

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
- Gabriella Muscolo	
	<ul style="list-style-type: none">• Questione applicative del recepimento della Direttiva ECNplus in Italia
- 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

Premessa

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 la 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

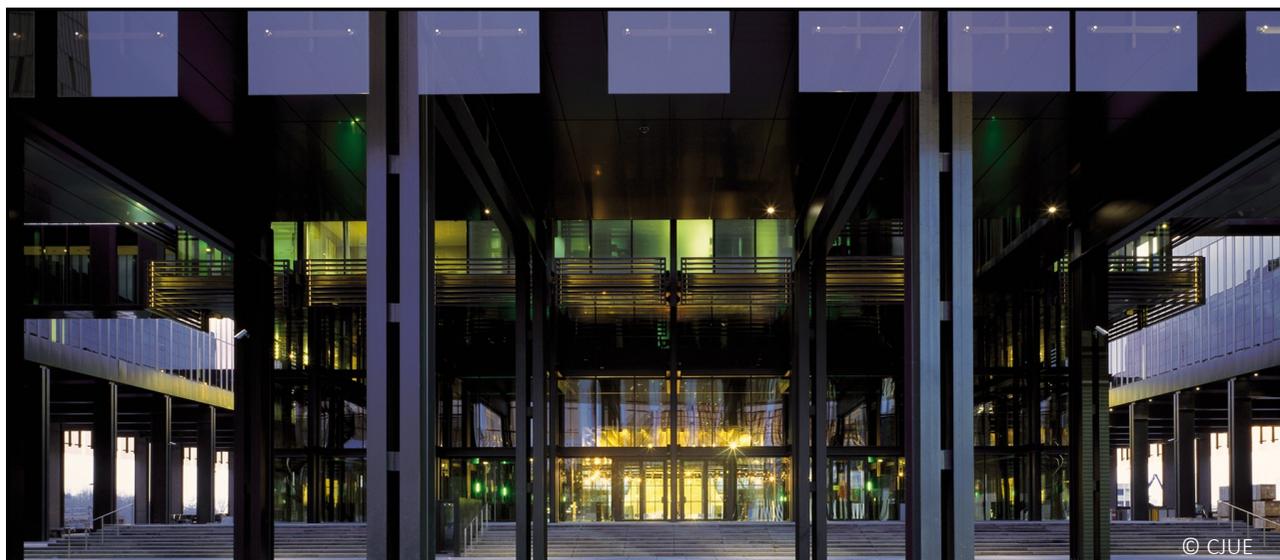
La « posizione dominante »

- ❑ 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

Case study

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

19

Case study

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*

20

Case study

...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

21

Case study

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)

22

Case study

... 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

Case study

...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

Case study

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.

25

Case study

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

26

Case study

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

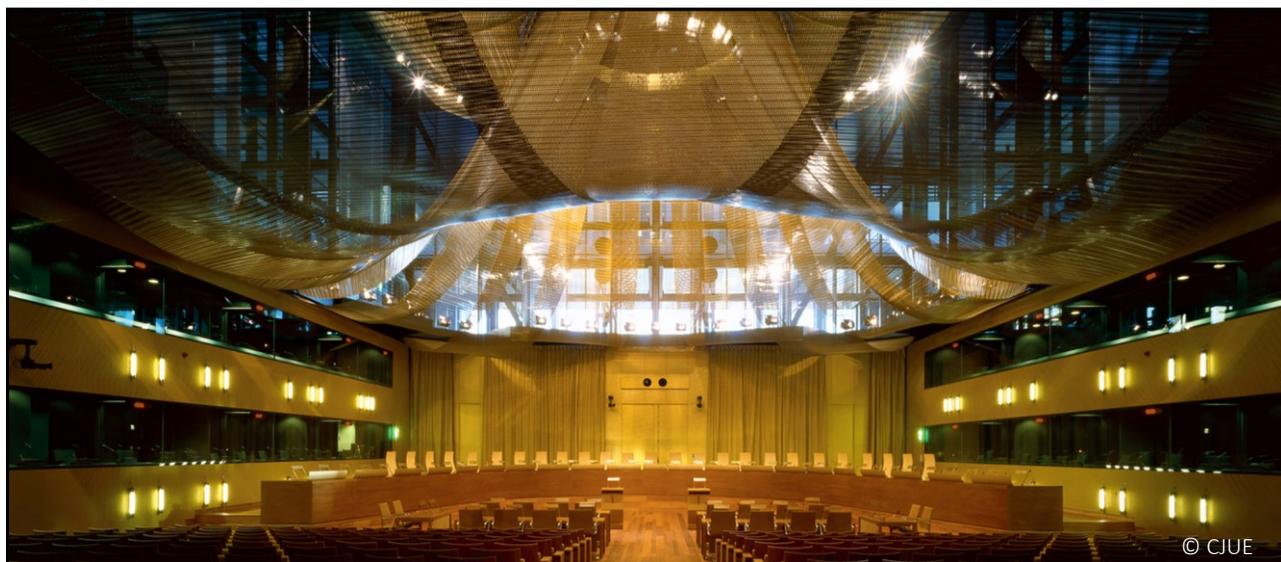
27

Case study

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

28



Grazie dell'attenzione!

fabio.filpo@curia.europa.eu

ERA - SEMINAR FOR THE ITALIAN JUDICIARY
PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT OF EU ANTITRUST
LAW

Napoli, 11-12 novembre 2021

“Questione applicative del recepimento della Direttiva ECNplus in Italia”

Gabriella Muscolo, Partner - Franzosi, Dal Negro, Setti

Introduzione: la Direttiva 1/2019 nel sistema del diritto *antitrust* europeo

- Quello procedurale e dei poteri istruttori, ispettivi e sanzionatori delle ANC è in effetti un ambito lasciato scoperto dal Regolamento 1/2003.
- La scelta di non regolare la materia, coerente con il principio di autonomia procedurale e organizzativa degli SM, ha condotto però ad una *“marcata difformità applicativa determinando una tutela concorrenziale sub-ottimale da parte delle Autorità meno attrezzate”*¹ e notevoli disparità di trattamento tra le imprese a seconda del contesto giuridico nel quale esse si trovano ad operare.
- Nella Comunicazione *“Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del Regolamento (CE) 1/2003: risultati e prospettive future”* del 2014,² la Commissione ha infatti osservato che mentre alcuni Stati membri hanno volontariamente allineato le loro norme a quelle previste per la Commissione europea dal regolamento (CE) n. 1 del 2003 , diversamente in altri Stati membri permangono notevoli differenze in punto di garanzie e procedure, dovute in gran parte

¹ F. Ghezzi, B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, 2017

² Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del Regolamento (CE) 1/2003: risultati e prospettive future, COM (2014) 453

all'originaria disparità nella posizione istituzionale e nel livello di autonomia delle ANC.³

- Ha fatto seguito alla Comunicazione una Consultazione⁴ ed un'audizione pubblica,⁵ durante cui la Commissione ha verificato la possibilità di intervenire sul versante dell'organizzazione e dei poteri delle ANC così da aumentarne l'efficacia nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza.
- La Commissione ha segnalato, in particolare, la necessità che le ANC:
 - a) Agiscano in maniera *autonoma* nell'applicare le norme antitrust dell'UE e operino in modo del tutto *imparziale*, senza prendere istruzioni da enti pubblici o privati;
 - b) Dispongano delle *risorse finanziarie ed umane* necessarie per svolgere il proprio lavoro;
 - c) Abbiano tutti i *poteri ispettivi* necessari per raccogliere qualunque prova pertinente;

³ In particolare, l'asimmetria riscontrata nel numero di pratiche avviate nei singoli Paesi conferma l'assunto che tra le singole ANC vi erano evidenti differenze in punto sia di poteri investigativi sia sanzionatori. In particolare, dal confronto tra il numero di indagini avviate e quelle decisioni adottate, l'Autorità garante della concorrenza italiana sembrerebbe più attiva rispetto alle Autorità degli altri Stati membri, come Francia e Germania, dove a fronte di un più elevato numero di indagini avviate è stato adottato un numero proporzionalmente inferiore di decisioni.

Infatti, mentre in Italia, a fronte di 135 indagini avviate, sono state adottate 112 decisioni, in Francia il rapporto è di 119 a 246 e in Germania di 113 su 200. Oltre alle criticità significative sulla diversa applicazione del diritto della concorrenza tra le ANC dei Paesi membri che creano un panorama giuridico incerto, si deve anche aggiungere che, secondo i dati forniti dalla Commissione, ogni anno l'esistenza di cartelli non scoperti provocherebbe perdite che vanno da 181 a 320 miliardi di euro il che si traduce in un aumento di prezzi tra il 17% e il 30% (Impact Assessment Accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, SWD (2017) 114 final.)

⁴ Svolta tra il novembre 2015 e il febbraio 2016 e ha coinvolto le AA e i ministeri degli Stati Membri.

⁵ Organizzata congiuntamente dalla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo e dalla Direzione Generale della Concorrenza della Commissione, in data 19 aprile 2016.

