusi. In tal caso, sarebbe impossibile per chiunque abbia subito danni proporre azioni sulla base di una decisione definitiva che accerta una violazione delle regole di concorrenza dell'Unione»* (§52)
- La Corte di Cassazione ha di recente dovuto pronunciarsi sulla compatibilità della disciplina nazionale in materia di prescrizione (ante-d.lgs. 3/2017) con il principio di effettività, anche alla luce della sentenza *Cogeco*

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- Le pronunce in questione (sent. nn. 7677/2020 e 5381/2020) riguardano il contenzioso *follow-on* per il risarcimento del danno instaurato a seguito dell'accertamento, da parte dell'AGCM, di un abuso di posizione dominante nel mercato della telefonia fisso-mobile all'ingrosso da parte dei principali operatori di telecomunicazioni (procedimento A357)
- La pretesa risarcitoria dell'impresa asseritamente danneggiata dall'abuso di posizione dominante nei primi due gradi di giudizio era stata rigettata perché prescritta. Il ricorrente denunciava quindi un presunto contrasto delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione con il principio di effettività
- Preliminarmente, la Corte di Cassazione ha chiarito che le norme (di natura sostanziale) sulla prescrizione introdotte con la Direttiva 2014/104/UE e recepite con il d.lgs. 3/2017 non fossero applicabili retroattivamente al giudizio in questione (fra la giurisprudenza di merito, il principio era stato già affermato, ad esempio, da Trib. Milano 15 marzo 2018)

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- Sul punto, la Corte di Cassazione ha quindi espresso il seguente principio di diritto «*In tema di azione risarcitoria derivante dalla violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, proposta anteriormente alla data del 26 dicembre 2014, data individuata dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 22 della Direttiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa alle 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, ed al d.lgs. n. 3 del 2017, art. 19, di attuazione nell'ordinamento italiano della Direttiva, non si applicano le norme di natura sostanziale in essa previste né quelle nazionali che le recepiscono, che abbiano ad oggetto la prescrizione delle menzionate azioni risarcitorie, non avendo le stesse valenza retroattiva*»
- In realtà, l'*iter* motivazionale della sentenza non appare particolarmente chiaro, perché nel principio di diritto la Corte pare aver attribuito rilevanza al fatto che l'azione risarcitoria fosse stata proposta prima del termine del 26 dicembre 2014 (punto di riferimento per individuare i giudizi ai quali applicare le norme procedurali del d.lgs. 3/2017) e non prima che fosse entrato in vigore il d.lgs. 3/2017, come in generale richiesto per le disposizioni di natura sostanziale (*ex comb. disp. art. 19 d.lgs. 3/2017 e art. 11 preleggi*; esprimono tale osservazione critica in dottrina, in particolare, FAELLA e ROMANO)

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- La Corte di Cassazione ha ritenuto inoltre che la disciplina nazionale in materia di prescrizione (ante-d.lgs. 3/2017) non violasse il principio di effettività
- Il rispetto del principio di effettività era garantito:
 - ❖ nonostante l'assenza, nel nostro ordinamento, di una disposizione che prevedesse una interruzione/sospensione del periodo di prescrizione a seguito dell'apertura di un procedimento istruttorio da parte dell'AGCM
 - ❖ nonostante fosse consentito ai giudici, sulla base delle circostanze del caso, di individuare il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione nell'atto di avvio del procedimento AGCM con cui veniva aperto il procedimento istruttorio per l'accertamento dell'illecito da cui trae origine l'azione risarcitoria
- *«Emerge quindi che, in tema di esame della compatibilità della normativa nazionale con il principio di effettività, occorra procedere ad una valutazione caso per caso e non si possano prendere in esame singoli elementi della disciplina nazionale in materia di prescrizione, occorrendo operare una valutazione di tale disciplina nel suo complesso (vedasi in tal senso il par. 81 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, nella causa in oggetto)»*

La sentenza *Cogeco* e il suo (mancato) impatto sull'ordinamento nazionale

- La Corte di Cassazione ha conseguentemente affermato il seguente ulteriore principio di diritto: *«in materia di disciplina della concorrenza nell'ordinamento italiano, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE, il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust risulta garantito, senza che possa ravvisarsi un'impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio, al punto di vanificare il principio di effettività della tutela posto dall'art. 102 Trattato UE, dalla previsione di un termine quinquennale di prescrizione, dettato dalla normativa nazionale, che cominci a decorrere dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante, rispetto ad un'impresa concorrente»*

Grazie per l'attenzione!



Finanziato dall'Unione Europea

**Contratto di servizio DG COMP/2017/015
- SI2.778715**

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Responsabilità solidale



Avv. Domenico Gullo – Partner DLA Piper

La responsabilità solidale dei «co-autori» dell'illecito antitrust

- Recependo pressoché pedissequamente la corrispondente disposizione recata dalla Direttiva 2014/104/UE, anche nel d.lgs. 3/2017 è presente una previsione volta a disciplinare il profilo della responsabilità solidale fra i co-autori dell'illecito
- Per quanto noto, si tratta di un tema che in precedenza era stato raramente attenzionato dalla giurisprudenza ante-d.lgs. 3/2017 (v. App. Roma n. 1337/2008, *International Broker c. La Raffineria di Roma e altre* che ha ritenuto solidalmente responsabili le imprese che avevano cagionato un danno mediante la medesima violazione del diritto della concorrenza)
- A livello codicistico, in materia di responsabilità extra-contrattuale, il riferimento è l'art. 2055 c.c.: «*Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali*»
- In sostanza, il principio generale sotteso alla disposizione recata dall'art. 9 d.lgs. 3/2017 è quello per cui quando più soggetti abbiano concorso a cagionare il medesimo danno sono tutti fra loro solidalmente responsabili per il risarcimento

L'art. 9 del d.lgs. 3/2017

- «*In deroga a quanto previsto dall'articolo 2055, primo comma, del codice civile, fatto salvo il diritto al pieno risarcimento del danno di cui all'articolo 1, comma 2, la piccola o media impresa (PMI), come definita nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, che viola il diritto della concorrenza è responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti quando la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza e quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. La PMI è responsabile in solido anche nei confronti di soggetti danneggiati diversi da quelli di cui al periodo precedente solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza. La deroga di cui al comma 1, primo periodo, non si applica quando la PMI ha svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o costretto altre imprese a parteciparvi ovvero quando risulta accertato che la PMI ha commesso in precedenza una violazione del diritto della concorrenza.*

(segue)

L'art. 9 del d.lgs. 3/2017

(segue)

- *In deroga a quanto previsto dall'articolo 2055, primo comma, del codice civile il beneficiario dell'immunità è responsabile in solido:
a) nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti;
b) nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza. Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno dei soggetti danneggiati di cui ai commi 1, secondo periodo, e 3, lettera b), inizia a decorrere da quando risulta accertato che gli stessi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza.
Il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti ed e' comunque determinato ai sensi dell'articolo 2055, secondo comma, del codice civile»*

L'art. 9 del d.lgs. 3/2017

- La Direttiva richiedeva agli Stati membri di provvedere «*affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, con l'effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito*» (art. 11, para. 1)
- La presenza nel nostro ordinamento di una disposizione come l'art. 2055 c.c. ha reso ultroneo inserire una specifica disposizione atta a recepire l'art. 11, para. 1, della Direttiva 2014/104/UE
- L'art. 9 del d.lgs. si è direttamente occupato di disciplinare solo il regime di eccezioni al principio generale della responsabilità solidale dei coautori dell'illecito
- Su un piano apparentemente formalistico, comunque, l'art. 2055 prende come riferimento per la solidarietà «*il medesimo danno*», mentre la Direttiva si riferisce apparentemente al «*medesimo comportamento*»; la diversa formulazione, tanto più in assenza di una specifica disposizione di recepimento, non pare però foriera di criticità interpretative/applicative

L'art. 9 del d.lgs. 3/2017

- La *ratio* del regime di eccezioni è evitare che imprese molto piccole che prendano parte a un illecito antitrust – magari offrendo un contributo modesto – si trovino poi a rispondere solidalmente per danni molto ingenti, anche nei confronti di danneggiati che non avevano con esse intrattenuto rapporti diretti
- Inoltre, viene predisposto un regime di eccezione per quanto concerne il beneficiario dell'immunità dalle sanzioni: in questo caso, lo scopo della previsione è offrire un potenziale incentivo alla presentazione di *leniency application*, ovvero «confessioni» all'Autorità, da parte di uno dei coautori dell'illecito, dell'esistenza di una possibile violazione del diritto della concorrenza
- Tale meccanismo permette al *leniency applicant* di beneficiare eventualmente della non imposizione della sanzione nell'ambito del *public enforcement* (o comunque di una riduzione della sanzione). Sulla base dell'art. 9 del d.lgs. 3/2017, tali soggetti potranno altresì giovare di un regime di eccezione relativo alla responsabilità solidale in sede civile per gli eventuali danni causati dalle loro condotte illecite
- La Direttiva e il d.lgs. creano perciò un regime *asimmetrico* (CAMPAGNA): solo i fornitori e gli acquirenti diretti o indiretti delle PMI o dei beneficiari dell'immunità non incontrano limitazioni nella platea dei legittimati passivi nei confronti dei quali domandare il risarcimento del danno. Diversamente, i fornitori e gli acquirenti diretti o indiretti di imprese non PMI o non beneficiarie dell'immunità rischiano di non poter agire nei confronti di tutti i potenziali responsabili solidali, a causa del regime di eccezioni previsto dall'art. 9 d.lgs. 3/2017 di cui in linea di principio si giovano le PMI e i beneficiari dell'immunità

