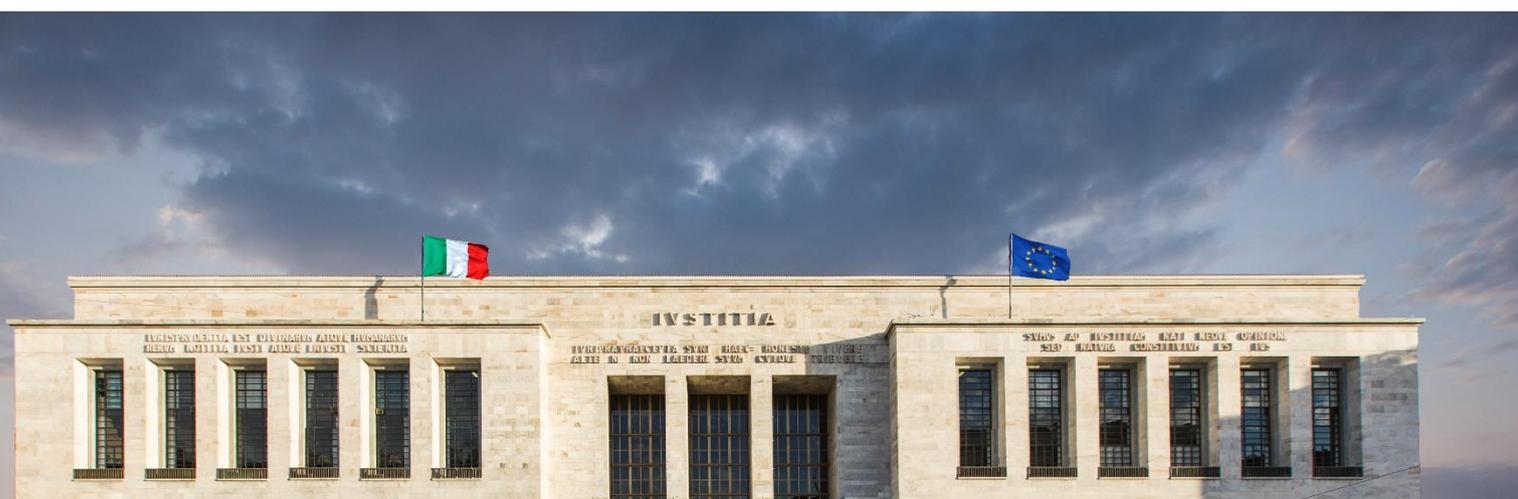




Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea

a cura di MASSIMO CONDINANZI, JACOPO ALBERTI, FILIPPO CROCI



Atti del Convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 nella Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano

Fascicolo speciale
Giugno 2020

ISSN 2384-9169

Fascicolo speciale

*“Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi:
una prospettiva europea”*

Publicato nel giugno 2020

<http://rivista.eurojus.it>

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato

*Il presente Fascicolo speciale è stato pubblicato con il contributo della
Cattedra Jean Monnet “Chi ha paura dell’Europa?”
del Prof. Massimo Condinanzi dell’Università degli Studi di Milano*



Qui a peur de l’Europe?

Who’s afraid of Europe?

Cattedra Jean Monnet

Prof. Massimo Condinanzi



**With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union**

La foto di copertina è stata scattata e prodotta da Pietro Colombo Leoni

Indice

Introduzione di Massimo Condinanzi, Jacopo Alberti, Filippo Croci	1
La realtà del <i>private enforcement</i> in Italia di Marina Tavassi	9
Tutela antitrust nel <i>private enforcement</i> : profili processuali di Alima Zana	29
L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità e la collaborazione tra il giudice e l'Autorità nelle azioni di <i>private enforcement</i> a seguito della direttiva 2014/104/UE e del d.lgs. n. 3/2017 di Maria Grazia Montanari	32
Il <i>private enforcement</i> nella prospettiva dell' <i>in-house counsel</i> , tra norme italiane ed europee di Irene De Angelis	41
Il <i>private antitrust enforcement</i> dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato di Enrico Adriano Raffaelli	47
Riflessioni a margine di un convegno sul <i>private enforcement</i> degli articoli 101 e 102 TFUE di Bruno Nascimbene	69

ISSN 2384-9169

FASCICOLO SPECIALE (2020)

“Il private antitrust enforcement
nelle Corti milanesi:
una prospettiva europea”

a cura di M. CONDINANZI, J. ALBERTI, F. CROCI
rivista.eurojus.it



Introduzione

DI MASSIMO CONDINANZI*, JACOPO ALBERTI** E FILIPPO CROCI***

1. L'importanza del *private antitrust enforcement* nell'ambito dell'Unione europea è, oggi, ampiamente riconosciuta¹.

Certo, molto tempo è stato necessario affinché tale modalità di applicazione del diritto “comunitario” della concorrenza, da mera possibilità teorica, diventasse una realtà concreta².

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Ferrara.

*** Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ La bibliografia in argomento è vastissima: cfr., senza alcuna pretesa di completezza, W. P. J. WILS, *Should private enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, p. 473 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement del diritto della concorrenza*, Milano, 2009; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015; J. BASEDOW, *Damages actions for breach of competition law: The contest between national judiciaries in the EU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 633 ss.; W. P. J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, p. 3 ss.; D. ASHTON, *Competition Damages Actions in the EU*, 2nd ed., Cheltenham, 2018; L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea. Deterrenza, compensazione e tutela della struttura di mercato alla luce della dir. n. 2014/104/UE e della dir. (UE) n. 2019/1*, Torino, 2019.

² In merito all'evoluzione del *private enforcement* del diritto della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, segnatamente prima dell'adozione della direttiva 2014/104/UE, cfr., tra i molti contributi, C.A. JONES, *Private enforcement in Europe: A policy analysis and reality check*, in *World Competition*, 2004, p. 13 ss.; W.P.J. WILS,

Se, infatti, l'efficacia diretta degli attuali artt. 101 e 102 TFUE – e, dunque, la possibilità di invocare tali norme nell'ambito di controversie nazionali – è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia almeno a partire dalla prima metà degli anni Settanta³, l'applicazione “privatistica” del diritto antitrust dell'Unione ha tardato non poco ad affermarsi davanti alle giurisdizioni degli Stati membri⁴.