- d) Abbiamo strumenti adeguati a imporre *sanzioni proporzionate e dissuasive* in caso di violazione delle norme antitrust dell'UE, e, considerando il numero sempre crescente di società operanti a livello internazionale, abbiamo il potere di imporre il pagamento di ammende alle imprese responsabili di infrazioni che non abbiano sede legale nel loro territorio;
- e) Disponiamo di *programmi di trattamento favorevole* coordinati miranti ad incoraggiare le imprese a denunciare l'esistenza di cartelli illegali presentando prove al riguardo in modo da incentivare le imprese a prendere parte a tali programmi e a dichiarare la propria partecipazione al cartello.
- La proposta di Direttiva è stata approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 dicembre 2018 e pubblicata nel gennaio 2019 (di seguito, "ECN+" o "Direttiva").
 - La Direttiva avrebbe dovuto essere recepita dagli SM entro il 4 febbraio 2021, ma tutt'oggi, per quanto riguarda l'Italia, risultano noti:
 - i criteri e principi che il Parlamento ha individuato per il Governo per il recepimento della direttiva di cui all'articolo 6 della Legge di delegazione europea 2019-2020⁶ e
 - lo schema di decreto legislativo "*recante l'attuazione della Direttiva (UE) 2019/1*".⁷

⁶ L'articolo 6 della Legge di delegazione europea 2019, reca i principi e criteri direttivi specifici che il Governo dovrà osservare nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1 (Direttiva ECN Plus), che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. Il documento è reperibile per esteso all'indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/QR0113.pdf>.

⁷ Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Atto 277 del 5 agosto 2021)

1. Il contenuto della Direttiva 1/2019

1.2 Le garanzie di indipendenza delle Autorità e della ECN

- Un primo punto qualificante della Direttiva ECN+ risiede nella disposizione di cui all'art. 4 che impegna gli SM a prevedere uno statuto delle ANC che ne garantisca l'indipendenza e l'imparzialità nell'esercizio dell'attività di applicazione efficace ed uniforme degli art. 101 e 102 TFUE.
- Ciò richiede che il personale e i componenti dell'organo decisionale delle ANC:
 - siano scelti attraverso procedure di selezione chiare, trasparenti e previamente regolate dal diritto nazionale;
 - non siano soggetti a istruzioni del governo o di altri enti pubblici o privati;
 - si astengano dal trattare procedimenti istruttori che possano determinare conflitti di interessi per un periodo ragionevole dopo la cessazione dell'incarico;
 - non possano essere rimossi dall'incarico salvo il caso in cui essi non soddisfino più le condizioni richieste per lo svolgimento dei compiti o si rendano responsabili di gravi illeciti.
- Devono essere garantiti alle ANC il potere di definire le priorità di intervento e la disponibilità di sufficienti risorse umane, finanziarie, tecniche e tecnologiche.

1.3 I rapporti di cooperazione tra le Autorità della Rete nella fase delle indagini e della esecuzione delle misure

- L'espressione che si è impiegata per indicare il complesso dei rapporti di collegamento operativo stabile tra le varie ANC e che è ormai entrato nell'uso comune è quella di "*rete europea della concorrenza*" (ECN).
- La Rete europea della concorrenza, come disciplinata dal Reg. 1/2003, è caratterizzata da stringenti rapporti di cooperazione tra i soggetti

della rete i quali sono legittimati a trattare qualsiasi violazione degli art. 101 e 102 TFUE e ad adottare le misure necessarie per porvi rimedio.⁸

- Il Capo VII della Direttiva pone alcuni ulteriori tasselli per il funzionamento della Rete delle Autorità di concorrenza.
- I rapporti di assistenza reciproca e di cooperazione tra le Autorità risultano rafforzati sia nella fase delle indagini che in quella della notificazione ed esecuzione delle sanzioni durante cui le varie ANC assumono un ruolo di vere e proprie propaggini esecutive della Rete.
- Sotto il primo profilo, l'art. 24 impone agli SM di prevedere che nelle indagini svolte da un'ANC in nome e per conto dell'ANC di un diverso SM, i funzionari possano non solo assistere all'accertamento effettuato dall'ANC adita, ma altresì parteciparvi attivamente.
- Sotto il secondo aspetto, gli art. 25, 26 e 27 impongono agli SM di prevedere un obbligo di cooperazione e di assistenza da parte delle ANC nel caso in cui un ANC di un altro SM debba procedere a notificazioni degli addebiti, ovvero a riscossione delle sanzioni nei confronti di una impresa o di un'associazione di imprese che risiedano nel suo territorio o che, pur risiedendo nello stesso SM in cui opera l'ANC procedente, non disponga di beni sufficienti per ottemperare.⁹

1.4 I poteri di indagine e ispettivi

⁸ I tratti essenziali dell'ECN ed il suo ruolo sono delineati dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità nazionali della Concorrenza: *“La Commissione e le Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati Membri formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un forum di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli [101] e [102] del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa”*.

⁹ A. Tonazzi, Intervento, *I poteri delle autorità antitrust nazionali e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, Workshop Assonime, 20.11.2017

- La Direttiva impegna gli SM a rafforzare i poteri di indagine ed ispettivi delle ANC, avendo l’esperienza mostrato che senza efficaci e incisivi poteri ispettivi in capo alle ANC risulta compromessa la complessiva azione di enforcement pubblica.
- Pertanto, la Direttiva, con gli articoli 6 e 7, interviene attribuendo una serie minima di poteri investigativi alle ANC al fine di renderle in grado di applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE.
 - Articolo 6 della Direttiva
 - l’articolo 6, paragrafo: “*Gli Stati membri provvedono affinché le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza possano svolgere tutti gli accertamenti ispettivi a sorpresa necessari presso le imprese e le associazioni di imprese ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE [...]*”.
 - Ad una prima lettura, la formulazione così ampia della norma potrebbe creare problemi, in sede di recepimento, con il principio di legalità che regge tutta l’attività amministrativa di cui all’articolo 97 della Carta fondamentale.¹⁰
 - Tuttavia, a chiarire l’esatta portata dei poteri, di cui le ANC saranno munite, vi è il paragrafo 2 dell’articolo 6 della Direttiva che provvede a delinearli in modo puntuale
 - In particolare, le ANC potranno:
 - i) accedere a tutti i locali, i terreni e i mezzi di trasporto delle imprese;
 - ii) controllare i libri e qualsiasi documento, in forma cartacea o digitale, dell’azienda, compresi i messaggi elettronici - indipendentemente dal fatto che appaiono non letti o cancellati;
 - iii) acquisire i documenti reperiti, continuando le ricerche presso i locali dell’Autorità;

¹⁰ G. Codacci Pisanelli, *Questioni di priorità: la Direttiva E ECN+ e la discrezionalità dell’Autorità di concorrenza nella selezione dei casi*. Mercato Concorrenza e Regole, 2021

- iv) apporre i sigilli a tutti i locali, ai libri e ai documenti aziendali per la durata delle ispezioni;
- v) chiedere le informazioni o le spiegazioni a qualsiasi membro del personale dell'impresa.

1.5 Poteri decisori

- A completamento e consolidamento dei poteri investigativi, alle ANC sono attribuiti poteri repressivi e sanzionatori.
- Analogicamente ai poteri attribuiti alla Commissione, anche le ANC, per ottenere la cessazione dell'infrazione contestata, potranno imporre rimedi strutturali o comportamentali.¹¹
- Tuttavia, mentre nel regolamento 1/2003 è espressamente indicato un ordine di priorità fra i due tipi di rimedi, secondo cui i rimedi strutturali si possono imporre solo in assenza di rimedi comportamentali parimenti efficaci, o quando in caso di pari efficacia questi ultimi risultassero più onerosi per l'impresa interessata, nella Direttiva la scelta di tali tipi di misure sarà fatta solo alla luce del principio di proporzionalità, avendo in mente di dover optare, in caso di rimedi egualmente efficaci, per quello meno oneroso.

¹¹ I termini *strutturali* e *comportamentali* sono forniti dal Reg. 1/2003 che, tuttavia, non ne fornisce una definizione. La definizione pacificamente adottata in dottrina considera i primi, i rimedi strutturali, come misure effettivamente atte ad incidere sulla struttura organizzativa dell'azienda tramite il trasferimento di un *asset*, materiale o immateriale, compresa la cessione di un intero ramo aziendale. I rimedi comportamentali pongono invece limiti ai diritti di proprietà dell'impresa, con impegni delle parti a non abusare di alcuni asset disponibili. Vogliono garantire che i rivali possano avere accesso all'acquisto o all'uso di attività essenziali possedute dalle imprese che si fondono e che non è possibile dismettere senza pregiudicare l'operare del nuovo gruppo.

Dopo l'attuazione, un rimedio strutturale non richiede attività di monitoraggio da parte dell'ANC. Implicano un grado diverso di coinvolgimento delle ANC: per i rimedi strutturali, intervento solo nella fase della dismissione, per i rimedi comportamentali, controllo continuo.

- Questo esige che il rimedio sia proporzionato rispetto all'infrazione commessa, necessario a far cessare l'infrazione e a ristabilire condizioni di concorrenza ed incida nella misura minore sull'impresa.

2. Lo schema di decreto legislativo di attuazione

2.1 Le garanzie di indipendenza delle ANC e della ECN

- Uno statuto di indipendenza era espressamente richiesto per le Autorità nazionali di regolazione del settore dalla Direttiva quadro in materia di comunicazioni elettroniche 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE.¹²
- Il Regolamento 1/2003, come già osservato, non prevedeva nulla a riguardo.
- Alcuni autori hanno tuttavia evidenziato che una scelta a favore di un modello di autorità neutrale fosse già implicita nell'art. 35 che assegna agli SM la possibilità di indicare, quali autorità nazionali della concorrenza, autorità amministrative o giurisdizionali.¹³
- Questo accostamento sottintenderebbe che, laddove lo Stato opti per la soluzione amministrativa, l'autorità designata debba comunque avere caratteri di indipendenza e di neutralità paragonabili a quelli dei giudici.
- L'autonomia e indipendenza dell'ACGM sono già riconosciute e garantite in termini generali dalla l. 287/90 e, di conseguenza, da questo punto di vista l'attuazione della Direttiva non richiederà interventi normativi di rilievo.¹⁴

2.2 I poteri di indagine e ispettivi

- Alla luce delle illustrate novità introdotte dalla Direttiva in oggetto, saranno necessarie delle integrazioni alla Legge n. 287 del 1990 per renderla conforme alla normativa europea.