Il regime della responsabilità solidale per le PMI

- Preliminarmente, ai fini definitivi, per la PMI deve farsi riferimento alla definizione recata dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione (art. 2: «*La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR*»)
- I presupposti affinché la PMI possa beneficiare del regime di eccezione di cui all'art. 9 d.lgs. 3/2017 sono che – per tutto l'arco temporale in cui la violazione antitrust ha avuto luogo – abbia mantenuto una quota di mercato inferiore al 5% e che le «ordinarie» regole in materia di responsabilità solidale – se applicate – le provocherebbero «*un pregiudizio irreparabile per la solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività*»

Il regime della responsabilità solidale per le PMI

- La PMI è dunque in linea di principio responsabile dell'eventuale illecito antitrust solamente nei confronti dei suoi acquirenti diretti e indiretti
- L'art. 9 del d.lgs. 3/2017 prevede però anche un regime di «eccezione dell'eccezione», che ricorre alternativamente quando: a) i danneggiati dagli altri autori dell'illecito non possano da questi ottenere l'integrale risarcimento del danno; b) la PMI ha assunto un ruolo di *guida* nella violazione antitrust; c) la PMI è recidiva
- L'eccezione *sub a)* può provocare difficoltà interpretative, richiedendo – in linea di principio – «una valutazione prospettica circa la possibilità dei danneggiati di ottenere o meno l'integrale risarcimento [dagli altri autori dell'illecito]» (CAMPAGNA)
- Inoltre, solo dall'accertamento dell'impossibilità del danneggiato di ottenere il predetto risarcimento integrale decorre per questi il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria nei confronti della PMI. Si vuole scongiurare il rischio che il danneggiato – a causa della scoperta tardiva di tale incapacità – perda la possibilità di agire contro la PMI

Il regime della responsabilità solidale per le PMI

- Non è però del tutto chiaro se tale accertamento debba essere di tipo giudiziale: la futura giurisprudenza che si svilupperà sul tema dovrà perciò intervenire a offrire chiarimenti sul punto, anche se sono già possibili alcune riflessioni e previsioni sugli orientamenti che potranno svilupparsi
- La disposizione non si occupa di chiarire quali strumenti debbano essere infruttuosamente esperiti dai danneggiati nei confronti degli altri coautori, prima di potersi rivolgere alla PMI. In sostanza, non è stata prevista espressamente una pregiudizialità dell'azione esecutiva infruttuosa. È stato però sostenuto in dottrina che tale mancata esplicitazione risiederebbe nella volontà di «*lasciare il danneggiato libero di agire prima dell'infruttuosa azione esecutiva, qualora possa provare la palese incapacità dei responsabili non privilegiati*» (FATTORI TODINO)
- La suesposta soluzione è del resto espressamente suggerita dalla Relazione Illustrativa al d.lgs., secondo cui obbligare il danneggiato ad esperire preventivamente l'azione esecutiva avrebbe potuto risolversi in una «*grave ed inutile perdita di tempo*»

Il regime della responsabilità solidale per i beneficiari dell'immunità dalla sanzione

- L'art. 2, lett. q) del d.lgs. 3/2017 definisce «beneficiario dell'immunità» «un'impresa o una persona fisica che ha ottenuto l'immunità dalle ammende da un'autorità garante della concorrenza nell'ambito di un programma di clemenza». Visto che l'art. 9 rappresenta una disposizione «eccezionale», come tale da interpretare restrittivamente, parrebbe perciò che non tutti i *leniency applicant* possano beneficiare del regime di eccezione in materia di responsabilità solidale (solo quelli che abbiano ricevuto il beneficio della non imposizione della sanzione; non anche quelli che abbiano solamente ricevuto una riduzione della sanzione da parte dell'Autorità)
- Anche per il beneficiario dell'immunità, la responsabilità solidale è limitata ai suoi acquirenti e fornitori diretti
- Tuttavia, anche per il beneficiario dell'immunità, è previsto un regime di «eccezione dell'eccezione», ma solamente per il caso in cui i danneggiati non possano ottenere l'integrale risarcimento del danno dagli altri responsabili della violazione antitrust
- La disposizione relativa al *dies a quo* della prescrizione già analizzata in relazione alla PMI è riferita anche al beneficiario dell'immunità della sanzione. Parimenti, le osservazioni già svolte rispetto alla PMI in merito alla necessità di esperire una previa azione esecutiva sono applicabili totalmente anche al caso del beneficiario dell'immunità

Il regime della responsabilità solidale per i beneficiari dell'immunità dalla sanzione

- Con ulteriore disposizione di favore verso il beneficiario dell'immunità, viene previsto che «Il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti ed è comunque determinato ai sensi dell'articolo 2055, secondo comma, del codice civile»
- In sostanza, la disposizione introduce in ogni caso e a prescindere da ogni valutazione ai sensi dell'art. 2055 c.c. una misura massima del regresso nei confronti del beneficiario dell'immunità. La disposizione citata di cui all'art. 9, co. 5, apparentemente, può provocare difficoltà di ordine pratico: per definire la misura del regresso bisogna verificare la misura del danno effettivamente causato dal beneficiario dell'immunità
- Ciò – apparentemente – sembra doversi intendere nel senso che l'allocatione della responsabilità risarcitoria possa avvenire solo *ex post*: cioè solo una volta che la fattispecie della violazione antitrust si sia completamente realizzata e sia possibile determinare compiutamente la quota del regresso (in ragione della possibilità di individuare definitivamente il *quantum* del danno complessivamente causato dall'illecito)
- Il regime – che come tutto l'art. 9 del d.lgs. 3/2017 riprende pedissequamente le previsioni della Direttiva 2014/104/UE – si connota per un sensibile *favor* per il beneficiario dell'immunità

L'art. 16 d.lgs. 3/2017: gli effetti della composizione consensuale delle controversie sulla responsabilità solidale

- Art. 16, co. 1: *«Nelle azioni per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, il soggetto danneggiato che ha partecipato ad un accordo che compone la controversia non può chiedere la parte di danno imputabile al coautore della violazione che vi ha partecipato ai coautori che non vi hanno partecipato»*
- Art. 16, co. 2: *«I coautori della violazione che non hanno partecipato ad un accordo che compone la controversia non hanno regresso nei confronti dei coautori della violazione che vi hanno partecipato per la parte del danno a questi imputabile»*
- Ai sensi del co. 1, il danneggiato, una volta raggiunta una transazione con uno dei coautori dell'illecito, rinuncia definitivamente a parte del risarcimento a lui spettante (che non potrà essere ottenuta neppure dagli altri coautori dell'illecito).

L'art. 16 d.lgs. 3/2017: gli effetti della composizione consensuale delle controversie sulla responsabilità solidale

- Il co. 2, invece, pone il coautore dell'illecito che abbia eventualmente concluso una transazione al riparo da azioni di regresso da parte delle altre imprese autrici dell'illecito
- Art. 16, co. 3, d.lgs. 3/2017: *«Quando i coautori della violazione che non hanno partecipato all'accordo che compone la controversia sono insolventi, detratta la parte di danno imputabile al coautore che ha partecipato all'accordo, il soggetto danneggiato può chiedere il risarcimento ai coautori della violazione che hanno partecipato all'accordo, salvo che le parti che hanno partecipato all'accordo che compone la controversia lo abbiano espressamente escluso»*
- In dottrina (CAMPAGNA), è stato sostenuto che l'art. 16, co. 3, sia una specificazione dell'art. 1299, co. 2, c.c. (*«Se uno [dei condebitori solidali] è insolvente, la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso quello che ha fatto il pagamento»*), salvo che – rispetto alle norme di parte generale – sarebbe possibile escludere convenzionalmente il successivo eventuale coinvolgimento del transigente (la Direttiva, sul punto, all'art. 19, para. 3, co. 2, offriva agli Stati membri la facoltà ma non l'obbligo di recepire espressamente tale previsione)

L'art. 16 d.lgs. 3/2017: gli effetti della composizione consensuale delle controversie sulla responsabilità solidale

- Nel complesso, l'art. 16 del d.lgs. – riproponendo fedelmente quanto previsto dall'art. 19 della Direttiva – predispone un sistema connotato da un *favor* per la composizione consensuale delle controversie, visto anche l'impatto che tale disciplina è in grado di avere sul regime della responsabilità solidale
- Si tratta di un obiettivo il cui perseguimento era espressamente valorizzato dalla Direttiva, al cui considerando 51 si legge, ad esempio, che *«Per incoraggiare le transazioni consensuali l'autore di una violazione che paghi un risarcimento a seguito di una composizione consensuale non dovrebbe ritrovarsi in una situazione peggiore, rispetto ai coautori della violazione, di quella in cui si troverebbe altrimenti se non avesse fatto ricorso a questo tipo di transazione. Ciò potrebbe accadere se l'autore di una violazione e parte di una transazione, anche dopo una composizione consensuale, continuasse a essere responsabile in solido per il danno causato dalla violazione. [...] Tuttavia, al fine di garantire il diritto al pieno risarcimento, il coautore della violazione partecipante alla transazione dovrebbe comunque pagare i danni qualora ciò sia l'unico modo, per il soggetto danneggiato che partecipa alla transazione, di ottenere il risarcimento per il danno corrispondente al resto della domanda di risarcimento»*