Un impulso decisivo in tal senso è stato dato, com'è noto, dalla celebre sentenza *Courage*⁵, cui ha fatto seguito un significativo riferimento alle giurisdizioni nazionali contenuto nel considerando n. 7 del regolamento (CE) n. 1/2003⁶, e quindi dalla successiva giurisprudenza della Corte⁷, che ha precisato, in particolare, i contorni delle azioni risarcitorie fondate sulla violazione dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante.

The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages, in *World Competition*, 2009, p. 3 ss.; M. TODINO, *Public e private enforcement nell'Unione europea*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del IX Convegno di Treviso (20-21 maggio 2010), Bruylant-Giuffrè, Bruxelles-Milano, 2011, p. 153 ss.; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, p. 1421 ss.; G.A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 16 ss.; con particolare riferimento all'ordinamento italiano cfr., *ex multis*, S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno tra Cassazione e giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 57 ss.; P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 716 ss.; L.F. PACE, *L'applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'“armonizzazione negativa” della Corte di giustizia e l'esperienza italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 483 ss.; P. CAPRILE, *La messa in opera delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali (private enforcement)*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, p. 679 ss.; L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012; F. MUNARI, *Judicial assessment of anticompetitive behaviour in Italy*, in M. MARQUIS, R. CISOTTA (a cura di), *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, p. 159 ss.

³ Si suole fare riferimento, a tale riguardo, alla sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6, spec. punto 16, ove si legge: «Poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 [attuali artt. 101, par. 1, e 102 TFUE] 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».

⁴ In tal senso si veda, per tutti, il noto studio, promosso nel 2004 dalla Commissione europea, *Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, a cura di D. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, disponibile all'indirizzo internet:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, spec. p. 11.

⁵ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GUCE*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1. Il considerando n. 7 di tale regolamento recita: «Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato [attuali artt. 101 e 102 TFUE]».

⁷ Oltre alla già citata sentenza *Courage*, tra le varie pronunce della Corte antecedenti all'adozione della direttiva 2014/104/UE, si ricordano: Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461; 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389; 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Otis e a.*, ECLI:EU:C:2012:684; 6 giugno 2013, causa C-536/11, *Donau Chemie e a.*, ECLI:EU:C:2013:366; 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone e a.*, ECLI:EU:C:2014:1317.

È sull'onda di tali sviluppi che, nel volgere di pochi anni, ha preso avvio un dibattito estremamente ricco e fecondo, tuttora in corso, contrassegnato da numerose riflessioni in merito alle potenzialità, agli strumenti e agli obiettivi del *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Benché tale nozione ricomprenda tutti i rimedi azionabili dai privati davanti ai giudici nazionali, ivi incluse, ad esempio, le azioni di nullità delle intese vietate, l'attenzione degli interpreti e degli operatori si è concentrata soprattutto, se non quasi esclusivamente, sui rimedi di carattere risarcitorio.

Nel contesto qui soltanto sommariamente delineato, si è inserito il lungo e tormentato processo di elaborazione, adozione e recepimento della direttiva 2014/104/UE⁸, che ha rappresentato, senza dubbio, un punto di svolta nella materia in esame. E ciò, forse ancor più che per le innovazioni concretamente introdotte, per il contributo decisivo al raggiungimento di una piena consapevolezza, da parte degli operatori e dei consumatori, in ordine alla possibilità di promuovere azioni dirette al risarcimento dei danni derivanti da infrazioni del diritto della concorrenza. Invero, la direttiva ha sicuramente incoraggiato le iniziative volte alla tutela dei diritti dei soggetti danneggiati da infrazioni antitrust, dando nuovi stimoli al contenzioso risarcitorio dinanzi alle corti degli Stati membri.

2. Nel sistema di applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea, i giudici nazionali svolgono una funzione essenziale, come espressamente riconosciuto – lo si è già ricordato – dal regolamento (CE) n. 1/2003, nonché, a più riprese, dalla Corte di giustizia.

Ben prima dell'intervento del legislatore dell'Unione con la direttiva 2014/104/UE, le giurisdizioni degli Stati membri avevano sviluppato una prassi che, in assenza di una normativa *ad hoc*, si era rivelata imprescindibile, apportando elementi di chiarezza a partire dalle indicazioni fondamentali, ma scarse, fornite dalla Corte di Lussemburgo nella sua giurisprudenza.

Peraltro, l'adozione della direttiva, che detta una disciplina dichiaratamente incompleta⁹, non sminuisce in alcun modo il ruolo dei giudici nazionali, i quali, anzi, restano i veri

⁸ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in *GUUE*, L 349 del 5 dicembre 2014, p. 1. In proposito cfr., tra i molti contributi, senza alcuna pretesa di esaustività, EDITORIAL COMMENTS, “*One bird in the hand...*” *The Directive on damages actions for breach of the competition rules*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1333 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Rivista italiana di Antitrust – Italian Antitrust Review*, 2015, 2, p. 45 ss.; N. DUNNE, *Courage and compromise: the Directive on Antitrust Damages*, in *European Law Review*, 2015, p. 581 ss.; L. HAASBEEK, *The directive on antitrust damages actions*, in E.A. RAFFAELLI (ed.), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del XI Convegno di Treviso (15-16 maggio 2014), Bruxelles-Milano, 2015, p. 63 ss.; S. PEYER, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?*, in M. MARQUIS, R. CISOTTA (eds.), *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, p. 33 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giuridico*, 2015, 3, p. 301 ss.; E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust. La direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto*, Napoli, 2017; E.A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, Torino, 2017, p. 119 ss., spec. p. 142 ss.; P.L. PARCU, G. MONTI, M. BOTTA (eds.), *Private enforcement of EU competition law: The impact of the Damages Directive*, Cheltenham, 2018.

⁹ Come risulta già dalla stessa denominazione della direttiva, «relativa a *determinate norme* che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale [...]», nonché, ancor più chiaramente, dal suo art. 1, par. 1: «La presente direttiva stabilisce *alcune norme* necessarie per garantire che chiunque abbia subito

protagonisti del *private antitrust enforcement* dell'Unione europea, se del caso “in dialogo” con la Corte di giustizia attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*¹⁰.

Anche nel mutato contesto normativo risulta, quindi, pienamente confermata l'esigenza, o meglio la necessità, di misurare il versante privatistico del diritto della concorrenza alla luce della casistica che si sviluppa davanti alle corti degli Stati membri. Soltanto l'esame della prassi applicativa, infatti, consente di cogliere al giusto le implicazioni pratiche e sistematiche delle azioni risarcitorie antitrust, nonché di affrontare le numerose questioni non chiarite dalla Corte di giustizia e non disciplinate dal legislatore dell'Unione (e nazionale).