¹² *Ibid.*

¹³ M. D'Alberti, *La rete europea delle autorità di concorrenza*, 2003, in learlab.it

¹⁴ *Ibid.*

- Come anticipato nello schema di decreto legislativo, con molta probabilità, tali modifiche e integrazioni riguarderanno l'articolo 12, intitolato "Poteri di indagine", e l'articolo 14, intitolato "Istruttoria".¹⁵
- L'articolo 12 della Legge della concorrenza dovrà, innanzitutto, stabilire quali tipi di prove sono ammissibili nell'ambito di un procedimento antitrust, nell'ottica di un ampliamento delle tipologie di prova ammissibili, soprattutto tenendo conto delle nuove tecnologie digitali.
- Sarà, inoltre, opportuna un'integrazione dell'articolo 14 della legge antitrust al fine di potenziare i poteri a disposizione dell'AGCM in relazione agli accertamenti istruttori.
- L'AGCM dovrà puntualmente essere munita del potere:
 - i) di richiedere in ogni momento dell'istruttoria alle imprese, agli enti, alle persone fisiche e giuridiche tutte le informazioni necessarie per l'applicazione della normativa antitrust entro un tempo ragionevole;
 - ii) di convocare in audizione ogni impresa, persona o ente che possa avere informazioni rilevanti;
 - iii) di disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché consultazione degli esperti.
- Nel recepire la Direttiva, il legislatore italiano dovrà, inoltre, aggiungere *ex novo* un comma all'articolo 14 della legge n. 287/90 in cui si permetta all'AGCM di disporre, previa autorizzazione giudiziaria, ispezioni presso chiunque, qualora vi siano motivi ragionevoli di sospettare che taluni elementi di prova siano utili ai fini dell'accertamento dell'infrazione: previsione di fondamentale importanza, nell'ottica di rafforzare i poteri dell'Autorità, permettendole di reperire effettivamente le prove, quali libri contabili o documenti connessi all'azienda o all'oggetto dell'accertamento ispettivo, che spesso - come mostrato dalla prassi - non sono

¹⁵ Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1, pag. 9

conservate negli uffici dell'impresa indagata, ma presso il domicilio dei dirigenti, degli amministratori e di altri membri del personale.

- Attualmente questa facoltà è preclusa ai funzionari dell'AGCM che possono accedere solamente ai locali dove ha la sede l'impresa o l'associazione di imprese, in base a quanto stabilito dall'art. 10, comma 5, lett. a, DPR n. 217/1998.
- La Direttiva, potenziando i poteri ispettivi e investigativi delle ANC, attribuisce ad esse delle caratteristiche “para-giurisdizionali”, che fanno ri-emergere sia la questione, mai definitivamente risolta, della natura delle Autorità indipendenti, sia il problema, tutt'altro che trascurabile, della tutela delle libertà personali e dei diritti costituzionalmente tutelati.
- A tal proposito, il legislatore italiano nel recepire la Direttiva dovrà prestare molta attenzione a garantire un adeguato bilanciamento tra il perseguimento delle finalità ispettive delle ANC, da un lato, e la tutela delle garanzie dei diritti fondamentali e dell'intangibilità della sfera giuridica dei soggetti interessati, dall'altro.

2.3 Poteri decisori

- La Direttiva risolve anche un problema su cui, a lungo, si era interrogata la giurisprudenza amministrativa, ovvero sulla possibilità per l'AGCM di applicare misure strutturali, oltre che comportamentali, nei confronti delle imprese responsabili di una violazione delle regole della concorrenza.¹⁶
- Essendo le Autorità indipendenti tenute a rispettare al principio di legalità, con conseguente preclusione per all'adozione di atti atipici, la risposta naturale avrebbe dovuto essere quella della preclusione per l'AGCM a poter ricorrere ai poteri strutturali. Tuttavia, la

¹⁶ La questione è nata dal silenzio del legislatore nazionale, che nulla ha previsto sul punto, a differenza della normativa europea, che, all'articolo 7 del Regolamento n. 1 del 2003, espressamente attribuisce alla Commissione il potere, una volta accertata l'infrazione, di imporre l'adozione “*di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa*”.

giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto in linea di principio, tenuto conto del carattere *self executing* del citato regolamento, di poter giungere, in via interpretativa, ad una armonizzazione integratrice dell'apparato sanzionatorio, individuato dall'art. 15 della legge n. 287/1990, rispetto alla disciplina comunitaria.

- Dunque, il potere di diffida delle ANC a carattere prescrittivo con la Direttiva si arricchisce, potendo le stesse imporre, oltre che misure comportamentali, anche misure strutturali, purché proporzionate, lì dove appaiano efficaci a far cessare effettivamente l'infrazione di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE.
- Nel recepire l'articolo 10 della Direttiva, il legislatore italiano dovrebbe inserire un comma che riconosca all'AGCM il potere di imporre l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, purché proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa.
- Sarebbe opportuno prevedere che i rimedi strutturali siano imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale.
- L'idonea collocazione delle predette novità sarebbe nell'articolo 15 della legge antitrust, essendo la loro finalità quella di migliorare la disciplina in tema di diffide e sanzioni, nell'ottica di garantire un'elevata portata dissuasiva e la solvibilità delle imprese sanzionate.
- A seguito di tali novità normative, l'AGCM potrà imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale, purché proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa, optando tuttavia, a parità di efficacia fra i due rimedi, per il rimedio meno oneroso per l'impresa destinataria. La possibilità di adottare le decisioni di cui all'art. 4(5) e 10(1) della Direttiva, non è ad oggi espressamente ammessa dalla l. 287/90 e sarà dunque necessario un adattamento.

3. Questioni applicative

3.1 Rapporto tra immunità e leniency

- La Direttiva riconosce l'importanza dei programmi di *leniency* per chi denuncia i cartelli allo scopo di perseguire efficacemente e sanzionare le infrazioni più gravi del diritto della concorrenza.
- Tuttavia, vi sono notevoli differenze tra i programmi di trattamento favorevole applicabili attualmente nei diversi SM, con conseguente incertezza giuridica per le imprese responsabili dell'infrazione riguardo alle condizioni alle quali può essere richiesto il trattamento favorevole ed ottenuta l'immunità.
- Ciò potrebbe disincentivare le imprese dall'avvalersi di programmi di *leniency* e tradursi in un'applicazione meno efficace delle norme, in quanto potrebbero venire scoperti meno cartelli segreti.
- Inoltre, le differenze a livello nazionale tra i programmi di *leniency* potrebbero compromettere la parità di trattamento tra imprese.¹⁷

¹⁷ Considerando 50 e 51, riportati di seguito:

50 – “I programmi di trattamento favorevole costituiscono uno strumento fondamentale per individuare i cartelli segreti e contribuiscono pertanto a perseguire efficacemente e a sanzionare le infrazioni più gravi del diritto della concorrenza. Si osservano tuttavia notevoli differenze tra i programmi di trattamento favorevole applicabili attualmente negli Stati membri. Tali differenze causano incertezza giuridica per le imprese responsabili dell'infrazione riguardo alle condizioni alle quali sono in grado di richiedere il trattamento favorevole e alla condizione di immunità ai sensi dei rispettivi programmi di trattamento favorevole. Tale incertezza potrebbe disincentivare i potenziali interessati dal chiedere il trattamento favorevole e portare, di conseguenza, a un'applicazione meno efficace delle norme in materia di concorrenza nell'Unione, in quanto sono scoperti meno cartelli segreti”.

51 – “Le differenze tra i programmi di trattamento favorevole a livello di Stato membro compromettono anche la parità di condizioni per le imprese che operano nel mercato interno. È opportuno pertanto aumentare la certezza del diritto per le imprese nel mercato interno e amplificare l'appetibilità dei programmi di trattamento favorevole in tutta l'Unione riducendo tali differenze, consentendo a tutte le ANC di concedere l'immunità dalle ammende e una loro riduzione e di accettare domande semplificate alle stesse condizioni. In futuro potrebbero essere necessari ulteriori sforzi da parte della rete europea della concorrenza per allineare i programmi di trattamento favorevole.”

- Pertanto, la Direttiva prevede che gli Stati Membri debbano assicurare alle ANC di disporre di programmi di trattamento favorevole coordinati, miranti ad incoraggiare le imprese a denunciare l'esistenza dei cartelli.
- Gli SM devono altresì provvedere affinché le ANC possano concedere l'immunità dalle ammende e una loro riduzione, e di accettare domande semplificate, alle stesse condizioni.
- Attualmente, l'art. 15, comma 2-bis, della l. 287/1990 impone all'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, di definire con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.¹⁸
- Poiché tale disciplina è sostanzialmente conforme al modello sviluppato dalla rete, le modifiche da apportare saranno poco numerose; tra queste, la più importante riguarderà tuttavia la possibilità delle imprese c.d. *coercer* (ossia che hanno costretto altre imprese a partecipare al cartello) di accedere ai benefici previsti dal programma.
- Tale possibilità (esclusa sia nel programma di cui si avvale la Commissione europea, sia nel modello elaborato dalla Rete delle Autorità Nazionali Antitrust nel 2006) sebbene introdotta dall'AGCM al fine di stimolare il massimo numero di autodenunce, andrebbe infatti corretta per ragioni di giustizia sostanziale, posto che ad oggi consente la concessione del beneficio dell'immunità al soggetto maggiormente responsabile della creazione del cartello e la cui

¹⁸ AGCM, Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013

condotta particolarmente aggressiva non può che attrarre un giudizio di particolare disvalore morale.¹⁹

¹⁹ Un approfondimento a parte riguarda i **programmi di clemenza ed i vertici dell'impresa**, ossia la disciplina delle sanzioni nei confronti dei dipendenti ed ex dipendenti delle imprese che presentano una domanda di trattamento favorevole.