Il problema del regresso: la ripartizione interna della responsabilità

- Il d.lgs. non prende posizione circa i criteri sulla base dei quali calcolare la quota di responsabilità di ciascuna impresa che abbia preso parte alla violazione. E ciò nonostante il considerando 37 della Direttiva avesse enucleato, a scopo esemplificativo, alcuni possibili criteri da prendere in considerazione al fine della determinazione della «responsabilità interna»
- Fermo, pertanto, il regime «eccezionale» già visto per il beneficiario dell'immunità della sanzione, il criterio guida da applicare è quello di ordine generale, previsto dall'art. 2055, co. 2, c.c., sulla base del quale si dovranno tenere in considerazione la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze derivate dalla condotta illecita
- Poiché, nel dubbio, le colpe si presumono uguali (art. 2055, co. 3), l'impresa che agisce in regresso non è tenuta a provare la quota di responsabilità della convenuta, a meno che non voglia dimostrare che la colpa di questa è superiore a quella degli altri coautori. Parimenti, la convenuta avrà l'onere di provare che la propria «colpa» è minore rispetto a quella dei coautori laddove voglia ridurre l'entità del regresso dovuto

Il problema del regresso: la ripartizione interna della responsabilità

- L'art. 16, co. 4, d.lgs. 3/2017 prevede peraltro che *«Fermo il disposto dell'articolo 2055, secondo comma, del codice civile, nel determinare la misura del regresso dovuto dal coautore della violazione a ciascuno degli altri coautori della violazione responsabili per il danno cagionato dalla violazione del diritto della concorrenza, il giudice tiene conto del risarcimento corrisposto dal predetto coautore interessato nell'ambito di un accordo che compone la controversia concluso in precedenza»*
- In dottrina (CAMPAGNA), è stata evidenziata la poca chiarezza della disposizione, che potrebbe creare anche una contraddizione interna all'art. 16
- *«La norma, a ben vedere, sembra riposare sul presupposto che ci siano una pluralità di soggetti danneggiati (creditori) e, ovviamente, almeno due coautori del fatto anticoncorrenziale (debitori). Pare inoltre presupporre che un coautore si sia accordato con uno (o una parte) dei danneggiati in via transattiva e che gli altri danneggiati abbiano agito nei confronti del debitore non transigente. Quest'ultimo, dopo aver adempiuto, potrebbe a sua volta agire in regresso nei confronti del coautore che ha già concluso una transazione con altri soggetti. Orbene, in un caso siffatto il giudice per determinare la misura del regresso dovrebbe tener conto del risarcimento corrisposto (e non dunque quello pattuito) dal coautore in esecuzione della transazione»*

Spunti critici: la responsabilità solidale della *single economic entity*

- Le previsioni del d.lgs. disciplinano solo la fattispecie della responsabilità solidale dei coautori dell'illecito. In sostanza, si tratta della regolamentazione del «concorso di persone» nell'illecito
- Fattispecie distinta e peculiare del diritto antitrust è, invece, la responsabilità solidale di tutte le società che compongono la c.d. *single economic entity*
- Infatti, ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza, la formale separazione tra due società conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è di per sé sufficiente ad escludere che ai fini antitrust rappresentino un'unica «impresa»
- Conseguentemente, tutte le società che compongono l'impresa/*single economic entity* nel senso antitrust possono in linea di principio essere ritenute solidalmente responsabili delle eventuali sanzioni irrogate dalle autorità garanti della concorrenza (a prescindere da chi sia l'autore materiale della condotta illecita)
- *«La nozione di «impresa» comprende quindi qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, e si riferisce pertanto a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche»* (Corte di giustizia, causa C-882/19 e precedenti ivi richiamati)

Spunti critici: la responsabilità solidale della *single economic entity*

- «Tale unità economica consiste in un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, organizzazione che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione prevista dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE» (Corte di giustizia, causa C-882/19 e precedenti ivi richiamati)
- Ciò significa che la nozione di impresa e singola entità economica comportano *ipso iure* una responsabilità solidale tra le entità che compongono l'unità economica al momento della commissione dell'infrazione
- In particolare, nell'ambito del *public enforcement*, si è da tempo sviluppata una giurisprudenza secondo la quale la controllante/capogruppo può (*rectius*, deve) essere ritenuta solidalmente responsabile delle violazioni del diritto della concorrenza materialmente poste in essere dalla controllata con cui costituisce una *single economic entity*, nel caso in cui abbia su questa esercitato un'influenza determinante
- In presenza di situazioni di controllo totalitario (o quasi) si è altresì consolidata una presunzione relativa (c.d. *parental liability presumption*) in forza della quale si può presumere l'esercizio di una simile influenza determinante e che controllante/controlata rappresentino un'unica entità economica (i.e., un'unica impresa) ai fini antitrust. Alla luce di ciò, entrambe le società sono solidalmente responsabili per l'eventuale sanzione irrogata dall'autorità garante della concorrenza

Spunti critici: la responsabilità solidale della *single economic entity*

- Già prima dell'approvazione del d.lgs. 3/2017, era stato evidenziato in dottrina che i predetti principi avrebbero potuto trascendere dal piano del *public enforcement* a quello del *private enforcement* (GHEZZI MAGGIOLINO)
- In sostanza, il danneggiato avrebbe potuto indistintamente citare in giudizio – al fine di ottenere il risarcimento del danno – tutte le società della *single economic entity* solidalmente responsabili per l'illecito antitrust (sfruttando altresì la significativa semplificazione probatoria sottesa all'applicazione della *parental liability presumption*)
- L'elaborazione di un compiuto sistema di *private enforcement europeo* ha reso particolarmente attuale il problema e la Corte di giustizia è ben presto intervenuta a offrire delucidazioni sul punto
- In particolare, a partire dalla sentenza *Skanska* (causa C-724/17), la Corte di giustizia ha chiarito che la nozione di impresa ai fini antitrust è la medesima sia nell'ambito del *public* che del *private enforcement*, sicché il concetto della *single economic entity* (e il profilo della responsabilità solidale a ciò sotteso) deve poter trovare – in linea di principio – applicazione anche nell'ambito dei giudizi per il risarcimento del danno antitrust

La sentenza *Sumal* – la responsabilità solidale della *single economic entity*

- Con la sentenza *Sumal* (causa C-882/19) la Corte di giustizia ha segnato un arresto decisivo in relazione ai criteri di imputazione della responsabilità solidale nell'ambito della *single economic entity*, anche in relazione al *private enforcement*
- In particolare, la causa pregiudiziale trae origine da un giudizio per il risarcimento del danno antitrust incardinato innanzi a un giudice spagnolo, nell'ambito del quale l'asserito danneggiato aveva citato in giudizio la società controllata dall'autore materiale dell'illecito in precedenza accertato dalla Commissione (la società che era stata coinvolta nel procedimento antitrust «presupposto»). Il giudice spagnolo si interrogava quindi sulla fondatezza di tale azione risarcitoria
- La Corte di giustizia, sul punto, ha affermato che «*nell'ambito di un'azione di risarcimento danni, fondata sull'esistenza di un'infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, constatata dalla Commissione con una decisione, un'entità giuridica che non sia indicata in tale decisione come autrice dell'infrazione al diritto della concorrenza può nondimeno essere sanzionata per il comportamento illecito di un'altra persona giuridica allorché tali persone giuridiche facciano tutte e due parte della stessa entità economica e formino così un'impresa, che è l'autrice dell'infrazione ai sensi del citato articolo 101 TFUE*»

La sentenza *Sumal* – la responsabilità solidale della *single economic entity*

- «*La responsabilità della società figlia in parola può tuttavia sorgere solo se la vittima prova [...] che, tenuto conto, da un lato, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici di cui ai punti 43 e 47 della presente sentenza e, dall'altro, dell'esistenza di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile, la suddetta società figlia costituiva un'unità economica con la sua società madre*» (§51)
- Secondo la Corte di giustizia, la dimostrazione richiesta al danneggiato al fine di provare che la società convenuta è parte dell'unica entità economica autrice dell'illecito dovrebbe avere in linea di principio il seguente oggetto: «*che l'accordo anticoncorrenziale concluso dalla società madre per il quale essa è stata condannata riguarda gli stessi prodotti commercializzati dalla società figlia. Così facendo, la vittima dimostra che è proprio l'unità economica cui appartiene la società figlia, insieme alla sua società madre, che costituisce l'impresa che ha effettivamente commesso l'infrazione*»
- Resta beninteso fermo che, affinché sia garantito il diritto di difesa della società figlia, questa deve poter dimostrare di non appartenere a tale unica entità economica

La sentenza *Sumal* – i principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia

- «L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un'impresa può proporre un'azione di risarcimento danni **indifferentemente** nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione europea per tale pratica in una decisione o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica. La società figlia interessata deve poter far valere efficacemente i propri diritti di difesa per dimostrare di non appartenere a tale impresa e, qualora non sia stata adottata alcuna decisione da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 101 TFUE, ha anche il diritto di contestare l'esistenza stessa del presunto comportamento illecito.

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede la possibilità di imputare la responsabilità del comportamento di una società a un'altra società soltanto nel caso in cui la seconda società controlli la prima società»

Q&A

Grazie per l'attenzione!