Con riguardo all'ordinamento italiano, oltre che degli insegnamenti della Corte di cassazione, è sempre stato indispensabile tenere conto – in una materia quale quella in esame, contrassegnata da notevoli peculiarità di carattere tecnico, economico, probatorio e fattuale – della giurisprudenza di merito, e dunque degli orientamenti delle Corti d'Appello (in passato, com'è noto, competenti anche in primo grado, per una parte delle azioni di nullità e di risarcimento dei danni antitrust) e dei Tribunali, o più esattamente (ormai da molti anni) delle

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 [...]» (corsivi aggiunti).

¹⁰ Espressamente richiamato dalla stessa direttiva 2014/104, segnatamente dalla (discussa) previsione relativa agli effetti, nell'ambito dei giudizi risarcitori dinanzi alle corti nazionali, delle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza, ossia l'art. 9, il cui par. 3 recita: «Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE». In merito all'art. 9 della direttiva cfr., *ex multis*, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato*, in *Le Società*, 2014, p. 784 ss., spec. p. 787 s.; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la prospettiva della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 297 ss.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 77 ss.; J. RIFFAULT-SILK, *The Binding Effect of National Competition Authorities Decisions – Observations on Article 9 of the Commission Proposal of Directive on Antitrust Damages*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 549 ss.; M. MEROLA, L. ARMATI, *The Binding Effect of NCA Decisions under the Damages Directive: Rationale and Practical Implications*, in *Rivista italiana di Antitrust – Italian Antitrust Review*, 2016, 1, p. 87 ss.; F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Il Diritto industriale*, 2016, p. 252 ss.; B. NASCIMBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *Eurojus*, 24 gennaio 2017, disponibile all'indirizzo internet: <http://rivista.eurojus.it/la-vincolativita-del-provvedimento-di-condanna-dellautorita-garante-successivamente-alla-direttiva-sul-private-enforcement-direttiva-2014104ue/>; G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in *Nuovo diritto civile*, 2018, 2, p. 273 ss. Con riferimento alla corrispondente previsione della normativa nazionale di trasposizione, ossia l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017, cfr., tra i molti contributi, G. DI FEDERICO, *Commento all'art. 7 del D.lgs. 3/2017*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, p. 61 ss.; F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pisa, 2017, p. 121 ss.; F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019, spec. p. 157 ss. Per una riflessione sul ruolo del rinvio pregiudiziale nell'ambito del *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea, cfr., ad esempio, P. IANNUCELLI, *Il rinvio pregiudiziale e il private antitrust enforcement nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 709 ss.; A. ADINOLFI, *Judicial dialogues and uniformity in the multi-level application of EU competition law*, in M. MARQUIS, R. CISOTTA (eds.), *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, cit., p. 68 ss., spec. p. 75 ss.

relative Sezioni specializzate in materia di impresa¹¹. Il ruolo di tali Sezioni risulta valorizzato, da ultimo, dall'intervento del legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva 2014/104¹², dal momento che il d.lgs. n. 3/2017 concentra la competenza in questa materia sulle sole Sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, favorendo ulteriormente la specializzazione dei giudici che si occupano del *private enforcement* del diritto antitrust¹³.

3. Se, dunque, in questa materia la centralità della giurisprudenza, ed in particolare delle pronunce di merito, rappresenta un punto fermo, risulta allora essenziale che le decisioni delle giurisdizioni degli Stati membri siano facilmente accessibili, così da poter essere conosciute e tenute in adeguata considerazione da parte degli operatori e degli interpreti.

Di tale esigenza, del resto, si era dimostrato ben consapevole il legislatore dell'Unione sin dai tempi dell'adozione del regolamento (CE) n. 1/2003, ponendo in capo agli Stati membri l'obbligo di trasmettere «senza indugio» alla Commissione europea copia delle sentenze delle giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione degli attuali artt. 101 e 102 TFUE¹⁴. Com'è noto, la citata previsione è rimasta sostanzialmente inapplicata, senza che la Commissione, a quanto risulta, abbia preso alcun provvedimento per sollecitare gli Stati membri ad adempiere l'obbligo in questione¹⁵.

Beninteso: con particolare riferimento alla situazione italiana, varie iniziative, nel corso degli anni, hanno consentito di diffondere almeno parte delle pronunce adottate dalle corti di merito in materia di *private antitrust enforcement*: oltre ai casi di pubblicazione di singoli provvedimenti su riviste giuridiche o siti web, si pensi, tra i molti esempi, ai volumi dedicati

¹¹ In merito alla competenza dei giudici italiani con riguardo alle azioni di nullità e di risarcimento del danno derivanti da violazioni del diritto antitrust, prima dell'adozione del d.lgs. n. 3/2017, cfr., ad esempio, E.A. RAFFAELLI, *The Jurisdiction of Italian Judges in Enforcing Antitrust Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (eds.), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 349 ss.; P. IANNUCELLI, *Commento all'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 7^a ed., Milano-Padova, 2019, p. 3680 ss., spec. p. 3689 ss.

¹² Con riguardo al recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano, cfr., *ex multis*, G. BRUZZONE, A. SAJIA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, p. 9 ss.; S. LOPOPOLO, *Il recepimento della Direttiva sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017, disponibile all'indirizzo internet: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=35256>; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, cit.; B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, cit., p. 77 ss.

¹³ In proposito, si vedano, ad esempio, P. LICCI, *La competenza delle Sezioni Specializzate*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, cit.; P. IANNUCELLI, *Commento all'art. 33*, cit., spec. p. 3691 ss., che parla (a p. 3692) di «sezioni "super specializzate"»; nonché, da ultimo, le riflessioni svolte da M. TAVASSI, *La realtà del private enforcement in Italia*, e da E.A. RAFFAELLI, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, in questo *Fascicolo*, rispettivamente a p. 9 ss. e a p. 48 ss.

¹⁴ Cfr. l'art. 15, par. 2, del regolamento (CE) n. 1/2003.

¹⁵ La lista delle sentenze trasmesse dagli Stati membri alla Commissione è disponibile all'indirizzo internet: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>. Per quanto riguarda l'Italia, risultano essere state inviate due sole sentenze, entrambe pronunciate nel 2013 dal Tribunale di Milano.

ai profili processuali del diritto antitrust¹⁶, a rassegne di giurisprudenza contenute in riviste scientifiche di settore¹⁷, ad osservatori in materia antitrust¹⁸.