Uno dei principali ostacoli rispetto all'adesione ad un programma di clemenza è costituito dalle conseguenze che i soggetti che operano all'interno delle imprese possono subire a motivo dell'autodenuncia. Le normative antitrust di molti SM contemplano infatti sanzioni monetarie, interdittive e penali che colpiscono direttamente i dipendenti e i dirigenti che hanno attivamente partecipato ad un cartello. Sembra quindi improbabile che, in mancanza di una qualche forma di protezione da queste sanzioni, i vertici dell'impresa, se direttamente coinvolti, presentino istanza di partecipazione ad un programma di clemenza, atteso che sarebbero gli unici a pagare il costo della partecipazione al cartello.

Ma la protezione dalle sanzioni è fondamentale anche nel caso in cui siano i dipendenti ad avere organizzato il cartello all'insaputa dei vertici aziendali, perché in mancanza di tutele ben difficilmente si otterrebbe una piena cooperazione nella ricerca delle prove relative alla condotta illecita e, di conseguenza, si rischierebbe di presentare una dichiarazione gravemente lacunosa, con quanto ne consegue in termini di riconoscimento dell'immunità.

Per ovviare a questo problema, la proposta di Direttiva stabilisce all'art. 23 che gli Stati membri provvedano "affinché gli attuali ed ex dipendenti e dirigenti dei richiedenti che presentano richiesta di immunità dalle ammende alle autorità garanti della concorrenza siano protetti da eventuali sanzioni penali e amministrative e dalle sanzioni imposte nell'ambito di un procedimento giudiziario non penale per la loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda, se i dipendenti e dirigenti in questione collaborano attivamente con le autorità garanti della concorrenza interessate e la richiesta di immunità precede l'inizio del procedimento penale".

Malgrado la legge antitrust italiana non preveda sanzioni individuali di alcuna natura, tale norma potrebbe avere una portata dirompente per il ricorso ai programmi di clemenza in Italia, soprattutto nel settore degli appalti pubblici.

Le diverse Relazioni annuali dell'Autorità garante della concorrenza e dell'ANAC hanno segnalato la frequenza con cui gli appalti e le gare pubbliche sono alterate nel loro esito grazie ad accordi collusivi.

In aggiunta, l'AGCM si è particolarmente concentrata su queste fattispecie e numerose sono le istruttorie che hanno accertato la presenza di intese collusive ai fini dell'aggiudicazione di appalti, che hanno richiesto l'applicazione di sanzioni particolarmente elevate. Malgrado ciò, non si registrano casi di richiesta di trattamento favorevole relative a questo importante comparto di attività governato dal settore pubblico. Tra le motivazioni che potrebbero spiegare la singolare assenza di richieste vi sono anche le disposizioni penali che regolano i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione e, in particolare, l'art. 353 c.p., che stabilisce la reclusione da sei mesi

3.2 Enforcement antitrust e due process

- Il rafforzamento dei poteri delle ANC di cui al capo IV e V della Direttiva sollecita, dall'altro canto, un approfondimento della portata delle adeguate garanzie, che soddisfino almeno i principi generali del diritto dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in particolare nell'ambito di procedimenti che potrebbero dar luogo all'irrogazione di sanzioni.
- Nonostante l'importanza del tema delle adeguate garanzie, che spettano all'impresa che resiste ai poteri investigativi o che si oppone all'inflizione di ammende, la Direttiva vi dedica un solo articolo nel quale stabilisce solo il rispetto del generico diritto di difesa dell'impresa.
- Non aggiungendo altro, l'articolo 3 della Direttiva rimanda al legislatore nazionale il compito di arricchire di contenuto la norma con esplicite previsioni, quale:
 - il diritto ad una buona amministrazione;
 - il diritto a conoscere gli addebiti prima dell'adozione della decisione;
 - il diritto di accedere al relativo fascicolo delle ANC, per poter esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa, senza pregiudicare al contempo i segreti industriali;

a cinque anni per chiunque, anche con “collusioni”, turbi le gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni.

In mancanza di una specifica causa di non punibilità, la richiesta di clemenza si trasformerebbe infatti in un boomerang per coloro che hanno partecipato alla pratica collusiva: l'impresa non pagherebbe alcuna sanzione, ma i suoi dirigenti e dipendenti rischierebbero fortemente di subire una condanna penale. L'Autorità garante da tempo aveva richiesto, inascoltata, una modifica della normativa interna. La proposta di Direttiva, se attuata, dovrebbe consentire di superare l'impasse, richiedendo in sede di recepimento opportune modifiche del codice penale

- il diritto ad una motivazione che consenta ai destinatari di tali decisioni di conoscere le ragioni della decisione e di esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo;
 - il diritto ad un procedimento entro tempi ragionevoli.
- Tre sono i *leading case* da considerare:
 - a. *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* (Requête no. 43509/08), 27 settembre 2011.²⁰

²⁰ La decisione dell'AGCM:

- Test diagnostici per diabete, 30 Aprile 2003
 - L'AGCM ha imposto una multa di 6 milioni di euro a 5 aziende farmaceutiche per aver fissato i prezzi e ripartito il mercato di alcuni test diagnostici per il diabete.
 - La decisione è stata confermata dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato.

Il ricorso di Menarini alla Corte Europea dei Diritti Umani

- Menarini ha contestato la multa affermando che la stessa violava l'art. 6 CEDU, in quanto i tribunali amministrativi italiani non avrebbero esercitato una piena giurisdizione nell'esame del ricorso presentato contro il provvedimento AGCM.
- Menarini ha sostenuto che detta multa dovesse essere considerata una sanzione penale nel senso inteso dall'art. 6 CEDU.
- Secondo Menarini, la compatibilità delle multe imposte da un'autorità antitrust con l'art. 6 CEDU dipende essenzialmente dalle modalità con cui dette sanzioni sono scrutinate dalle corti.

La sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani, adottata con una dissenting opinion ed una concurring opinion

- La Corte ha accolto la tesi di Menarini secondo cui le multe irrogate dall'AGCM, in ragione essenzialmente della loro severità, equivalgono a sanzioni penali nel senso inteso dall'art. 6 CEDU.
- Le infrazioni antitrust in Italia non sono penalmente rilevanti, ma le sanzioni irrogate dall'AGCM hanno natura penale alla luce dei 2 obiettivi che perseguono:
 - I) avere un effetto deterrente;
 - II) interrompere una condotta.

Nel merito, la Corte ha rigettato il ricorso di Menarini, statuendo che:

- un'autorità amministrativa può legittimamente imporre una sanzione penale nel senso inteso dall'art. 6 CEDU, nella misura in cui questa decisione è soggetta al sindacato di un giudice avente "piena giurisdizione" nell'esame della stessa.
- In *Predil Anstalt SA c. Italia*, no 31993/96, 8 June 1999 la Corte Europea dei Diritti Umani aveva già ritenuto che la giurisdizione esercitata dal TAR e dal

b. *Delta Pekarny a.s. v. the Czech Republic* (Requête no. 97/11), 2 ottobre 2014²¹

Consiglio di Stato soddisfacesse i requisiti di indipendenza e imparzialità necessari ai sensi dell'art. 6 CEDU.

- Anche con riferimento al caso Menarini, la Corte Europea dei Diritti Umani ha ritenuto che i giudici italiani si fossero spinti ben oltre un semplice controllo di legalità e che avessero quindi esercitato una piena giurisdizione.
- “I giudici italiani hanno verificato se, con riferimento alle particolari circostanze del caso, l'AGCM abbia fatto un uso appropriato dei propri poteri” (para. 64)
- “essi hanno potuto esaminare l'idoneità e la proporzionalità della decisione adottata dall'AGCM e delle sue valutazioni tecniche” (para. 64)

²¹ Il caso Delta Pekarny

- La legislazione della Repubblica Ceca sulle ispezioni
 - o La legge antitrust ceca, n 143/2001, dispone all'art. 21 che le ispezioni siano eseguite con la previa approvazione del Presidente dell'ufficio antitrust, senza il bisogno di un'autorizzazione del giudice.
 - o La base legale e lo scopo dell'indagine devono essere chiariti nel provvedimento di autorizzazione dell'ispezione.
- I fatti
 - o DELTA Pekarny, una delle più grandi aziende del paese nella produzione di prodotti alimentari farinacei, era sottoposta ad un'indagine per aver preso presuntivamente parte ad un cartello sui prezzi del pane.
 - o Durante le ispezioni in due degli uffici di DELTA, l'accesso ad alcune postazioni informatiche veniva negato dai rappresentanti dell'azienda, i quali trattenevano due documenti prelevati dai funzionari antitrust affermando istanze di riservatezza.
 - o DELTA veniva infine sanzionata con una multa di circa 300.000 CZK (circa 11.000 EUR), il massimo applicabile illo tempore. Nei giudizi amministrativi di prima e seconda istanza e dinanzi alla Corte Costituzionale la multa veniva confermata.
- Il ricorso di Delta Pekarny dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani:
 - o Il ricorso riguardava le ispezioni condotte dall'antitrust ceco presso le sedi di DELTA senza la previa autorizzazione di un giudice.
 - o L'attore lamentava che detta fattispecie integrava una violazione dell'art. 8 CEDU, il quale affermava il diritto al rispetto della vita privata e familiare.
- La sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani
 - o La Corte ha accolto il ricorso con una decisione presa a maggioranza (4:3), con forti pareri dissenzienti dati dai tre giudici in minoranza.
 - Se un paese non ha previsto che l'ispezione sia preceduta da un'autorizzazione giudiziale o che vi sia un controllo preventivo da

c. *Grande Stevens and Others v. Italy* (Requête no. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10), 4 aprile 2014²²

parte di un'autorità indipendente, deve esserci un più stringente controllo ex post facto da parte di un giudice indipendente.