Applicazione Pubblica e Privata del diritto antitrust dell'UE

Seminario per la magistratura italiana

Napoli, 11-12 Novembre 2021

**Private e Public enforcement, danni antitrust,
loro quantificazione e trasferimento del
sovrapprezzo**

Paolo Cassinis
(AGCM)



Finanziato dall'Unione Europea Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - SI2.778715.

Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea.

Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

1

Introduzione: Sistema «binario» antitrust

- La disciplina del diritto antitrust è caratterizzata da un sistema binario: Il c.d. **public enforcement**, affidato alla Commissione EU ed alle autorità di concorrenza degli altri Stati membri (che formano l'European Competition Network ECN); il c.d. **private enforcement**, affidato ai giudici nazionali.
- L'Autorità e giudici nazionali sono chiamati all'applicazione delle stesse norme sostanziali antitrust, nazionali e comunitarie su intese ed abusi di posizione dominante (legge n.287/90 - artt. 101,102 TFUE); ora, possono essere applicate «anche» parallelamente in relazione ad uno stesso caso (art.1, comma 2, legge n.287/90, novellato dall'art. 17 del D. Lgs. 3/2017).

2

Public e Private enforcement antitrust: interrelazioni

- 3 -

3

Public e Private enforcement antitrust (i)

Il Reg. 1/2003 CE:

- Ha segnato una svolta nel ruolo delle autorità antitrust e dei giudici nazionali nell'attuazione delle norme di concorrenza (diretta applicabilità anche dell'art. 101.3 TFUE - sistema "dell'eccezione legale"; artt. 1 e 6);
- Ha fissato regole di cooperazione tra le autorità di concorrenza nazionali e la Commissione UE, che formano l'European Competition Network (ECN) (art. 11-14) e tra queste ed i giudici nazionali per assicurare coerenza applicativa degli artt. 101-102 TFUE (art. 15, richieste di informazioni alla Commissione UE, interventi come *amicus curiae*);
- Ha stabilito per le autorità nazionali ed i giudici la regola dell'applicazione uniforme del diritto comunitario (art.16).

4

Public e Private enforcement antitrust (ii)

La Direttiva 2014/104/UE (Direttiva Danni):

- Mira ad ottimizzare il rapporto e coordinamento tra *Public* e *private enforcement*.
- Detta norme sostanziali e procedurali per favorire l'esercizio effettivo del diritto al pieno risarcimento dei danni da parte di «chiunque» sia stato leso; tra esse, le norme sulla divulgazione delle prove (artt. 5-6), sulla cd. *efficacia vincolante* (art. 9), sul termine di prescrizione (art.10), sulla solidarietà passiva (art. 11), sul trasferimento del sovrapprezzo (artt.12-15), presunzione di dannosità dei cartelli (art. 17).
- Non crea una nuova forma di responsabilità, né introduce danni punitivi o multipli.

5

Public e Private enforcement antitrust (iii)

- La Direttiva UE/2019/1 ECN+, recepita in Italia con D. Lgs. approvato in via definitiva dal CdM del 28 ottobre 2021, armonizza ulteriormente le modalità applicative delle norme di concorrenza UE (per la prima volta anche con riguardo ai cd *programmi di clemenza*) tra le autorità di concorrenza facenti parte dell'ECN, rafforza l'indipendenza, i poteri di indagine e sanzionatori delle autorità antitrust nazionali nonché gli strumenti di cooperazione tra di esse.
- La Direttiva ECN+ lascia impregiudicato il diritto delle vittime di illeciti antitrust ad ottenere il pieno risarcimento dei danni.

- 6 -

6

Public e Private enforcement antitrust: ruoli distinti ma complementari

Public e private enforcement:

- Hanno **obiettivi diversi** (tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza v. posizione giuridiche soggettive-danni; Cass., I, sent. n.3640/09);
- sono **complementari** nell'assicurare una maggiore efficacia complessiva alle norme antitrust (Reg. CE 1/2003, cons. 7; Cass., I, sent. n.11564/2015 - *Cargest*); il risarcimento dei danni in sede civile *contribuisce* indirettamente al mantenimento di una concorrenza effettiva, garantendo l'effetto utile delle norme di concorrenza (Corte Giust.: sent. 20.9.01, C-453/99, *Courage*; sent. 13.7.06, C-295, 298/04, *Manfredi*; sent. 12.12.19, *Otis*, C-435/18; Cass. SU sent. n.2207/05).
- Le sanzioni hanno funzione "*tipicamente punitiva*" e "*afflittiva*" (inter alia, CdS, VI, sent. n.8191/2019; Cass. V, sent. n.5050/10) e deterrente (Corte Giust. sent. 11.6.09, C-429/07, *X BV*; Direttiva UE/2019/1 ECN+, art. 13), mentre, nel nostro ordinamento, il risarcimento dei danni antitrust ha funzione prevalentemente (non punitiva) compensativa della lesione del diritto di godere dei benefici della concorrenza (Cass. III, 2305/07; art. 3 Direttiva 2014/104/UE; art.1.2, D. Lgs. 3/2017).

- 7 -

7

Coordinamento tra *public* e *private enforcement*

I principali istituti sono previsti dalle seguenti norme:

- Art. 6 para 3, 5, 6, 10 Direttiva Danni - in tema di **accesso alle prove contenute nei fascicoli dell'Autorità**, con limitazioni (es. *grey list*, *black list*, *domande di clemenza*, documenti interni e corrispondenza tra autorità) ed in via residuale → **art.4.1, 4.4, 4.5, 4.9 D.Lgs. n.3/2017**
- Art. 6.11 Direttiva Danni – partecipazione dell'Autorità al test di proporzionalità in relazione agli ordini di esibizione dei giudici (cons. 30 della Direttiva) → **art.4, comma 7, D.Lgs. n.3/2017**
- Art. 9 Direttiva Danni – efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità divenute definitive (cons. 34-35 della Direttiva) → **art.7, D.Lgs. n.3/2017**
- Art. 10.4 Direttiva Danni – sospensione della prescrizione ove l'Autorità stia intervenendo sullo stesso caso → **art.8.2, D.Lgs. n.3/2017**
- Art.17.3 Direttiva Danni – possibile assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno → **art.14.3, D.Lgs. n.3/2017**

- 8 -

8

Effetti vincolanti delle decisioni antitrust

- Sono escluse le decisioni che non accertano illeciti antitrust (come le decisioni con impegni, di archiviazione e quelle di non luogo a provvedere); sono incluse le decisioni cd di settlement (da ultimo, Trib. Napoli, Sez. Sp. Impr., sent. 8569 del 20.10.2021, *Soigea/Iveco*).
- Decisioni definitive: (art. 2.1, lett.f, D. Lgs. 3/2017).
- La vincolatività riguarda la natura della violazione, la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale (cons. 34 Direttiva Danni e art. 7.1 D. Lgs. 3/2017). Con riguardo all'art.16 Reg. CE 1/2003 si veda Corte di Giustizia (Grande Sezione) 6 ottobre 2021, C-882/19, che – fermo restando l'accertamento dell'illecito antitrust – indica che, in ragione dell'attività svolta - possa essere convenuta in un giudizio risarcitorio l'impresa-figlia non menzionata nella decisione della Commissione, laddove formi un'unica entità economica con l'impresa-madre corresponsabile del cartello (pt. 53, 55, 60).
- Non riguarda il nesso di causalità e l'esistenza del danno.
- Sempre possibile il rinvio alla corte di Giustizia ex art. 267 TFUE.

- 9 -

9

Private enforcement: i principali poteri dei giudici

- Decidere sulle azioni di risarcimento dei danni antitrust (nelle azioni cd *stand alone* o *follow-on*) – anche «di classe» (ex art. 840-bis cpc, novellato dalla legge n.31/2019 - adottando eventuali provvedimenti provvisori cautelari).
- Decidere sulle azioni di regresso relative alla responsabilità solidale e sulle richieste di manleva (es. del convenuto che a sua volta ha subito la traslazione del sovrapprezzo da un soggetto a monte).
- Dichiarare la nullità ex art. 101.2 TFUE e art. 2.3, legge n.287/90 e valutarne le conseguenze.
- Decidere su azioni di responsabilità contro amministratori (ex artt. 2476-1218 c.c.) per la partecipazione dell'impresa all'illecito antitrust (Trib. Milano, Sez. Sp. Impr., sent., Sez. XV, n.3994, 11 - 12.5.2021 - *Why Not Srl*).
- Condannare alla rifusione delle spese di lite.

- 10 -

10

Danno antitrust, quantificazione e risarcimento

- 11 -

11

Tipologie di danni antitrust risarcibili

- Danno reale (danno emergente) e mancato guadagno (lucro cessante, es. riduzione delle volume delle vendite o dei profitti), più interessi. Anche perdita di chances e rivalutazione monetaria.
- Funzione solo riparatoria/compensativa:
 - → «evitare» sovra-compensazioni (cons. 12, art.3.3, Direttiva Danni e art.1.2, D. Lgs. 3/2017), anche tramite la disciplina del trasferimento del sovrapprezzo cd *pass on* (cfr. anche artt.12.1 e 12.2 Direttiva Danni).
 - → «evitare» anche sotto-compensazioni (art.12.1 Direttiva Danni).