Eppure, ciò nonostante, ancora nel 2018, quando la direttiva 2014/104/UE era in vigore da diversi anni ed era già scaduto il relativo termine di trasposizione, un autorevole esponente della comunità antitrust italiana rilevava come, nel nostro ordinamento, i dati sul *private enforcement* non fossero completi:

«Non vi sono a disposizione strumenti di monitoraggio capillari e affidabili sulle azioni giudiziarie antitrust: nessuno sa con certezza quante siano le azioni incardinate presso le giurisdizioni nazionali, nessuno ha il testo integrale di tutte le sentenze in materia, non esiste un data base ufficiale né a livello nazionale, né comunitario»¹⁹.

A due anni di distanza da tali affermazioni, non risultano attivi database ufficiali, benché la Commissione europea stia seguendo attentamente la prassi applicativa riguardante la direttiva 2014/104 nei vari Stati membri.

4. È in tale contesto che ha preso forma l'idea di tentare di raccogliere la giurisprudenza di merito relativa al *private enforcement* del diritto antitrust, partendo, innanzitutto in ragione della prossimità "geografica" di chi scrive, dalle Corti milanesi.

Si è quindi sviluppata – sotto la supervisione scientifica del Prof. Massimo Condinanzi, titolare presso l'Università degli Studi di Milano di una Cattedra Jean Monnet dal titolo "*Qui a peur de l'Europe?*" – l'iniziativa "*Giurisprudenza Antitrust Milanese - GAM*", che ha potuto contare sull'imprescindibile supporto e coordinamento della Presidente della Corte d'Appello di Milano, Dott.ssa Marina Tavassi, e del Presidente della XIV° Sezione del Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa "A", Dott. Claudio Marangoni, .

Le sentenze milanesi in materia antitrust, a partire dall'anno 2013, sono state raccolte e "sistematizzate" dai curatori e dalla redazione di GAM, al fine di renderle fruibili ed accessibili all'interno un database gratuito, e tendenzialmente completo, in costante aggiornamento. La banca dati è disponibile all'indirizzo internet gam.eurojus.it e si inserisce nel quadro delle varie attività di quel laboratorio fecondo, diretto del Prof. Bruno Nascimbene, costituito dalla rivista scientifica *Eurojus*. Oltre alle classiche funzioni di ricerca, la banca dati offre la possibilità di effettuare una "ricerca per argomento" pensata per consentire di selezionare le sentenze che affrontano specificamente i vari aspetti della materia in esame,

¹⁶ Cfr., per tutti, M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998.

¹⁷ Cfr., in particolare, la *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust* pubblicata, a cura di M. TAVASSI, G.A.M. BELLOMO, P. CAPRILE, nei fascicoli annuali della rivista *Concorrenza e Mercato*; nonché le pronunce pubblicate nella rivista *Giurisprudenza annotata di diritto industriale (GADI)*.

¹⁸ Il riferimento è ai ricchi contributi dell'*Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza* istituito presso l'Università degli Studi di Trento: cfr. <https://www.osservatorioantitrust.eu/it/>.

¹⁹ Così R. CHIEPPA, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la complementarità tra private e public enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea*, Trento, 2018, p. 39 ss., a p. 41.

rendendo più rapida e semplice l'individuazione non solo delle pronunce rilevanti, ma anche degli specifici passaggi che sviluppano quel determinato tema. La maschera di ricerca è disponibile anche in inglese, per permettere, anche a chi non padroneggia la lingua italiana, quantomeno di individuare velocemente le pronunce rilevanti su determinati argomenti, selezionare facilmente le parti da tradurre e, pertanto, consentire una più ampia circolazione di un diritto di impronta notoriamente sovranazionale e a forte sviluppo pretorio.

5. Al fine di presentare l'iniziativa "Giurisprudenza Antitrust Milanese", ma anche di riflettere sui numerosi profili del *private enforcement* del diritto della concorrenza nell'ambito di un confronto tra i vari attori del sistema, è stato organizzato a Milano, nell'ottobre 2019, il Convegno i cui atti sono raccolti nel presente fascicolo.

Gli autorevoli relatori intervenuti al Convegno – esponenti a vario titolo della comunità antitrust, a livello istituzionale e professionale – hanno fornito un contributo importante al dibattito avente ad oggetto il *private antitrust enforcement*, approfondendo, ciascuno dalla propria qualificata prospettiva, lo stato dell'arte della materia, le questioni irrisolte, gli scenari futuri.

In particolare, Marina Tavassi ha illustrato lo sviluppo del *private enforcement* in Italia, e l'importanza di un sapere giudiziario realmente specializzato per gestire i relativi contenziosi, evidenziando le più recenti applicazioni delle innovazioni portate dalla direttiva 2014/104 e dalla normativa nazionale di trasposizione. Emerge fortemente, a tal proposito, la ricchissima esperienza delle Corti milanesi in questa materia, e la capacità innovativa della loro giurisprudenza, sovente precorritrice di interpretazioni poi consolidate anche grazie alla Corte di legittimità. Di grande rilevanza e interesse è poi anche il dato quantitativo, ricostruito con statistiche precise ed esaustive, che dimostra una volta di più la centralità del Foro milanese nel risarcimento del danno *antitrust* (anche se, curiosamente, proprio da questa analisi sul campo l'Autrice evidenzia come quasi la metà del contenzioso sia basato su domande di tipo unicamente contrattuale, e non *stricto sensu* risarcitorio, diversamente da quanto si sarebbe portati a ritenere).

L'esperienza delle Corti di merito, in particolare milanesi, emerge poi anche nella disciplina processuale, e non solo sostanziale, del *private antitrust enforcement*, come evidenziato nel contributo di Alima Zana. Infatti, per il tramite della direttiva 2014/104, le disposizioni processuali interne diventano oggetto di una prassi applicativa ed interpretativa con vari profili di novità, diretta a gettare le basi per una sempre maggiore armonizzazione della disciplina nei diversi Stati membri. L'approccio è, al momento, ancora fortemente condizionato dalle specificità dei (primi) casi sottoposti ai giudici di merito a seguito dell'entrata in vigore e del recepimento della direttiva. E tuttavia, la prassi già coinvolge tutte le principali fasi processuali e chiama il giudice ad un continuo bilanciamento tra principi e regole di origine differente, mantenendo come stella polare la garanzia di tutela effettiva a tutte le vittime dell'illecito antitrust, senza tuttavia pregiudicare, naturalmente, i diritti di difesa delle imprese convenute.