- Né la legge ceca illo tempore applicabile, né i procedimenti successivi hanno mostrato l'esistenza di un controllo sufficientemente indipendente sulla proporzionalità delle ispezioni rispetto alla condotta perseguita.
 - Anche la mancanza di regole poste a disciplina della distruzione dei documenti ottenuti sono indice di uno standard di protezione basso.
 - La circostanza che i funzionari dell'ufficio antitrust ceco fossero vincolati dal segreto professionale non rappresenta una contro-argomentazione sufficientemente forte
- Conseguenze della sentenza:
- L'ufficio antitrust ceco ha deciso di non compiere ulteriori ispezioni fino a quando il legislatore non abbia avuto modo di considerare le implicazioni della decisione

²² Il caso Grande Stevens

- Il caso riguardava l'appello proposto dai ricorrenti contro le sanzioni amministrative irrogate nei loro confronti dalla Consob e i procedimenti penali ai quali erano assoggettati dopo essere stati accusati di manipolazione del mercato nel contesto di un'operazione finanziaria che ha coinvolto il produttore di auto FIAT
- I fatti:
- Nel 2005 Consob chiedeva a Exor e a Giovanni Agnelli di pubblicare un comunicato stampa che fornisse informazioni in ordine a qualsiasi iniziativa fosse stata adottata in vista della scadenza di un prestito del 2002, di eventuali fatti nuovi relativi all'azienda e di informazioni che spiegassero le fluttuazioni in borsa delle azioni Fiat.
 - I ricorrenti pubblicavano un comunicato stampa in cui si affermava che nessuna iniziativa era stata esaminata o lanciata in relazione alla scadenza del contratto di finanziamento, sebbene le negoziazioni con una banca si trovassero in fase avanzata.
 - Poco dopo, la banca concludeva un accordo che modificava il precedente contratto stipulato con Exor nel 2002, consentendo in tal modo alla compagnia italiana di conservare il livello iniziale di partecipazioni detenute in Fiat.
 - Conformemente al TUF, Consob accusava i ricorrenti di "diffondere informazioni (...) in grado di fornire dati falsi o inconducibili relativi agli strumenti finanziari".

-
- Nel febbraio 2007, Consob irrogava sanzioni amministrative nei confronti dei ricorrenti. Le multe imposte dalla Consob – e in parte dirette dalla Corte di Appello di Torino – diventavano definitive nel giugno 2009.
 - Infine, le sanzioni imposte a Giovanni Agnelli, Exor e a uno degli individui ammontavano a € 600,000, € 1,000,000 e € 1,200,000, mentre gli altri individui coinvolti venivano interdetti dall'amministrazione, gestione e controllo di società quotate alla borsa italiana per periodi compresi tra i 2 e i 4 mesi.
 - Il ricorso innanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani
 - Sulla base di quanto disposto dall'art. 6 § 1 CEDU (diritto a un'udienza equa), I ricorrenti contestavano la natura iniqua del procedimento innanzi alla Consob e la mancanza di imparzialità e indipendenza da parte di tale ente.
 - Sulla base di quanto disposto dall'art. 6 § 3 (a) CEDU (diritto ad essere informato prontamente delle accuse) e (c) (diritto di essere assistito da un avvocato), il signor Grande Stevens affermava che c'era stata una modifica nelle accuse penali mosse nei suoi confronti senza che lui fosse stato informato.
 - Grande Stevens lamentava la circostanza che inizialmente Consob lo avesse accusato di avere agito nella sua qualità di direttore di Exor e che la Corte di Appello di Torino, pur riconoscendo che lui non rivestisse detta carica, avesse cionondimeno confermato la sua condanna.
 - Sulla base di quanto disposto dall'art. 1 del protocollo n. 1 (tutela del diritto di proprietà), i ricorrenti sostenevano che ci fosse stata una violazione del loro diritto al pieno godimento dei beni di loro proprietà.
 - Infine, sulla base di quanto disposto dall'art. 4 del protocollo n. 7 (diritto a non essere giudicato o punito 2 volte per la medesima condotta), i ricorrenti argomentavano che erano stati condotti nei loro confronti procedimenti penali relativi ad eventi per i quali essi avevano già ricevuto una sanzione amministrativa.
 - La decisione della Corte Europea dei Diritti Umani
 - La Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato:
 - All'unanimità, che vi fosse stata una violazione dell'art. 6 § 1 CEDU (diritto ad un'equa udienza entro un termine ragionevole);
 - Con una maggioranza di 6 voti a 1, che vi fosse stata una violazione dell'art. 6 § 3 (a) (diritto ad essere informato prontamente delle accuse) e (c) (diritto di essere assistito da un avvocato) CEDU nei confronti di Grande Stevens;
 - Con una maggioranza di 5 voti a 2, che non vi fosse stata una violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1 (tutela del diritto di proprietà);

-
- All'unanimità, che vi fosse stata una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 (diritto a non essere giudicato o punito 2 volte per la medesima condotta);
 - All'unanimità, che lo Stato responsabile avrebbe dovuto garantire che i nuovi procedimenti penali condotti nei confronti dei ricorrenti in violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 venissero chiusi il più rapidamente possibile.
- La motivazione della Corte:
- Sebbene la procedura innanzi alla Consob non avesse pienamente soddisfatto i canoni di giustizia e imparzialità, la decisione Consob era stata successivamente sottoposta allo scrutinio di un giudice dotato di piena giurisdizione. Tuttavia, innanzi al giudice non si era tenuta l'udienza pubblica che in questo caso sarebbe stata necessaria.
 - Da parte sua, Grande Stevens era stato informato per tempo delle accuse mosse contro di lui e aveva avuto tempo sufficiente per preparare la sua difesa o per essere rappresentato da un avvocato di fiducia.
 - Inoltre, sebbene le sanzioni applicate ai ricorrenti fossero severe, esse perseguivano uno scopo conforme all'interesse generale – garantire l'integrità dei mercati finanziari e mantenere la fiducia pubblica nella sicurezza delle transazioni – e non apparivano sproporzionate rispetto alla condotta.
 - Tuttavia, i nuovi procedimenti penali nei confronti del sig. Gabietti e del sig. Grande Stevens riguardavano offese che attenevano ai medesimi fatti per i quali erano stati già condannati e dovevano pertanto essere chiusi il prima possibile (violazione del principio del ne bis in idem).
 - Al fine di determinare se ci fosse stata un'effettiva violazione del principio del ne bis in idem, la corte doveva accertare se la procedura innanzi alla Consob avesse riguardato la “determinazione di un'accusa penale”.
- A tal fine, la Corte ha preso in considerazione 3 criteri:
 - La qualificazione giuridica della questione all'interno dell'ordinamento dello Stato;
 - La natura della questione in sé;
 - La natura e la severità delle sanzioni.
 - Il giudice ha anche evidenziato come i 3 criteri menzionati siano alternativi e non cumulativi, ma non possono essere cumulati quando l'analisi di ciascun criterio non sia sufficiente per condurre ad un'affermazione certa in ordine all'applicazione del principio del ne bis in idem.
 - La conclusione della corte era che sebbene la sanzione fosse descritta come “amministrativa” dal diritto italiano, la severità delle multe imposte dalla Consob ai ricorrenti implicasse che le stesse avessero natura penale.
 - Sussisteva infatti spazio per ritenere che la procedura dinnanzi alla Consob concernesse un'”accusa penale” e che, conseguentemente, l'art. 4 del protocollo n. 7 fosse inapplicabile.

- Dette sentenze si fondano sulla natura sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 6 della CEDU, delle sanzioni pecuniarie irrogate rispettivamente dall'AGCM e dalla Consob.
- La Corte EDU, come noto, ha sviluppato una nozione di “*accusa penale*” ai sensi dell'art. 6(1), avente portata autonoma dalle classificazioni degli ordinamenti nazionali.
- Da ciò deriva che devono essere assicurate alle parti le relative garanzie dell'equo processo, che possono essere riassunte nel modello accusatorio e non inquisitorio del procedimento e, più in particolare:
 - nel rispetto del principio della parità delle armi
 - della chiara distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria
 - della garanzia del principio di presunzione di innocenza
 - della piena accessibilità a tutti gli atti e documenti rilevanti per la difesa.
- Il giudice amministrativo, sin dalle prime sentenze in questione, si è espresso per la *piena compatibilità del procedimento antitrust con l'art. 6 CEDU*.
- Il giudice ha infatti ritenuto che “*la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, pur accogliendo una nozione molto ampia di illecito penale, afferma comunque che la conformità con l'art. 6 CEDU non viene meno qualora, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa, purchè la decisione di questa “che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 6(1) debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena”*: invero, la “*natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola*”, e se tali differenze non possono esonare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione. [...] In conclusione, [...] secondo la vincolata interpretazione della Corte di Strasburgo, non si può ipotizzare un contrasto tra l'art. 6 della Convenzione e

-
- Il risultato del descritto ragionamento era che i ricorrenti avrebbero dovuto essere considerati come già giudicati da una decisione definitiva nell'ottica dell'art. 4 del protocollo n. 7. I procedimenti penali che nel frattempo erano stati aperti e mantenuti nei loro confronti afferivano alla medesima condotta posta in essere dalle stesse persone nella stessa data.