- 12 -

12

Danni da illecito antitrust

- Variano a seconda del tipo di violazione accertata:
 - **Cartelli ed abusi di posizione dominante cd. di sfruttamento/prezzi iniqui** possono determinare sovrapprezzi per gli acquirenti/fornitori diretti o indiretti;
 - **Abusi di posizione dominante cd. escludenti (prezzi predatori, rifiuto a contrarre, pratiche leganti)** possono impedire/limitare che altre imprese competano in maniera effettiva sul mercato, forzarle ad uscire, impedire l'ingresso di potenziali concorrenti → riduzione dei fatturati/profitti attuali o attesi/maggiori costi.

- 13 -

13

Legittimati attivi al risarcimento dei danni antitrust

- «Chiunque» abbia subito un danno da illecito antitrust, compresi gli acquirenti diretti e tutti gli altri acquirenti della catena di approvvigionamento (acquirenti indiretti, tra i consumatori finali), nonché i fornitori diretti o indiretti (in ipotesi di cartelli di acquisto).
- Anche i danneggiati «indiretti», cioè soggetti che non operano come fornitori o acquirenti sul mercato interessato da un'intesa, ma che hanno concesso prestiti agevolati, ad acquirenti di prodotti offerti su tale mercato (laddove l'importo dei prestiti erogati sia stato più elevato che in assenza dell'intesa). (Corte di Giustizia, sent. 12.12.19, *Otis*, C-435/18).
- Possibili azioni di responsabilità contro gli amministratori.

- 14 -

14

Legittimati passivi al risarcimento dei danni antitrust

- L'impresa (o associazione d'impreses) autrice dell'illecito. Impresa, secondo la sua nozione funzionale antitrust, cioè l'entità/unità economica (qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento; un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche).
- Corte di Giustizia (Grande Sezione), 6 ottobre 2021, C-882/19: «*nulla osta ... a che la vittima di una pratica anticoncorrenziale proponga un'azione di risarcimento danni nei confronti di una delle entità giuridiche che costituiscono l'unità economica e, pertanto, dell'impresa che, commettendo una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, abbia causato il danno subito da tale vittima*» (pt. 50). Quindi può essere convenuta in un giudizio risarcitorio la società-figlia, laddove – in ragione dell'attività svolta - formi un'unica entità economica con la società-madre, sola destinataria della decisione della Commissione europea di accertamento dell'illecito antitrust (pt. 47-48).

- 15 -

15

Intrinseca difficoltà di quantificare il danno antitrust (i)

- «È opportuno tenere conto di ogni asimmetria informativa fra le parti e del fatto che quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione. **Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica e non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta.** È pertanto opportuno assicurare che ai giudici nazionali sia conferito il potere di stimare l'ammontare del danno causato dalle violazioni del diritto della concorrenza».
(Cons. 46 Direttiva Danni).

- 16 -

16

Intrinseca difficoltà di quantificare il danno antitrust (ii)

- «16. È impossibile conoscere con certezza l'evoluzione esatta di un mercato nel caso in cui non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. I prezzi, i volumi delle vendite e i margini di profitto dipendono da una serie di fattori e di interazioni complesse, spesso strategiche, tra gli operatori del mercato, e non facilmente valutabili. La stima dello scenario ipotetico di non infrazione si baserà quindi, per definizione, su una serie di ipotesi. Nella pratica, la mancata disponibilità o l'inaccessibilità dei dati andrà spesso ad aggiungersi a questa limitazione intrinseca.
- 17. Per queste ragioni, la quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza è, per sua stessa natura, soggetta a limiti considerevoli per quanto riguarda il livello atteso di certezza e precisione. Non è possibile infatti determinare un singolo valore "reale" del danno subito, ma possono essere formulate esclusivamente le stime più attendibili sulla base di ipotesi e approssimazioni» (punti 16-17 Guida Pratica quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento del danno, Commissione UE 2013).

- 17 -

17

Prove, presunzione di dannosità dei cartelli, equità

- Nozione ampia di prove ammissibili (artt. 2.13 e 17.1 Direttiva Danni; art.1, lett. i, D. Lgs. 3/2017), in considerazione dell'asimmetria informativa tra danneggiato (specie se acquirente indiretto/consumatore) e autore della violazione e del principio di effettività (artt. 4 e 17.1 Direttiva Danni) – prove del nesso di causalità e CTU (Cass., I, sent. n.11564/2015 – *Cargest*; da ultimo, Corte d'Appello di Roma, II, sent. 20.7.2021, *Pfizer Italia*).
- Presunzione relativa sulla «dannosità» (nesso causale e an) dei cartelli, «*in particolare attraverso un effetto sui prezzi*»: rilevante asimmetria informativa in considerazione della natura segreta dei cartelli che rende difficile la prova del danno (art. 17.2 e cons. 47 Direttiva Danni, art.14.2, D. Lgs. 3/2017).
- Presunzione relativa di trasferimento del sovrapprezzo (pass-on) per gli acquirenti indiretti ed a certe condizioni (art. 14.2 Direttiva Danni, art.12.2, D. Lgs. 3/2017).
- Poteri di valutazione equitativa del giudice (artt. 12.5 e 17.1 Direttiva Danni, art.14.1, D. Lgs. 3/2017), a fronte dell'onere di allegazione dell'attore (da ultimo, Corte d'Appello di Roma, II, sent. 20.7.2021, *Pfizer Italia*).

- 18 -

18

La CTU «percipiente»

«(...) il giudice, per la complessità della ricostruzione del quadro commerciale in cui l'abuso di posizione dominante si potrebbe essere consumato e per la diversità delle possibili opzioni tecniche in base alle quali individuare gli elementi decisivi al fine di identificare e quantificare le conseguenze pregiudizievoli dell'abuso, deve agevolare l'onere probatorio posto a carico dell'attore, ad esempio, servendosi dell'ausilio di un consulente tecnico d'ufficio, cui possono affidarsi anche compiti di accertamento di alcuni complessi elementi del fatto illecito nella sua materialità o per il difficile calcolo delle relative conseguenze dannose» **Cass. Civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5763, § 9.1**

« (...) quando si tratta di fatti che la parte ha dedotto e posto a fondamento della sua domanda ed il cui accertamento richiede specifiche cognizioni tecniche» (SSUU Cassazione, 30 dicembre 2011 n. 30175 (§ 4.1); Cass., sez. I, 1° aprile 2016, n.6366; sez. III, 22 giugno 2016, n.12884).

« (...) consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (...) di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale» **Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, Cargest, § 3.3.1.**

- 19 -

19

Possibile assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno

- **Art. 17.3 Direttiva Danni:** «..., nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno, un'autorità nazionale garante della concorrenza possa, su richiesta di un giudice nazionale, prestare a questo assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno qualora l'autorità nazionale garante della concorrenza consideri appropriata tale assistenza.»
- **Cons. 46. (...)** «..., su richiesta, le autorità nazionali garanti della concorrenza possano fornire orientamenti riguardo alla quantificazione. Per garantire coerenza e prevedibilità, la Commissione dovrebbe fornire orientamenti generali a livello di Unione.»
- **14.3 D. Lgs. 3/2017** «Il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicitario del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima.»

- 20 -

20

Assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno: Limiti intrinseci

- L'Autorità accerta l'esistenza di illeciti antitrust, sanziona e diffida i soggetti che ne sono autori (es. le imprese co-cartelis, talvolta con i loro controllanti; soggetti terzi che hanno svolto un ruolo organizzativo del cartello; associazioni di imprese). Essa non si pronuncia sui profili civilistici (es. validità dei contratti/clausole; risarcimento dei danni) (cfr. art. 33.2, legge n.287/90; vedi anche art.37-bis e 67 Cod. Cons.), né svolge funzioni transattive/arbitrali.
- I suoi provvedimenti raramente accertano i concreti effetti sul mercato degli illeciti antitrust, essendo sufficiente la loro idoneità a produrli.
- Soli due casi di richieste di assistenza, entrambi legate al caso A428.

- 21 -

21

Assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno: profili problematici

Ipotesi in cui potrebbe rendersi «non appropriata» tale collaborazione:

- **Procedimento antitrust in fase pre-istruttoria o ancora in corso;**
- **Procedimento antitrust concluso** senza accertamento dell'infrazione, ma **con accettazione di impegni** (art. 14-ter, legge n.287/90);
- **Procedimento antitrust concluso senza accertamento dell'infrazione** per *insufficienza degli elementi disponibili* – art. 5 Reg. CE 1/2003;
- **Autorità stessa potenzialmente danneggiata dall'illecito** (es. sentenza Corte di Giustizia 6/11/2012, causa C-199/11 - Cartello sugli ascensori accertato dalla Commissione nel 2007 → azione di risarcimento presso il Tribunal de Commerce di Bruxelles per ottenere il risarcimento dei danni subiti per i prezzi artificialmente elevati ad essa fatturati per la manutenzione di ascensori e scale mobili);
- **Decisione antitrust annullata/sospesa** in primo grado ancorchè appellata.

- 22 -

22

Lo scopo del risarcimento del danno antitrust

- «Il risarcimento del danno subito mira a mettere il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato qualora non si fosse verificata l'infrazione» antitrust accertata.
- «La posizione reale del soggetto danneggiato deve quindi essere confrontata con la posizione in cui tale soggetto si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Questa valutazione viene talvolta chiamata “analisi differenziale” (but/for analysis). (punti 11-12 Guida Pratica quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento del danno, Commissione UE 2013).