Sempre sul piano processuale, Maria Grazia Montanari pone in rilievo la complessa disciplina riguardante l'accesso alle prove contenute nei fascicoli dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la collaborazione tra quest'ultima e i giudici. I meccanismi di

public e private enforcement, notoriamente, sono – o quantomeno dovrebbero essere – da leggersi in chiave complementare l'uno all'altro, sì che le sinergie tra i due sistemi di applicazione del diritto della concorrenza costituiscono una chiave di volta fondamentale per reggere il sistema e incrementarne l'efficacia complessiva.

Il tema viene poi ulteriormente sviluppato, dalla specifica prospettiva del giurista di impresa, nel contributo di Irene De Angelis, che si sofferma in particolare sul nuovo regime di esibizione delle prove delineato in seguito alla trasposizione della direttiva 2014/104, sulla centralità dei programmi di clemenza e, in ultimo, su di un aspetto tanto delicato quanto importante, ovvero la disciplina in materia di riservatezza della corrispondenza con i legali, che incontra particolari difficoltà applicative con riferimento agli uffici legali interni delle aziende.

Le scelte di fondo compiute dal legislatore dell'Unione e nazionale, e le relative ricadute sul piano pratico, sono analizzate, infine, da Enrico Adriano Raffaelli, che mette in luce non soltanto gli aspetti positivi, ma anche (e soprattutto) i profili critici della disciplina dettata dalla direttiva 2014/104 e dalla normativa nazionale di recepimento. L'Autore rileva, in particolare, il perdurante squilibrio tra l'applicazione pubblicistica e quella privatistica del diritto della concorrenza, dando conto delle numerose difficoltà pratiche che sorgono nel tradurre in termini concreti, segnatamente nell'ambito dei giudizi di merito, le indicazioni – talvolta assai generali, o comunque problematiche – che provengono dalle fonti legislative e dalla giurisprudenza di legittimità.

I molteplici spunti ed approfondimenti offerti dai diversi Autori, e qui solo sommariamente tratteggiati, sono ripresi e sviluppati nelle riflessioni conclusive di Bruno Nascimbene.

Non resta che rinviare alla lettura dei vari lavori contenuti nel fascicolo, cogliendo l'occasione per esprimere i più vivi ringraziamenti ai relatori, sia per la loro partecipazione al Convegno, sia per la redazione dei contributi, con l'auspicio che possano esservi presto altre occasioni di riflessione comune sui molteplici temi, in continua evoluzione, sottesi all'applicazione del diritto della concorrenza da parte dei giudici nazionali.



La realtà del *private enforcement* in Italia

DI MARINA TAVASSI *

SOMMARIO: 1. Un giudice specializzato per il *private enforcement*. – 2. La giurisprudenza milanese. – 3. I rapporti tra Commissione e Giudici nazionali. – 4. La vincolatività delle decisioni delle Autorità Garanti. – 5. Il recepimento della direttiva 104/2014 in Italia. – 6. Novità in tema di prescrizione. – 7. Il trasferimento del danno a valle. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Un giudice specializzato per il *private enforcement*

L'analisi del *case law* del *private enforcement* in Italia appare di grande interesse anche se i provvedimenti sono in generale poco conosciuti, soprattutto all'estero, per un ricorrente problema del nostro Paese di scarsa valorizzazione di quanto avviene nell'ambito del settore giudiziario, ancorché di qualità e innovativo, contribuendo così a dare della giustizia italiana un'immagine negativa sia per quanto riguarda i tempi delle decisioni che per quanto riguarda le competenze e l'impegno dei giudici. Nel settore in esame al contrario l'esperienza dei

* Presidente della Corte d'Appello di Milano e Presidente della Sezione Impresa di secondo grado. Il presente contributo costituisce la ripubblicazione, aggiornata, dell'omonimo scritto pubblicato in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato – Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*, Napoli, 2019, p. 1.

giudici italiani è ricca e variegata, con approfondimenti e soluzioni innovative che spesso hanno anticipato le soluzioni individuate a livello europeo e le decisioni adottate in altri Paesi, le quali invece hanno ricevuto ampia diffusione ed ampia valorizzazione dalla stampa specialistica, come pure da quella non specializzata.

Può dirsi innanzitutto come l'analisi della casistica italiana in tema di *private enforcement* rende evidente la sussistenza di un consistente divario fra le diverse sedi giudiziarie. E ciò fin da quando il legislatore del 1990¹ rese le Corti d'appello competenti in primo ed unico grado – fatto salvo il grado di legittimità – per l'applicazione delle norme nazionali (art. 33, secondo comma)², riservando alla distribuzione di competenza ordinaria – fra primo e secondo grado, sempre fatto salvo il grado di legittimità – i procedimenti in cui si invocava l'applicazione della normativa europea.

La materia fu poi concentrata, almeno in parte, sulle Sezioni Specializzate: un tempo le 12 Sezioni Specializzate della Proprietà industriale e intellettuale, di primo e secondo grado, competenti solo per le controversie antitrust afferenti ai diritti di proprietà industriale (art. 134 C.P.I.)³, poi (dal 2012) trasformate in Sezioni Specializzate dell'Impresa (21, con l'aggiunta di una sezione a Bolzano, quale sezione distaccata rispetto a Trento, cosicché qualcuno afferma che ci sono 22 Sezioni specializzate). In tale ultima occasione si è opportunamente deciso di eliminare la previsione di cui al citato secondo comma dell'art. 33 della legge n. 287/90⁴, che originariamente recava la distinzione di competenza fra azioni promosse nell'ambito della normativa nazionale e azioni promosse in applicazione della normativa comunitaria, così riconducendo la distribuzione di competenze fra giudici di primo grado e di appello alle regole ordinarie. La competenza territoriale restava disciplinata in base agli accorpamenti conseguenti all'estensione territoriale delle Sezioni specializzate.

¹ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (G.U. n. 240 del 13 ottobre 1990).

² L'articolo, rubricato «Competenza giurisdizionale», recita: «1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. 2. 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».

³ Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273 (G.U. n. 52 del 4 marzo 2005), art. 134: «1. Sono devoluti alla cognizione delle sezioni specializzate previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168: a) i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, nonché in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e degli articoli 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la cui cognizione è del giudice ordinario, e in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate».