*l'ordinamento nazionale, ove quest'ultimo comunque stabilisca, avverso una determinata sanzione sostanzialmente penale, una tutela giurisdizionale rispettosa dei principi fissati dal ripetuto art. 6: ciò che per l'appunto si verifica per le sanzioni in materia di concorrenza, con conseguenziale superamento pure della prospettata questione di costituzionalità".*²³

- Il giudice ha avuto comunque modo di precisare che “*la disciplina dettata dal Regolamento per lo svolgimento del procedimento, che concentra la pressochè totalità dello stesso in capo al Collegio, non è in ogni caso ex se sintomo di carenza di obbiettività. E la fattispecie all'esame del Collegio ne è la prova*”, in ragione della difformità tra la valutazione fatta dagli uffici istruttori nella CRI e la decisione successivamente assunta dal Collegio”.²⁴
- Più recentemente il Consiglio di Stato ha affermato che la Corte di Strasburgo ha elaborato propri autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.²⁵
- In particolare sono stati individuati tre criteri, costituiti:
 - I) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la natura “*intrinsecamente penale*” della misura;
 - II) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito;
 - III) dal grado di severità della sanzione che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non da quella concretamente applicata.²⁶
- All'interno della più ampia categoria di accusa penale così ricostruita, la giurisprudenza della Corte EDU ha distinto tra un diritto penale in senso stretto (“*hard core criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.
- Al di fuori del cd. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare quando l'accusa all'origine del procedimento

²³ TAR Lazio, Sez. I, 1 luglio 2015, n. 8778, confermata da Cons. Stato 16/1164

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2018, n. 4211

²⁶ CEDU, sentenze 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*; 10 febbraio 2009, n. 1439/03, *Zolotoukhine c. Russia*.

amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato.

- La pragmaticità dell'approccio della Corte EDU ha dunque portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le prescrizioni di cui all'art. 6(1) CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale.²⁷
- Prosegue pertanto il giudice che è *“ritenuto compatibile con l'art. 6(1) della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza ad un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giurisdizionale o quasi-judicial, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purchè sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale”*.²⁸
- (...) *“Nondimeno, a prescindere dall'effettiva difformità del regolamento di procedura rispetto al parametro convenzionale, le garanzie imposte dall'art. 6 sono rispettate nel presente giudizio di “piena amministrazione”*
- *Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta infatti la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento”*.²⁹
- Sulla base delle medesime argomentazioni, il TAR Lazio ha respinto il motivo di ricorso, legato anche alla manifesta infondatezza della questione di costituzionalità come prospettata, e della collegata, in via subordinata, domanda di annullamento del richiamato d.p.r. 217/98, ovvero del Regolamento sulle procedure istruttorie.³⁰

²⁷ Corte EDU, 23 novembre 2006, n. 73054/01, *Jussila c. Finlandia*

²⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927

³⁰ TAR Lazio, Sez. I, 14 novembre 2018, n. 10999

3.3 I limiti alle ispezioni

- Art. 8(2) CEDU prevede che “*Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”.
- Gli effetti della decisione possono essere anche manifestarsi in altri Stati membri della Convenzione, in particolare quelli che consentono le ispezioni senza una preventiva autorizzazione del giudice.
- In base a quanto emerge dalla sentenza, solo 14 degli Stati membri dell’UE hanno l’obbligo di ottenere un’autorizzazione preventiva del giudice quando eseguono delle ispezioni.
- In Italia il *leading case* è il caso *Arenaways*.
 - Il ricorso di Ferrovie dello Stato innanzi al giudice amministrativo
 - FS ha chiesto l’annullamento della decisione adottata dall’AGCM sul caso in esame;
 - Oltre agli argomenti sollevati nel merito, FS ha eccepito che le ispezioni condotte dall’Antitrust violassero l’art. 8 CEDU;
 - Infatti, secondo FS, la legge italiana non sembra garantire un effettivo controllo giurisdizionale precedente o successivo alle ispezioni sulla legittimità delle stesse.
 - Di conseguenza, l’attore ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, co. 2, l. 287/1990, posto a disciplina delle ispezioni antitrust.
 - Tuttavia, FS non ha presentato ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti umani.
- TAR Lazio
 - Il giudice ha rigettato il ricorso di FS.
 - L’argomentazione relative alla mancanza di un controllo indipendente sul provvedimento ispettivo precedente o successive all’ispezione viene implicitamente rigettato dal momento che il giudice italiano ha espressamente

- riconosciuto il diritto delle parti di un procedimento antitrust di impugnare i provvedimenti ispettivi
- Il riconoscimento di questo diritto è finalizzato a garantire alle parti la possibilità di proteggere il loro accesso esclusivo ai documenti acquisiti dall’Autorità in sede di ispezione.
 - La questione di costituzionalità è stata espressamente respinta dalla Corte.
 - Infatti, alla luce dell’art. 8, para. 2 CEDU, le ispezioni sono regolate dalla legislazione nazionale e sono finalizzate a proteggere valori costituzionalmente rilevanti, come la libera concorrenza e il benessere dei consumatori.
 - Inoltre, la Corte ricorda che l’AGCM non ha un potere coercitivo di condurre le ispezioni.
 - Ove le parti sottoposte ad ispezione rifiutino di cooperare, la legge prevede l’intervento della Guardia di Finanza.
- Alla luce di questa disamina, occorre chiedersi se il trend giurisprudenziale della CEDU stia trasformando l’intima natura del *public enforcement* del diritto antitrust, spingendolo a muoversi da un modello amministrativo ad un approccio para giurisdizionale e, in tal caso, quali siano le implicazioni nel lungo periodo.

3.4 Diritti di difesa, copie informatiche e dawn raids – Corte Giustizia UE - Caso Nexans France SAS

- In data 16 luglio 2020, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha respinto il ricorso di Nexans France SAS e della sua società madre Nexans SA (congiuntamente, Nexans) avverso la decisione con cui la Commissione le aveva sanzionate per oltre 70 milioni di euro per aver partecipato ad un cartello nel settore dei cavi elettrici sottomarini e sotterranei.
- In particolare, con la sentenza in esame, la Corte ha chiarito l’estensione dei poteri della Commissione in materia di accertamenti ai sensi dell’art. 20 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

- Nel contesto dell'indagine antitrust relativa alla citata intesa anticoncorrenziale, gli ispettori della Commissione avevano effettuato accertamenti nei locali di Nexans a Clichy (Francia), effettuando copie del disco rigido del computer di un dipendente e portandole con sé negli uffici della Commissione a Bruxelles in buste sigillate. Successivamente, gli ispettori avevano aperto nella sede della Commissione le buste sigillate, alla presenza degli avvocati di Nexans, esaminando e stampando su carta solo i documenti ritenuti pertinenti per l'indagine.
- Una seconda copia cartacea di tali documenti nonché un elenco degli stessi erano stati consegnati agli avvocati di Nexans. Alla fine di tali operazioni, il contenuto dei dischi rigidi dei computer sui quali gli ispettori avevano lavorato è stato cancellato.
- Con il proprio ricorso, Nexans aveva quindi lamentato, *inter alia*, il fatto che:
 - (i) la Commissione avesse copiato i dati senza averne previamente controllato la rilevanza ai fini del procedimento;
 - (ii) non vi fosse nessun fondamento legale che autorizzi la Commissione a proseguire l'esame dei dati a Bruxelles; e che
 - (iii) tale attività non fosse contemplata nella decisione di ispezione.
- Più nel dettaglio, con il motivo sub (i), Nexans ha sostenuto che l'art. 20, paragrafo 2, del Regolamento n.1/2003 prevede una certa cronologia delle diverse fasi di una ispezione: gli ispettori della Commissione dovrebbero prima accedere ai locali dell'impresa interessata, controllare i libri e gli altri documenti che sembrano loro pertinenti per l'indagine e, per ultimo, possono estrarre copie di tali documenti.
- La Corte, tuttavia, ha fornito una ricostruzione diversa del citato art. 20, paragrafo 2 chiarendo in primo luogo che, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, l'art. 20, paragrafo 2, lettera c) del Regolamento n.1/2003, che autorizza la Commissione a “*fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti*” dei documenti connessi all'azienda non poteva costituire la base giuridica delle copie effettuate dalla Commissione nei locali di Nexans.

- Con tale norma, infatti, il legislatore dell'Unione ha preso in considerazione gli elementi di prova che la Commissione è legittimata a procurarsi al fine di inserirli nel fascicolo.
- Deve quindi trattarsi di documenti coperti dall'oggetto dell'accertamento e ciò presuppone che la Commissione abbia già verificato la loro rilevanza.
- Tuttavia, la base giuridica per la realizzazione di siffatte copie si ritrova nell'art. 20, paragrafo 2, lettera b) del Regolamento n.1/2003, che autorizza la Commissione a controllare qualsiasi documento aziendale a prescindere dal loro supporto.
- Sulla base di tale norma, la Commissione può, a seconda delle circostanze, decidere se effettuare il controllo dei dati sulla base non già dell'originale ma di una copia di tali dati. In altri termini, la copia dei dati rappresenta una fase intermedia nell'ambito dell'esame dei dati.
- La Corte ha poi chiarito che la Commissione non incorre in alcuna violazione dei diritti di difesa delle parti nella misura in cui copia i dati senza un esame preliminare ma poi verifica che tali dati siano pertinenti per l'oggetto degli accertamenti prima di inserirli nel fascicolo.
- Con il motivo sub (ii), Nexans ha sostenuto che da un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 20, paragrafo 2, del Regolamento n. 1/2003 risulta che esso autorizzi la Commissione a effettuare gli accertamenti soltanto presso "imprese e associazioni di imprese" ma non nei propri uffici.
- Nexans ha poi contestato, con il motivo sub (iii), che la Commissione aveva proceduto ad accertamenti in luoghi diversi da quelli indicati nella decisione di ispezione, la quale faceva riferimento ai "luoghi controllati" dalla ricorrente.
- La Corte ha esaminato congiuntamente i due motivi, sancendo che, sebbene un accertamento debba effettivamente avere inizio presso l'impresa, l'art. 20, paragrafo 2, lettera b) non stabilisce che il controllo dei documenti aziendali debba avvenire esclusivamente lì. Inoltre, la decisione di autorizzazione degli accertamenti si limitava a

stabilire che questi potessero avvenire in qualsiasi luogo controllato dalle ricorrenti.