- 23 -

23

La questione principale: lo scenario controfattuale

- Gli effetti di una qualsiasi condotta anticoncorrenziale non sono direttamente osservabili. L'unico scenario «fattuale» osservabile è quello nel quale avviene (e che contiene) l'illecito; quindi non è osservabile come sarebbe stata la realtà/mercato se l'illecito non vi fosse stato.
- L'approccio più comunemente utilizzato per colmare questo *gap informativo* è quello di costruire uno scenario “controfattuale”, con il quale comparare la realtà «viziata» dagli effetti della condotta → stima: i) del sovrapprezzo da cartello o da abuso di sfruttamento/prezzi iniqui (*overcharge*), ii) dei costi sostenuti e/o delle vendite mancate nel caso di abuso escludente.
- Rilevanza delle prove «dirette», es. documenti interni delle imprese cartellizzate sugli aumenti di prezzo concordato, documenti contabili/fatture di vendita.

- 24 -

24

Pluralità di metodi per costruire il controfattuale

- Esiste una pluralità di metodi, molto diversi da loro, che si basano su ipotesi che richiedono una quantità di dati e informazioni più o meno vasta (che ne condiziona la scelta) e che possono anche dare esiti diversi.
- I metodi più comunemente utilizzati sono:
 - *i)* metodi che si basano su comparatori;
 - *ii)* metodi di simulazione basati su modelli economici che descrivono il comportamento delle imprese, e
 - *iii)* metodi di simulazione di natura finanziaria.

- 25 -

25

Metodi basati su comparatori: sullo stesso mercato (i)

- *i) Comparazione con lo stesso mercato in cui è avvenuto l'illecito ma in un diverso periodo temporale*. Alcuni metodi sono, più semplici (“**Before**”, “**After**” e “**Before/After**”, detti “a linea retta”), altri, più complessi, con analisi di natura econometrica.
 - Il metodo “Prima (**Before**)” assume che il prezzo nello scenario controfattuale sia quello praticato immediatamente prima dell’inizio dell’illecito.
 - Il metodo “Dopo (**After**)” assume che il prezzo nello scenario controfattuale sia quello immediatamente successivo alla fine dell’illecito (cfr. da ultimo, Corte d’Appello di Roma, II, sent. 20 luglio 2021, *Pfizer Italia*).
 - Il metodo “Prima/Dopo (**Before/After**)” assume che i prezzi nello scenario controfattuale siano quelli che si trovano lungo una retta che congiunge il prezzo rilevato prima dell’inizio dell’illecito (“*before*”) con quello immediatamente successivo alla sua cessazione (“*after*”).

- 26 -

26

Metodi basati su comparatori comparatori: sullo stesso mercato (ii)

- I metodi che confrontano nel tempo i dati relativi allo stesso mercato geografico e merceologico dell'infrazione hanno il vantaggio che le caratteristiche del mercato (es. la struttura del mercato, livello di concorrenza, costi, peculiarità della domanda), sono in genere maggiormente comparabili rispetto ad un raffronto basato su mercati diversi.
- Difficoltà di determinare con certezza la data effettiva di inizio e fine dell'infrazione.

- 27 -

27

Metodi basati su comparatori sul altri mercati (iii)

Questi metodi tentano di costruire il controfattuale utilizzando dati non influenzati dalla condotta della quale si vogliono misurare gli effetti.

- i) **Comparazione con “altri mercati” geografici o merceologici** (o “yardstick”), **oppure a periodi diversi rispetto alla durata dell'infrazione**. E' necessario che i dati provengano da altri mercati – diversi da quello in cui è avvenuta l'infrazione – non «alterati» da infrazioni simili poste in essere dalle imprese stesse o diverse. Il metodo di ricorrere ad altri mercati geografici di confronto viene generalmente utilizzato quando l'infrazione riguarda mercati geografici d'ambito locale, regionale o nazionale, meglio se contigui (possibilmente all'interno di un paese).
- Il metodo della **«differenza nelle differenze»**, combina confronti temporali e tra mercati diversi ed analizza lo sviluppo della variabile economica rilevante (es. il prezzo del bene oggetto del cartello) sul mercato dell'infrazione in un determinato periodo e lo raffronta con lo sviluppo della stessa variabile nello stesso arco di tempo, su un mercato di confronto non interessato dall'infrazione. E' in grado di fornire una stima del prezzo nello scenario controfattuale considerando anche eventuali mutamenti di altri fattori indipendenti dal cartello (es. aumenti di prezzo di *input* produttivi del bene nel corso del cartello).

- 28 -

28

Metodi di natura finanziaria e metodi basati su modelli economici

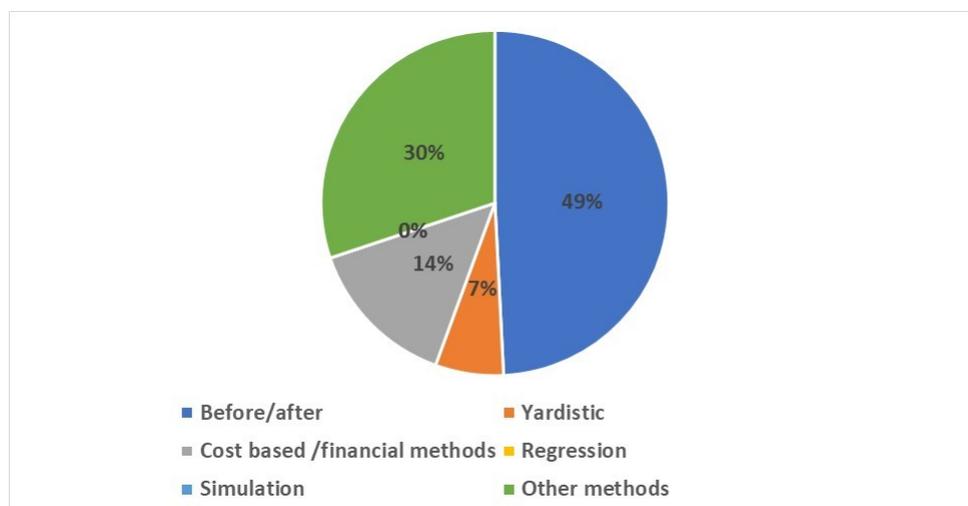
- **I metodi basati su modelli economici e di comportamento** assumono che gli esiti di mercato (prezzi e quantità) possano essere considerati come equilibri di modelli nei quali le imprese competono tra loro per massimizzare i rispettivi profitti.
- **I metodi di natura finanziaria** mirano a quantificare alcuni indicatori di natura finanziaria nello scenario controfattuale. Ad esempio, per costruire lo scenario “controfattuale” si cerca di determinare direttamente (es. sulla base del costo del capitale o del tasso di profitto *minimo*) la redditività che avrebbe dovuto l'impresa che si assume danneggiata dall'illecito antitrust e compararla con la redditività effettivamente osservata al fine di quantificare il danno subito.

Cfr. Guida Pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento che accompagna la Comunicazione della Commissione UE relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE (2013).

- 29 -

29

Damages actions in EU countries: which method?



Source: Laborde (2019)

30

Stima del danno e traslazione del sovrapprezzo (pass on)

- Il sovrapprezzo/overcharge è “la differenza tra il Prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza” (art.2.1, lett. r, D. Lgs. 3/2017).
- Nei casi di cartello, la determinazione dei danni subiti dalle imprese acquirenti il bene oggetto del cartello richiede anche una stima del *pass-on*, ovvero, della parte di danno da “sovrapprezzo” che l’acquirente del bene oggetto del cartello riesce a trasferire a valle, per «evitare» sovra-compensazioni (cfr. anche art.12.1 e 12.2 Direttiva Danni).
- La stima del *pass-on* può essere complessa e richiede l’applicazione di metodi in parte simili a quelli già indicati per la stima del sovrapprezzo. Tra essi, i principali sono: i) Metodi comparativi; ii) metodo del tasso di trasferimento, ii) metodi della simulazione.
- (Cfr. Linee Guida della Commissione UE per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull’acquirente indiretto -2019/C 267/07, pt.65 ss.).

- 31 -

31

Disciplina del trasferimento del sovrapprezzo (*pass-on*) (i)

- La disciplina del *pass on* prevede (cfr. art.12-15 Direttiva Danni; artt. 10-13 D. Lgs. 3/2017):
 - Regola generale: il risarcimento da danno emergente non deve superare il sovrapprezzo subito dall’attore nel medesimo livello della catena di approvvigionamento in cui è presente.
 - Il *pass on* può essere utilizzato come «difesa/scudo» dall’autore dell’illecito, incombendo però su di esso l’onere della prova su *an* e *quantum* (cfr. da ultimo, (Trib. Milano, Sez. Sp. Impr., sent., Sez. XIV, n.1861/2020 – *Alitalia/KAI*); ove, dimostrato integrale o parziale *pass on*, può comunque residuare responsabilità per lucro cessante.