⁴ L'art. 33, come modificato dal Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104, Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (Allegato 4, art. 3) e dall'articolo 2 comma 2 del decreto-legge 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), recita «1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo. 2. 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 al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

La svolta, che può effettivamente dirsi epocale sotto il profilo della competenza territoriale, è stata determinata dalla previsione coraggiosa, ed a mio avviso molto opportuna, di ricondurre le azioni del *private enforcement* a tre sole sedi giudiziarie (Milano, Roma e Napoli) per tutto il territorio italiano, previsione realizzata con l'art. 18 del d.lgs. n. 3/2017⁵, in sede di attuazione della Direttiva c.d. *Enforcement*.

Le ragioni della concentrazione sono da ricercarsi in un doppio ordine di considerazioni, che ne forniscono una motivazione per così dire circolare: da un lato, si è preferito concentrare su pochi giudici realmente specializzati la trattazione della complessa materia, dall'altro si è preso atto della circostanza che di fatto solo in alcune (poche) fra le 21 (o 22) sedi giudiziarie venivano radicate cause antitrust, con la conseguenza che risultava del tutto "antieconomico" sotto il profilo delle risorse umane, specializzare un numero maggiore di giudici, che di fatto o non si sarebbero mai occupati di casi antitrust oppure ne avrebbero dovuto affrontare un numero estremamente ridotto, inidoneo a garantire la tenuta nel tempo della specializzazione e gli approfondimenti e aggiornamenti che la materia costantemente richiede.

Al contrario, questo lungo periodo (quasi un trentennio) di applicazione della normativa in questione ha dimostrato la sussistenza di una forte concentrazione di controversie di *private enforcement* soprattutto in quella che giustamente viene definita la capitale economica del Paese, Milano.

2. La giurisprudenza milanese

Conseguentemente il tema del *private enforcement* vede in Milano un osservatorio privilegiato, dove non solo i numeri elevati delle controversie, ma anche la novità e la continua evoluzione delle questioni trattate pongono la sede milanese in posizione di avanguardia nel panorama italiano, ma anche in quello europeo ed internazionale.

Parlando della quantità si può ricordare che, assumendo come periodo di osservazione gli anni dal 2013 al gennaio 2020, fra primo e secondo grado a Milano sono stati pronunciati oltre un centinaio di provvedimenti (118, secondo lo studio condotto dall'Università degli Studi di Milano ora pubblicato in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*)⁶; di questi 78 sono della Sezione specializzata Impresa di primo grado ed il resto del grado d'appello.

⁵ Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 (G.U. n.15 del 19 gennaio 2017), art. 18: «1. All'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, primo periodo, le parole: «dal comma 1-bis» sono sostituite dalle seguenti: «dai commi 1-bis e 1-ter»; b) dopo il comma 1-bis è aggiunto il seguente: «1-ter. Per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1-bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti: a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata); b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata); c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria».

⁶ Sulla genesi di *Giurisprudenza Antitrust Milanese* v. M. CONDINANZI, J. ALBERTI, F. CROCI, *Introduzione*, in questo Fascicolo, p. 1 ss.

La sorte dei giudizi di primo grado ha visto il sostanziale accoglimento della domanda nel 49% dei casi (38 provvedimenti), mentre i casi di rigetto sono stati 40.

L'analisi di tali ultimi casi restituisce un'amplissima maggioranza di rigetti per insufficienza di prova (37 provvedimenti, per una percentuale del 92%), essendo gli altri casi di rigetto determinati da questioni di rito. Un'analoga analisi dei provvedimenti di secondo grado (in totale 40) evidenzia l'accoglimento dell'appello in 13 casi (pari al 32%). Con riguardo alle fattispecie esaminate, dei 78 casi di primo grado, il 26% riguardavano intese e il 74% abusi di posizione dominante; nessun caso di concentrazioni.

Un'ulteriore partizione può riferirsi fra i casi di azioni: tra quelle fondate unicamente su domande di tipo risarcitorio, il 32% concerne azioni di tipo *follow-on* e il 22% *stand-alone*. Con riferimento ai settori di appartenenza delle diverse azioni, si sono avuti, con un forte incremento nell'ultimo periodo (fra il 2016 ed il 2018), il 18% di casi riguardanti il settore bancario, il 32% le c.d. *airport fees*, il 28% il settore delle telecomunicazioni, il 5% il settore dell'energia. In sede di appello si sono avuti 11 casi (dei complessivi 40) in materia di intese (27%), 29 in materia di abuso di posizione dominante (73%), 24 casi *follow-on* (60%) e 13 *stand-alone* (32%). Quanto ai settori coinvolti, 5 casi hanno riguardato il settore bancario (12%), 15 le *airport fees* (37%), 11 il mercato della telefonia (27%), 2 i servizi ipocatastali (5%), essendo questi ultimi provvedimenti emessi dalla Corte d'appello come giudice di primo ed unico grado, secondo la previgente normativa di cui al citato art. 33 l. 287/90.

Esaminando il gruppo più numeroso dei casi sopra menzionati, riguardante il settore aeroportuale, merita di essere ricordata la sentenza della Sezione specializzata milanese di primo grado⁷ che ha affermato la sussistenza della condotta illecita sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante delle società di gestione degli aeroporti di Milano e Roma per l'assegnazione, al di fuori di procedure competitive, del sedime aeroportuale, considerata infrastruttura essenziale per il servizio di avvolgimento bagagli. La Sezione specializzata di primo grado ha utilizzato la *essential facility doctrine*, evoluzione del concetto di "abuso di posizione dominante", capace di ampliare la tutela effettiva dello sviluppo della libera concorrenza nell'interesse dei consumatori attraverso l'applicazione della regola di condivisione obbligatoria della risorsa ritenuta costituire risorsa essenziale, ed ha ritenuto ricorrente anche il profilo della violazione del divieto di intese verticali (stanti gli accordi di esclusiva che caratterizzavano la concessione del sedime alla società concorrente). Ha quindi inibito alle società di gestione aeroportuali di affidare direttamente ad un operatore mediante accordi in esclusiva le aree dei sedimi aeroportuali di Malpensa, Linate e Fiumicino, dedicate al servizio di avvolgimento bagagli.