- Infine, la Corte ha rilevato che la prosecuzione del controllo nei locali della Commissione non costituisce, in quanto tale, una violazione ulteriore dei diritti di difesa, e che anzi può andare incontro gli interessi delle imprese riducendo l'ingerenza dell'indagine.
- La Corte ha precisato, tuttavia, che la Commissione può avvalersi della possibilità di proseguire il controllo dei documenti aziendali dell'impresa nei propri locali a condizione che:
 - 1 - lo giustifichi l'interesse dell'efficacia degli accertamenti o serve ad evitare un'ingerenza eccessiva nel funzionamento dell'impresa interessata; e
 - 2 - ciò non comporti una violazione supplementare dei diritti delle imprese interessate, rispetto a quanto già derivante dall'accertamento nei locali di queste ultime. In particolare, una siffatta violazione sarebbe ravvisabile quando la prosecuzione del controllo nei locali della Commissione comporti costi supplementari per l'impresa. Pertanto, quando l'indagine può dar luogo a questi costi aggiuntivi, la Commissione può procedervi solo se accetta di rimborsarli all'impresa.
- In sintesi, la sentenza in esame riveste particolare interesse in quanto contribuisce a definire i confini dei poteri ispettivi della Commissione nell'ambito di un accertamento antitrust, i quali, come ricordato dalla Corte, devono sempre trovare un limite nel rispetto degli interessi e dei diritti di difesa delle imprese coinvolte.

4. La cooperazione fra AGCM e giudici nazionali

- A livello europeo, il sistema del diritto antitrust è caratterizzato da un doppio binario di tutela: il c.d. public enforcement, affidato alla Commissione dell'Unione Europea e alle Autorità garanti della

concorrenza nei vari Stati membri ed il c.d. private enforcement, affidato ai Tribunali nazionali.³¹

- Nonostante il *public* e *private* enforcement perseguano obiettivi differenti essi sono ritenuti dalla Direttiva complementari nell'assicurare una maggiore efficacia complessiva delle norme antitrust; il risarcimento dei danni in sede civile contribuisce, infatti, non solo ad aumentare i livelli di deterrenza e dunque al mantenimento di una concorrenza effettiva³², ma anche ad avvicinare i singoli soggetti ad una cultura della concorrenza e dunque indirettamente ad aumentare i livelli di *compliance* in materia antitrust.
- Pertanto, una ricostruzione ottimale del sistema dovrebbe fondarsi sul principio di coordinamento tra Tribunali e ANC. Si tratta di un principio già affermato dal Regolamento 1/2003, che vedeva chiaramente nella complementarità tra *public* e *private enforcement* il modo per rafforzare l'efficacia del diritto antitrust.
- Il Regolamento 1/2003 ha previsto infatti due meccanismi in grado non solo di evitare decisioni contrastanti e dunque errori decisionali, ma anche al contempo idonei a ridurre al minimo i costi di applicazione della normativa antitrust.
- L'articolo 15, comma 1, del Regolamento 1/2003 ha previsto infatti che la Commissione sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi a oggetto questioni suscettibili all'interno degli articoli 101 e 102 TFUE.

³¹ L'articolo 6 del Regolamento n. 1/2003 ha previsto infatti che i giudici nazionali siano direttamente competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE. In tale contesto si è inserita la Direttiva che, oltre a descrivere una serie di rimedi procedurali atti a promuovere l'utilizzo del private enforcement, mira anche ad ottimizzarne il rapporto con il public enforcement. Dalla Direttiva emerge comunque la volontà che questi siano e restino strumenti rimediali aventi rationes diverse: il primo deve tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza, mentre il secondo deve tutelare posizione giuridiche soggettive.

Mentre nel public enforcement le sanzioni hanno funzione "tipicamente punitiva e dunque deterrente, rimane ferma nella Direttiva l'idea che il risarcimento dei danni antitrust debba avere una funzione non punitiva, bensì tipicamente compensativa.

Al riguardo il considerandum 13 della Direttiva è chiaro nell'affermare che il diritto al pieno risarcimento non deve mai comportare una sovra-compensazione, sia essa a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura.

³² Nel medesimo senso v. anche: Corte Giust.: sent. 20.9.01, C-453/99; sent. 13.7.06, C-295, 298/04; Cass. SU sent. 2207/05.

- Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto antitrust europeo.
- Dall'altro lato, sempre il Regolamento 1/2003 con l'articolo 15, comma 3, ha previsto che la Commissione possa formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali al fine di garantire una coerente applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.
 - E' opportuno sottolineare come sia la Commissione che i giudici nazionali si sono dimostrati restii al ricorso a tali meccanismi. Si rifletta sul fatto che, fino al 2006, si erano registrati in tutti gli Stati membri solo una ventina di richieste di pareri o di informazioni e da allora la situazione non sembra essere sensibilmente mutata.³³

³³ Tra questi merita di soffermarsi, per la sua rilevanza nel contesto del private enforcement, sulle osservazioni inviate nel marzo 2012 all'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito in merito alla possibilità di disclosure di documenti relativi alla domanda di leniency (Caso COMP/F.38.899 – *Gas Insulated Switchgear*, deciso dalla commissione il 24 gennaio 2007) alla luce della sentenza della Corte di Giustizia nel caso **Pfledeider** (CGUE, C-360/09, *Pfledeider v. Bundeskartellamt*).

- In tale sentenza infatti, la Corte rimette al giudice nazionale la facoltà di determinare caso per caso le condizioni alle quali un soggetto che cerca di ottenere il risarcimento dei danni subiti dagli effetti di un cartello accertato attraverso la cooperazione di un leniency applicant possa avere accesso ai leniency documents.
- Ad avviso della Corte, a tal fine va effettuata una ponderazione tra i diversi interessi tutelati dal diritto dell'UE, l'interesse ad assicurare l'efficacia sia dei programmi di clemenza che delle sanzioni di risarcimento dei danni subiti da illecito antitrust.
- Cio posto, la Commissione, nelle sue osservazioni alla Corte del Regno Unito, individuava gli elementi che il giudice dovrebbe prendere in considerazione dell'effettuare la predetta ponderazione, tenendo conto delle circostanze del caso di specie.
- Occorre, in particolare, valutare se la disclosure peggiorerebbe la posizione del leniency applicant, in rapporto a quella delle parti che non hanno cooperato nell'ambito del programma di clemenza e la proporzionalità della disclosure alla luce delle possibili interferenze con i programmi di clemenza, intendendo con ciò che andrebbe valutato se i documenti in questione siano tutti rilevanti per lo scopo perseguito o se non vi siano altri fonti di evidenze ugualmente utili che non danno origine a preoccupazioni per l'efficacia dei programmi di clemenza.
- Nella sua decisione del 4 aprile 2012, l'Alta Corte del Regno Unito applica il test di proporzionalità delineato dalla Commissione, consentendo l'accesso solo a una limitata parte dei documenti richiesti, ritenendo che gli altri documenti non sono di tale rilevanza per il procedimento da far sì che l'interesse alla disclosure pesi più di

- L’istituto è stato recentemente “rivitalizzato” dall’AGCM, che nel 2017 è intervenuta in qualità di *amicus curiae* nel procedimento cautelare che interessava i servizi offerti dalla compagnia Uber.
- Il Tribunale di Roma aveva accolto la richiesta cautelare di alcune cooperative di tassisti tradizionali di ordinare lo stop pressoché immediato del servizio UberBlack su tutto il territorio nazionale, in attesa di una regolamentazione della materia.
- Sennonché, i giudici aditi da Uber in sede di appello hanno dapprima sospeso e poi, il 26 maggio u.s., annullato nel merito l’ordinanza cautelare del Tribunale di Roma poiché hanno ritenuto non sussistere tanto i requisiti legali quanto di urgenza per tale provvedimento. In questo giudizio di appello è intervenuta appunto anche l’AGCM come *amicus curiae*.³⁴
- La Direttiva contiene agli art. 30 – 33 alcune disposizioni generali relative al ruolo delle Autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza dinanzi alle giurisdizioni nazionali.
- Gli Stati membri che designano sia un'autorità garante che un'autorità giudiziaria nazionale preposte all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE possono provvedere affinché l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria possa essere promossa direttamente dall'autorità amministrativa.

quello alla protezione delle informazioni fornite nell’ambito del programma di leniency.

- Va aggiunto, infine, che anche nel caso Pflieger il giudice tedesco, a valle della sopra richiamata sentenza della Corte di Giustizia, non ha autorizzato l’accesso ai documenti di leniency.