- 32 -

32

Disciplina del trasferimento del sovrapprezzo (*pass-on*)

(ii)

- Quando il *pass on* è fondamento della richiesta di danni da parte dell'acquirente/fornitore indiretto («**spada**») – trattandosi di soggetto più lontano dall'illecito con maggiori difficoltà di prova – opera a suo favore una presunzione relativa dell'avvenuto trasferimento, ove dimostri: i) avvenuta infrazione antitrust; ii) che essa ha comportato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto, iii) di essere acquirente/fornitore indiretto del bene.
- In caso di **pluralità di azioni** (anche in altri Stati membri) di risarcimento dei danni in relazione allo stesso illecito antitrust da parte di più soggetti posti anche a livelli diversi della catena di approvvigionamento, nel valutare se e in che misura gli oneri della prova in tema di *pass on* siano stati assolti, i giudici potranno tenere conto: i) delle altre azioni risarcitorie, favorendo – ove possibile – la loro riunione; ii) delle decisioni giudiziarie già adottate (es. Trb. Venezia, sent. 7 luglio 2021, n.1423); iii) delle informazioni pubbliche relative all'attività di public enforcement.

- 33 -

33

Pass-on e lucro cessante

- La stima del *pass-on* effettivo può non esaurire la determinazione del danno per le imprese che hanno acquistato beni «cartellizzati». Anche laddove le imprese acquirenti fossero state in grado di traslare totalmente il sovrapprezzo a valle, esse potrebbero aver subito una riduzione del volume di beni venduti, realizzando minori profitti (danno da volume). Ciò rileva quindi come danno da «lucro cessante», espressamente contemplato dalla Direttiva Danni (art. 12.3).
- In linea generale, la quantificazione del “danno da volume” richiede una stima dell'elasticità della domanda dell'impresa (per stimare la riduzione delle vendite causate da un aumento del prezzo per via dell'aumento del costo marginale di produzione) e del margine di profitto che l'impresa avrebbe realizzato su tali vendite (cfr. Corte d'Appello di Roma, II, sent. 20.7.2021, *Pfizer Italia*, che ha escluso l'esistenza di lucro cessante a fronte di una domanda rigida nel mercato a valle). Per le metodologie, si vedano le Linee Guida della Commissione UE per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto -2019/C 267/07, pt.134 ss.).

- 34 -

34

Possibilità di *pass on* a seconda delle condizioni economiche delle imprese e di mercato

Pass-on potenzialmente basso, se:

- Alcuni concorrenti acquistano beni/servizi da soggetti estranei al cartello;
- Le imprese parti del cartello operano anche nel mercato a valle;
- Il sovrapprezzo impatta sui costi fissi (cioè, che non variano in base alla quantità dei fattori produttivi) dell'acquirente diretto.

Pass-on potenzialmente elevato, se:

- Tutti gli operatori del mercato a valle hanno bisogno dei beni/servizi oggetto del cartello;
- Non ci sono fornitori alternativi, non cartellizzati;
- Vi è una vivace concorrenza tra le imprese che si trovano a pagare il sovrapprezzo;
- Il sovrapprezzo impatta in maniera sensibile sui costi variabili (che variano in base alla quantità dei fattori produttivi) dell'acquirente diretto.

- 35 -

35

Principali passaggi della quantificazione del danno da sovrapprezzo (danno emergente)

Operazione assai complessa, specie se si tratta di violazioni risalenti nel tempo.

In relazione ad un cartello di prezzo ed azione promossa da un acquirente diretto, i passaggi principali sono:

1. Identificazione del prezzo del bene/servizio durante il cartello (es. 125 euro) e delle quantità/importi di beni/servizi acquistate dal danneggiato (100.000 unità; 12.500.000 euro)
2. Identificazione del prezzo che avrebbe avuto il bene/servizio in assenza di cartello (scenario controfattuale) (es. 100 euro) → differenza: sovrapprezzo/overcharge (25 euro, + 20%)
3. Accertamento dell'eventuale trasferimento a terzi del sovrapprezzo/overcharge (cd. *pass-on*) (se provato dall'autore della violazione) (es. 12,5 euro).
4. Applicazione del sovrapprezzo/overcharge (al netto dell'eventuale *pass-on*) alle quantità di beni/servizi acquistati dal danneggiato (100.000 unità x 12,5 = **1.250.000 euro entità del danno**).
5. Aggiungere gli interessi, rivalutazione monetaria.

- 36 -

36

- 
- Per ricerche giurisprudenziali nazionali su azioni di risarcimento danni un utile riferimento è offerto dal sito: *Itaca.eurojus.it*

Vi ringrazio per la vostra attenzione

paolo.cassinis@agcm.it

Applicazione pubblica e privata del Diritto Antitrust dell'UE

Napoli, 12 novembre 2021

Laboratorio Pratico

Caso di Studio ipotetico: “cartello orizzontale di prezzo su un prodotto di elettronica di consumo” (Prodotto)

Introduzione:

Azione risarcitoria (cd *follow-on*) - incardinata nel 2021 presso un Tribunale italiano, Sez. Specializzata in materia d'impresa - a seguito di Decisione della Commissione europea del febbraio 2020 che ha accertato un'intesa/cartello di prezzo (ex art.101 TFUE) tra quattro produttori mondiali (A, B, C e D) del (Prodotto) ed ha riguardato alcuni Stati membri UE (Centro-Sud), tra cui l'Italia.

Il Prodotto è commercializzato in Europa da cinque produttori mondiali (A, B, C, D e E) tramite società controllate con sede nei singoli Stati membri.

La Decisione della Commissione:

- i) è stata adottata al termine di indagine avviata d'ufficio a seguito di segnalazioni dettagliate di aumenti dei prezzi del Prodotto; si tratta di una decisione a seguito di procedura di “transazione” (*settlement*);
- ii) ha riguardato le case madri di quattro produttori mondiali (A, B, C e D) considerate parti del cartello, non le rispettive controllate nazionali;
- iii) ha accertato un cartello di prezzo in vari Stati membri (Italia inclusa) della durata di circa un anno (maggio 2018 – luglio 2019), cessato a seguito dell'avvio dell'indagine e delle ispezioni della Commissione UE.
- iv) non è stata impugnata dalle imprese coinvolte (che avevano aderito alla “transazione” - *settlement*).

Elementi di contesto:

- a) Il Prodotto è largamente omogeneo, è distribuito prevalentemente tramite la Grande Distribuzione e piccoli dettaglianti.
- b) Sono disponibili studi di mercato che indicano dati sui livelli di prezzo del Prodotto all'ingrosso nel periodo dal 2016 al 2019 in Italia e negli altri Stati membri UE: in Italia l'aumento del prezzo del Prodotto nel periodo

dell'infrazione è stato di circa il 15%, poi è sceso del 5-7%; il volume delle vendite è rimasto stabile.

- c) Nello stesso periodo i costi delle materie prime e di trasporto sono aumentati del 7% e i prezzi del Prodotto sono aumentati anche in Stati membri non interessati dal cartello;
- d) I Prodotto in Italia è fornito da imprese controllate dalle quattro case madri responsabili del cartello (A, B, C e D) più una terza (E), che riforniscono la Grande Distribuzione e piccoli dettaglianti. Il mercato a valle della rivendita del Prodotto è fortemente competitivo.

L'azione follow-on:

Attore: operatore della Grande Distribuzione italiano che ha acquistato il Prodotto nel periodo di durata del cartello. Sulla base della Decisione della Commissione e delle proprie fatture di acquisto chiede il risarcimento del danno emergente determinato dall'intero sovrapprezzo – che stima in euro 225.000 pari al 15% su acquisti del Prodotto pari a 1,5 milioni di euro - pagato per gli acquisti effettuati dai cinque produttori mondiali (A, B, C, D e E), tra cui quelli dall'impresa/casa madre **B** (suo principale fornitore), per tutta la durata (maggio 2018 – luglio 2019) dell'accertata infrazione antitrust. L'attore non ha invece chiesto il risarcimento del lucro cessante (non essendosi riscontrate riduzione delle vendite del Prodotto nel periodo di durata del cartello). In subordine, chiede che il *quantum* venga stabilito in via equitativa dal Tribunale adito.

Convenuto: società interamente controllata, con sede in Italia, dell'impresa/casa madre **B** principale fornitore dell'attore, che si occupa della fornitura del Prodotto alla Grande Distribuzione ed a piccoli dettaglianti.

Terzo chiamato in causa dal convenuto: impresa/casa madre **E** che fornisce il Prodotto in Italia, non oggetto della Decisione della Commissione, ma i cui prezzi sono aumentati nel periodo di durata del cartello.

Il Convenuto contesta:

- 1) La propria legittimazione passiva, non essendo essa menzionata nella Decisione della Commissione;
- 2) In subordine, contesta l'esistenza dell'infrazione antitrust non potendosi far valere l'efficacia vincolante della decisione della Commissione adottata a seguito di *settlement*;

- 3) In ulteriore subordine, contesta di poter essere considerata responsabile anche per le forniture del Prodotto da parte di altre imprese oggetto della Decisione della Commissione, diverse dalla casa madre B e men che meno per le forniture del Prodotto dall'impresa E, non oggetto della Decisione della Commissione **che chiama in causa**, asserendo che vi sia stato un aumento di prezzi anche da parte dell'impresa/casa madre E, che quindi deve ritenersi anch'essa parte del cartello/collusione, senza tuttavia fornire specifici elementi di prova del suo coinvolgimento all'intesa;
- 4) Contesta sia il nesso causale che il *quantum* dei danni richiesti (intero sovrapprezzo) perchè non si terrebbe conto: né dell'aumento dei costi di produzione e trasporto nel periodo dell'infrazione, né del fatto che i prezzi del Prodotto sono aumentati anche in Stati membri non interessati dal cartello. Viene infine, eccetto l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo dall'attore ai consumatori e utenti finali (*pass on*).