Un'altra fattispecie del medesimo settore ha riguardato le azioni promosse da diversi vettori aerei nei confronti delle società petrolifere fornitrici di carburante (Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.a. in amministrazione straordinaria contro Tamoil Italia S.p.a., Kri S.p.a. già Shell Italia S.p.a., Kai Srl già Shell Italia Aviazione S.p.a., Shell Italia Holding S.p.a. e con le terze chiamate Total Aviazione Italia Srl, Totalerg S.p.a., Total S.A., Kuwait Petroleum Italia S.p.a., Esso Italiana Srl, Eni S.p.A.). Si è trattato di un gruppo di azioni *follow-on*, in esito all'indagine dell'AGCM condotta nel medesimo settore. Alitalia e altri vettori aerei hanno

⁷ Trib. Milano, sent. n. 7532/2017 del 5 luglio 2017, R.G. n. 40032/2014, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

agito in giudizio chiedendo di accertare che le compagnie petrolifere avevano posto in essere tra il 1998 ed il 2006 una fattispecie di intesa complessa e continuata nel mercato del carburante destinato agli aeromobili, in violazione della disciplina a tutela della libera concorrenza (in particolare, dell'art. 101 TFUE). Le compagnie petrolifere avrebbero ostacolato Alitalia nel progetto di procurarsi autonomamente il carburante (in auto-fornitura); inoltre, l'intesa avrebbe comportato un concordato rialzo dei prezzi per la fornitura del *jet fuel*. Le conseguenze sarebbero state, oltre al danno emergente, un notevole ricarico dei prezzi dei biglietti aerei, con la conseguente mancata possibilità per Alitalia di presentarsi sul mercato dell'aviazione civile con una strategia competitiva, ed ancora con conseguente danno all'immagine.

Le compagnie petrolifere, a loro volta, decidevano di chiamare nei procedimenti le società incaricate della gestione degli aeroporti coinvolti (come SEA, ADR, ecc.), asserendo che gli aumenti operati sul prezzo del carburante erano da attribuire ai sovrapprezzi (*overcharge*) loro imposti da dette società per l'occupazione degli spazi aeroportuali necessari all'espletamento del servizio di rifornimento del carburante. Le società chiamate in causa negavano l'esistenza dei pretesi sovrapprezzi, asserendo che, in un mercato regolato dalle autorità di regolamentazione (IATA ed ENAC, incaricate del controllo del traffico aereo), i prezzi applicati fossero in linea con i costi e con i prezzi imposti. I giudici decidevano di nominare un consulente esperto di economia, affinché, esaminati gli atti e i documenti prodotti dalle parti ed acquisite le informazioni utili, esaminasse i costi affrontati dalle compagnie petrolifere, la dinamica del supplemento di carburante, la posizione di mercato delle compagnie attrici, la determinazione delle componenti delle tariffe dei biglietti posti a carico dei consumatori finali, secondo il fenomeno del c.d. *passing-on*. Infatti, le società convenute e le terze chiamate avevano svolto una difesa in tal senso, asserendo che in ogni caso le attrici non avevano subito alcun danno, avendo trasferito l'*overcharge* a valle sul prezzo finale dei biglietti imposto ai passeggeri.

In esito alla consulenza tecnica emergeva la sussistenza di un sovrapprezzo non giustificato per l'occupazione del sedime aeroportuale e l'impossibilità di stabilire se detto sovrapprezzo fosse stato in tutto o in parte trasferito a valle sui consumatori finali. I primi giudici ritenevano quindi le azioni proposte fondate e condannavano le società di gestione aeroportuale a restituire parte del canone ricevuto dalle compagnie petrolifere a titolo di risarcimento danno.

Tali decisioni, impugnate dinanzi alla Sezione specializzata delle Imprese di secondo grado, sono state sostanzialmente confermate, ad eccezione di alcune revisioni circa l'ammontare dei danni liquidati.

A tale riguardo la Corte d'appello, avvalendosi di una nuova strategia, decideva in alcuni casi di delegare a un mediatore esterno il tentativo di bonario componimento degli aspetti ancora controversi (in sostanza il *quantum*). Il tentativo esperito sortiva esito positivo solo in un caso.

Gli altri casi sono stati decisi dalla Corte sostanzialmente in modo conforme alle decisioni dei primi giudici, a volte con riduzioni nel risarcimento liquidato.

Nell'impossibilità di ricordare i tanti provvedimenti pronunciati, si può fare menzione dei più significativi, come la controversia che ha visto opposte la società Attrakt e Google,

caso riguardante una dedotta ipotesi complessa, di violazione *antitrust*, abuso dipendenza economica, concorrenza sleale⁸; ovvero l'ordinanza nel caso Vaporart contro Facebook in tema di rifiuto a contrarre⁹; o ancora l'azione di classe promossa nel 2016 da Altroconsumo nei confronti di Samsung Electronics Italia¹⁰, per il risarcimento del danno sofferto dai consumatori che avevano acquistato in Italia, nel periodo 16.08.2009-19.12.2014, uno dei modelli di *smartphone* o di *tablet* distribuiti da Samsung Electronics Italia S.p.A., indicati in specifico elenco, in relazione alla dimensione della memoria effettiva del dispositivo, inferiore rispetto ai valori nominali dichiarati dal produttore. Dopo che l'azione era stata dichiarata ammissibile (con ordinanza confermata dalla Corte d'Appello di Milano)¹¹, l'attività necessaria alle adesioni degli interessati non veniva proseguita, con conseguente abbandono della vertenza.

Nell'attività dei giudici italiani, e milanesi in particolare, oltre alla direttiva 2014/104/UE¹², i riferimenti più ricorrenti vanno agli artt. 101-102 TFUE e agli artt. 2-3 della legge n. 287/90, nonché alle linee guida della Commissione del 13 giugno 2013¹³. Altro testo di riferimento è dato dalla comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004 sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali¹⁴ e poi, fin dai provvedimenti più risalenti, al regolamento (CE) n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, sull'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

3. I rapporti tra Commissione e Giudici nazionali

Interessante in base alle norme del regolamento 1/2003 l'utilizzo dello strumento della cooperazione fra giudici e Commissione, secondo la previsione di cui all'art. 15, appunto intitolato «Cooperazione con le giurisdizioni nazionali», che disciplina la trasmissione di informazioni, l'invio alla Commissione di copia delle sentenze (di fatto scarsamente ottemperata dagli Stati e dai giudici, e che *Giurisprudenza Antitrust Milanese* si propone meritoriamente di colmare), la possibilità di presentare informazioni scritte o orali da parte della Commissione ai giudici delle controversie in atto nei singoli Stati.