³⁴ Il Regolamento n.1/2003, art.15, paragrafo 31, ha espressamente conferito all’Autorità, in quanto autorità di concorrenza della Rete Europea della Concorrenza ECN, il potere di intervenire per iscritto, d’ufficio, come *amicus curiae* nei giudizi dinnanzi alle corti nazionali nell’interesse della corretta applicazione delle norme di concorrenza euro-unitarie e, con l’autorizzazione degli stessi organi, presentare osservazioni orali. Si tratta di uno strumento di cooperazione con le giurisdizioni nazionali, come indicato dallo stesso art. 15 e confermato anche dalla Corte di Giustizia; essa infatti, ha precisato che detta disposizione ha lo scopo di “garantire un’applicazione uniforme delle regole di concorrenza negli Stati membri” per il tramite di “un meccanismo di cooperazione fra la Commissione, le autorità nazionali garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri” (Corte di Giustizia, sentenza dell’11 giugno 2009, causa C-429/07, X BV, punti 20-21).

- Nei procedimenti avviati dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali avverso le decisioni adottate dall' AGCM nell'esercizio dei suoi poteri di indagine e sanzionatori, l'Autorità è legittimata a pieno titolo a partecipare, a seconda dei casi, in veste di pubblico ministero o parte convenuta a tali procedimenti.
- L'Autorità ha il potere di proporre impugnazioni avverso:
 - A. le decisioni degli organi giurisdizionali nazionali che si pronunciano sulle sue decisioni adottate nell'ambito dell'attività di indagine o sulle sanzioni, inclusa l'esecuzione delle ammende e delle penalità di mora imposte al riguardo; e
 - B. il rifiuto dell'autorità giudiziaria nazionale di concedere l'autorizzazione preventiva per un accertamento ispettivo (articolo 30).
- L'articolo 30, paragrafo 1, in particolare, prevede che gli Stati membri che designano sia un'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza che un'autorità giudiziaria nazionale garante della concorrenza preposte all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE possono provvedere affinché l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale garante della concorrenza possa essere promossa direttamente dall'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza.
- Lo schema di decreto legislativo non si esprime al riguardo. Ne la relazione del MISE avanza delle valutazioni in merito all'articolo in esame.
- Anche la dottrina non si è interrogata al riguardo, non valutando le implicazioni nell'ordinamento nazionale dell'eventuale recepimento dell'articolo in esame., sulla falsariga dei poteri conferiti alla CMA inglese.³⁵

³⁵ Per facilitare il private enforcement, nel giugno 16 il governo del Regno Unito ha lanciato un progetto di riforma proposto al Parlamento un nuovo regime di risarcimento danni. Il pacchetto di riforma comprende, *inter alia* che il Competition Appeal Tribunal CAT sia tenuto a notificare alla CMA quando vengono avviati casi di azioni private. Le regole del CAT saranno modificate per fornire alla CMA l'autorità esplicita di agire come interveniente, se del caso, nei casi di azioni private. Il CAT avrà anche il potere di sospendere i casi oggetto di indagine da parte di un'autorità della concorrenza.



L'applicazione del diritto antitrust nei mercati digitali

Mariateresa Maggiolino



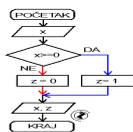
Finanziato dall'Unione Europea - Contratto di servizio DG COMP/2017/015 - S12.778715
Il presente documento è stato preparato per la Commissione Europea. Riflette tuttavia soltanto i punti di vista degli autori e la Commissione non potrà essere ritenuta responsabile dell'eventuale uso delle informazioni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



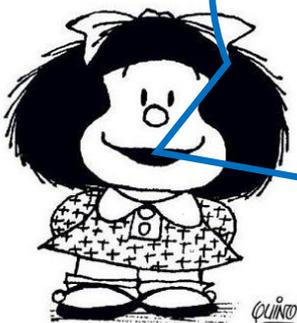
Chi applica il diritto antitrust può solo
perseguire le condotte degli ecosistemi
... alcune condotte

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**)

&

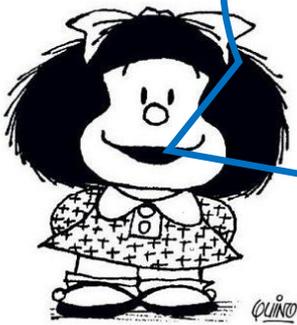
... **without producing** any **countervailing benefit** in terms of market price, market output, product quality, supply variety, or innovation

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**

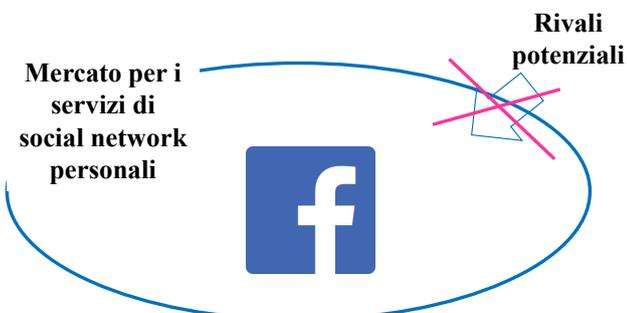
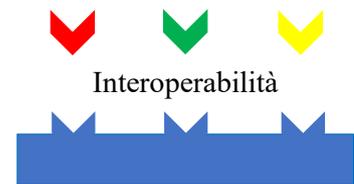
Nella misura in cui, senza produrre efficienze o innovazione, queste condotte non solo rafforzano le posizioni dominanti esistenti, ma limitano anche la varietà e la qualità dell'offerta di mercato, nonché il tasso di innovazione dell'industria

... 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 abbinare** 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



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

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

15

Google – Enel (7/7)

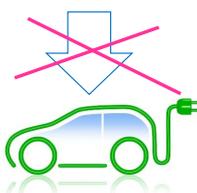
Google detiene una **posizione dominante**

- 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 **anticorcorrenziale** perché, sottraendo lo spazio JuicePass:

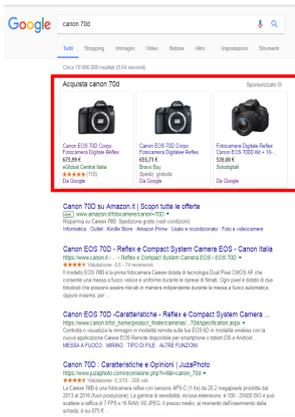
- Google Maps si sarebbe liberato dei vincoli e quindi avrebbe avuto il tempo di **acquisire consumatori** e raggiungere il punto di svolta nel mercato delle applicazioni per veicoli elettrici e ibridi
- L'ecosistema di Google avrebbe beneficiato della crescita di Google Maps in termini di **utenti, 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



Google shopping

Google shopping's rivals

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



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

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

Certo ... resta che

Malgrado alcune forzature come *Google shopping* (2017)

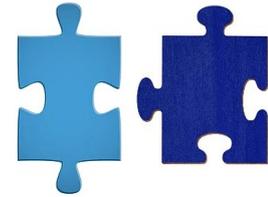
Come si diceva, il diritto antitrust può poco contro l'accumulazione dei dati

I casi antitrust sono complessi e prendono molto tempo

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

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?

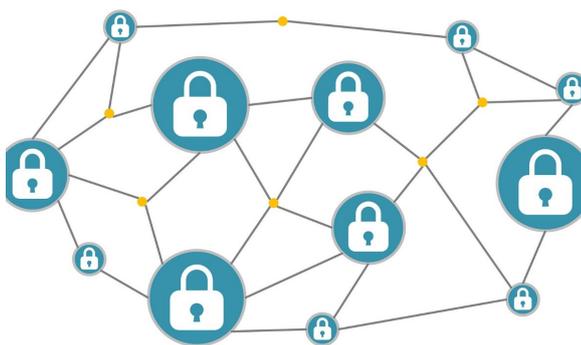
Dobbiamo ripensare la nozione di intesa?

- 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 abusive 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 pendent 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 complementarietà 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 clause*»)

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 sottopostole, 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 «sovraprezzo» 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!

www.dlapiper.com

23



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 costituisse 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 dichiarato lo 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. costituenti (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 preconstituire 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 procedente
- 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 sviluppatisi 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 propongano 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 (SCOCINI; 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'adeguatezza 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*, ovverosia «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 incapienza – 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 incapienza 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'allocazione 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 sovraprezzo

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 puo' chiedere assistenza all'autorita' 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 pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorita' garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalita' che il giudice indica sentita l'autorita' 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

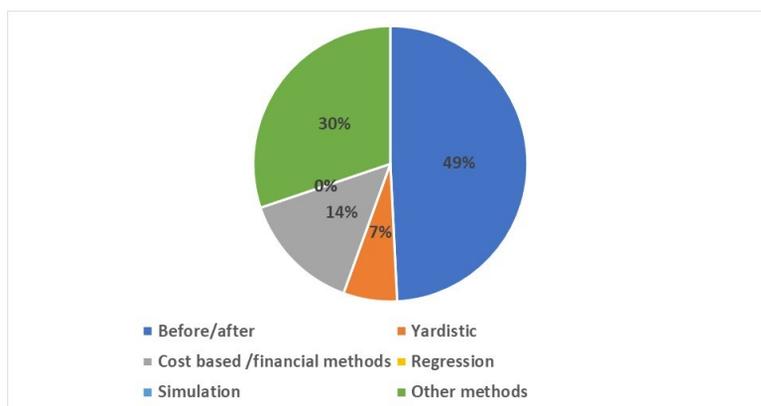
- **I metodi basati su modelli economici e di comportamento** assumono che gli esiti di mercato (prezzi e quantità) possano essere considerati come equilibri di modelli nei quali le imprese competono tra loro per massimizzare i rispettivi profitti.
- **I metodi di natura finanziaria** mirano a quantificare 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

- 37 -

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 riguardi 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