Il Terzo chiamato (impresa E) contesta:

- La propria legittimazione passiva i) essendo estranea al cartello accertato dalla Decisione della Commissione, ii) non essendo comunque responsabile dell'aumento dei prezzi sul mercato della fornitura all'ingrosso del Prodotto, causato dal cartello/intesa accertato dalla Commissione [cd. *effetto ombrello*¹]; l'aumento dei prezzi del Prodotto da essa commercializzato è stato autonomamente determinato in considerazione delle mutate condizioni di mercato (aumento dei prezzi).
- In ogni caso, la propria partecipazione al cartello in assenza di prove della partecipazione alla collusione (scambi di informazioni, partecipazione a riunioni, scambi di mail ecc.).

Tre Gruppi: Attore, Convenuto, Terzo chiamato in causa.

* * *

¹ Corte di Giust. 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone*.



Finanziato dall'Unione Europea
Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - SI2.778715
Questo documento è stato preparato per la Commissione Europea. Tuttavia, riflette solo il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi uso che si possa fare delle informazioni in esso contenute.

Training in EU Antitrust
Law for the Italian
Judiciary

PROTEZIONE DELLE INFORMAZIONI RISERVATE NELLE AZIONI DI APPLICAZIONE A LIVELLO PRIVATISTICO DINANZI AI TRIBUNALI NAZIONALI: LA COMUNICAZIONE 2020 DELLA COMMISSIONE

Napoli 12 novembre 2021

Cons. Paolo Catalozzi

1

Direttiva 104/2014

Cause dello scarso sviluppo del private enforcement:

- asimmetria informativa;
- complessità del livello di ricostruzione ed esame dei fatti;
- maggiore difficoltà di accesso alla prova;
- difficoltà di provare i danni (e diffusività degli stessi);
- coordinamento tra public e private (accesso agli atti e programmi di clemenza; valore della decisione di NCA);
- mancanza di uniformità delle norme e procedure nazionali degli Stati membri per le azioni di risarcimento dei danni (sia sostanziale, es. elemento soggettivo; sia processuale, accesso ai mezzi di prova)

Obiettivo della direttiva: rimozione ostacoli all'applicazione giurisprudenziale del diritto antitrust (private enforcement)

2

Direttiva 104/2014

Difficoltà di accesso alla prova

Cass Cargest (2016): nei giudizi non preceduti da accertamento/decisioni del NCA (cd. stand alone), sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie, a fronte di fatti complessi di natura economica che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito; la difficoltà è accentuata sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico economiche, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà.

Inadeguatezza degli ordinari strumenti processuali (CTU percipiente; art. 210 cpc; art. 213; art. 118 cpc).

3

Diritto alla esibizione delle prove

Art. 3, d.lgs. 3/17: il giudice può ordinare alle parti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti

Presupposti e limiti:

- individuazione specificata e circoscritta degli elementi di prova o delle rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta (no fishing expedition);
- rilevanza;
- proporzionalità (portata e costi, specie per i terzi interessati);
- informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi;
- diritto di essere ascoltati

Comma 3: Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela

4

Informazioni riservate

Quando un'informazione va qualificata quale riservata?

Trib UE, Akzo Nobel e altri/Commissione (2015):

- i) è conosciuta soltanto da un **numero ristretto di persone** (no quando è accessibile agli ambienti specializzati o è deducibile da informazioni disponibili al pubblico);
- e ii) la sua divulgazione potrebbe causare un **danno** grave alla persona che le ha fornite o a terzi (rileva la natura dell'informazione, la sua attualità);
- e iii) gli **interessi** che potrebbero essere lesi dalla divulgazione dell'informazione riservata sono oggettivamente meritevoli di protezione (no a interessi reputazionali).

Nozione che non si esaurisce in quella dei **segreti commerciali**

5

Misure di protezione delle informazioni riservate

Decisione caso per caso e secondo le norme procedurali nazionali

Fattori rilevanti:

- natura e valore delle informazioni e accessibilità in forma aggregata o anonima;
- portata della divulgazione richiesta;
- numero di parti interessate;
- rapporto tra le parti;
- informazioni provenienti da terzi
- cerchia di individui a cui è consentito l'accesso;
- rischio di divulgazione accidentale;
- capacità del giudice di tutelare le informazioni riservate durante e dopo il procedimento;
- altri vincoli od oneri amministrativi

6

Interpolazioni

- A) Sostituzione dell'informazione riservata con dati anonimi o cifre aggregate
- B) Sostituzione di paragrafi cancellati con sintesi informative o significative non riservate
- C) Soppressione di intere parti dei documenti contenenti informazioni riservate.

Misura efficiente quando:

- documenti divulgati restano utili anche dopo l'interpolazione
- possibile sintetizzare dati delle informazioni riservate
- volume delle informazioni limitato
- informazioni riservate di terzi

7

Interpolazioni

Ruolo del giudice nella interpolazione:

- A) di supervisione e controllo del procedimento, con funzione di interlocutore per le parti e i terzi
- B) la responsabilità principale di produrre versioni non riservate e/o ottenere l'approvazione dei terzi per le proposte di interpolazione spetta alle parti

Indicazione di **orientamenti generali e/o specifici** per la preparazione delle versioni non riservate

- racchiudere in parentesi quadre tutte delle informazioni riservate nei documenti riservati originali, evidenziandole in modo che rimangano leggibili prima di prendere una decisione
- preparare un elenco di tutte le informazioni di cui si propone la rimozione

8

Interpolazioni

Indicazione di **orientamenti generali e/o specifici** (segue)

- per ogni intervento di interpolazione proposto, indicare i motivi specifici per cui l'informazione dovrebbe essere considerata riservata;
- sostituire l'informazione rimossa con una sintesi non riservata, informativa e significativa dell'informazione rimossa
- presentare versioni non riservate dei documenti interessati che rispecchino la struttura e il formato delle versioni riservate
- garantire che le versioni non riservate presentate siano tecnicamente affidabili e che le informazioni cancellate non possano essere recuperate con nessun mezzo

9

Cerchia di riservatezza

Specifiche categorie di informazioni riservate sono rese disponibili esclusivamente a determinate categorie di individui

Misura efficace quando:

- le informazioni riservate (dati quantitativi, informazioni commerciali strategiche) sono molto difficili da sintetizzare in modo significativo o non possono essere divulgate se non a seguito di incisive rimozioni
- il numero di documenti richiesti è ingente
- le cerchie di riservatezza possono essere organizzate con mezzi elettronici

10

Cerchia di riservatezza

Organizzazione di una cerchia di riservatezza

- a) quali informazioni inserire nella cerchia di riservatezza;
- b) chi è ammesso a far parte della cerchia di riservatezza (consulenti esterni? consulenti interni/rappresentanti aziendali?) e quale è l'estensione del diritto di accesso loro riconosciuto (diritti di accesso differenziati?);
- c) quali sono gli obblighi di riservatezza che devono essere assunti dalle parti. Obblighi di riservatezza vs. obbligo (deontologico) di condividere informazioni al cliente;
- d) l'organizzazione logistica della cerchia di riservatezza (modalità della divulgazione; durata)

11

Esperti

Nomina di un esperto competente in un ambito specifico autorizzato ad accedere alle informazioni riservate, con compiti di preparare una sintesi significativa delle informazioni da rendere disponibili alla parte che richiede la divulgazione o di redigere una relazione riservata destinata esclusivamente agli avvocati e/o ad altri consulenti esterni della parte che richiede la divulgazione, mentre alla parte in sé potrebbe essere resa disponibile una versione non riservata della stessa relazione.

12

Esperti

Misura efficiente quando:

- le informazioni da divulgare sono molto sensibili dal punto di vista commerciale e di natura quantitativa o tecnica
- i documenti riservati contengono dati sottostanti
- numero ingente di documenti da divulgare riguarda informazioni riservate di terzi e sia preferibile acquisire un parere in merito alla natura riservata delle stesse

Modalità di **nomina** secondo le norme processuali nazionali e richiesta di **obblighi** di non divulgazione

Istruzioni del giudizio in ordine al tipo di relazione da produrre. Possibilità di chiedere versione riservata e versione non riservata

13

Durata della protezione

Utilizzo delle informazioni riservate **durante** e **dopo** la chiusura del procedimento e mantenimento della protezione

Modalità di protezione:

- udienze a porte chiuse
- pubblicazione di sentenza in versione interpolata
- limitazioni (soggettive e oggettive) del diritto di accesso al fascicolo

14

Atti di Autorità di concorrenza e riservatezza

Black list (divieto di esibizione): prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione.

Grey list (esibizione solo al termine del procedimento): informazioni rese nell'ambito del procedimento; b) informazioni che l'autorità ha redatto e comunicato alle parti nel corso del procedimento; c) proposte di transazione revocate.

White list (diritto all'esibizione). Rispetto del criterio della proporzionalità ed eventuale diritto al contraddittorio dell'autorità

15

Atti di Autorità di concorrenza e riservatezza

Informazioni riservate in possesso della Commissione

- richiesta al giudice di garantire la tutela delle informazioni riservate
- valutazione delle modalità di protezione indicate
- divulgazione delle informazioni solo previa applicazione delle misure intese a tutelare la riservatezza delle informazioni comunicate e tenendo conto di eventuali osservazioni presentate al riguardo dalla Commissione.

16