⁸ Trib. Milano, sent. 17 luglio 2016, n. 7638, R.G. n. 86198/2013, *Attrakt S.r.l. c. Google Ireland Ltd*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

⁹ Trib. Milano, ord. del 19 giugno 2017, R.G. n. 14634/2017, *Vaporart S.r.l. c. Facebook Ireland Ltd*.

¹⁰ Trib. Milano, ord. del 10 novembre 2016, così come integrata dal successivo provvedimento del 10 aprile 2017, R.G. 17682/2016, *Altroconsumo e a. c. Samsung Electronics Italia S.p.A.*

¹¹ App. Milano, ord. del 6 giugno 2017.

¹² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (G.U.U.E. L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1-19).

¹³ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (G.U.U.E. C 167 del 13 giugno 2013, pp. 19-21).

¹⁴ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (G.U.U.E. C 127, 9 aprile 2016, p. 13-21).

Le Autorità Garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione possono chiedere alla competente giurisdizione dello Stato membro di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato.

Inoltre, la Commissione si propone come *amicus curiae* verso le Corti nazionali e può quindi intervenire su richiesta dei giudici (art. 15 regolamento 1/2003 e punti 21-26 della comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri) che si rivolgano alla Commissione o al fine di ottenere informazioni e/o pareri. Ma l'intervento può essere anche su iniziativa della Commissione, che ritenga di far pervenire osservazioni scritte ovvero osservazioni orali, in questo caso solo previa autorizzazione del giudice.

Laddove l'intervento della Commissione avviene su richiesta dei giudici, le informazioni richieste possono vertere su eventuali procedimenti pendenti sul medesimo caso o casi simili, oppure su altre notizie che appaia necessario o opportuno acquisire. Un esempio è stato sperimentato su iniziativa della Sezione specializzata Impresa di Milano, nel caso *Centri Sportivi c. Comune di Milano*, che sarà meglio esaminato in seguito.

Certo le informazioni richieste ed ottenute devono fare i conti con i limiti di riservatezza (secondo l'art. 287 CE e l'art. 339 TFUE), con le operazioni economiche segrete e con le informazioni segrete, rispettando in particolare le regole di cui agli artt. 5 e 6 della Direttiva *Enforcement* circa le limitazioni di accesso al fascicolo di cui ai *leniency programmes*.

Quanto alle richieste di pareri provenienti dai giudici, queste possono riguardare opinioni su questioni attinenti l'*enforcement* delle politiche antitrust, su questioni economiche concernenti l'individuazione dei soggetti coinvolti, o più genericamente su questioni di fatto e di diritto¹⁵. È da rimarcare che le opinioni così espresse non sono vincolanti per i giudici, cosicché lo strumento, benché spesso non gradito ai difensori del soggetto accusato della violazione, potrebbe essere utilizzato ben più ampiamente, se non fosse per il possibile rallentamento della procedura dal momento che i tempi della risposta non sono brevi.

Va poi considerata anche l'ipotesi di intervento su iniziativa della Commissione, la quale può far pervenire osservazioni scritte ed orali su questioni relative all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (ora artt. 101-102 TFUE) ove ritenuto necessario dalla stessa Commissione ai fini della loro uniforme applicazione (art. 15, par. 3, regolamento 1/2003 e punti 31-35 della già citata comunicazione sui rapporti tra la Commissione e le Corti nazionali).

La comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri avverte che «Il trattato CE [...] non prevede esplicitamente una cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione. Tuttavia, nell'interpretare

¹⁵ La citata comunicazione così recita: «i giudici nazionali potranno, entro i limiti del diritto procedurale nazionale, rivolgersi alla Commissione, e in particolare alla Direzione generale della Concorrenza, per chiederle informazioni. Si tratterà in primo luogo d'informazioni di carattere procedurale, richieste per sapere se una determinata pratica è pendente dinanzi alla Commissione, se è oggetto di una notifica, se la Commissione ha ufficialmente avviato il procedimento e se si è già pronunciata con decisione ufficiale ovvero tramite lettera amministrativa dei suoi uffici. Se necessario i giudici nazionali potranno anche chiedere alla Commissione un parere sui tempi probabili di concessione o di diniego dell'esenzione individuale per gli accordi o le pratiche notificati, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di sospensione del giudizio o la necessità di adottare provvedimenti provvisori» (punto 37). «Inoltre i giudici nazionali potranno consultare la Commissione su questioni giuridiche» (punto 38).

l'articolo 10 del trattato CE, che prescrive agli Stati membri di facilitare l'adempimento dei compiti della Comunità, le giurisdizioni comunitarie hanno dichiarato che questa disposizione del trattato impone alle istituzioni europee e agli Stati membri un dovere reciproco di leale collaborazione allo scopo di conseguire gli obiettivi del trattato stesso. L'articolo 10 del trattato implica quindi che la Commissione è tenuta ad assistere le giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario. Analogamente le giurisdizioni nazionali possono essere tenute ad assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti» (punto 15).

In tale ottica, le osservazioni della Commissione possono riguardare l'analisi giuridico-economica dei fatti inerenti il caso di specie. Le forme di detto intervento si spiegano secondo le regole e le procedure dei singoli Stati, da concordare ove necessario con il giudice competente per il singolo procedimento. Se ne sono avuti famosi esempi, così nel caso sottoposto alla Corte d'appello di Parigi, *Garage Gremeau/Daimler Chrysler*¹⁶, dove la Commissione è per la prima volta intervenuta a fornire le proprie osservazioni all'autorità giudiziaria davanti alla quale pendeva un caso di distribuzione selettiva sotto il profilo quantitativo, e nel caso di cui si è occupata la Corte di giustizia, noto come *Inspecteur van de Belastingdienst*¹⁷.

¹⁶ Il caso è iniziato nel 2006 con l'intervento della Commissione davanti alla Corte d'appello di Parigi e si è concluso con la sentenza della Cassazione del 7 giugno 2007, n. 5/17909. Si tratta del primo caso di presentazione di osservazioni scritte da parte della Commissione, svolte con l'intento di interpretare il concetto di distribuzione selettiva sotto il profilo quantitativo, alla luce del Reg. 1400/2002. Daimler aveva rifiutato di concludere un nuovo accordo di distribuzione con il suo precedente distributore, Garage Gremeau, avendo questi ecceduto il numero di distributori previsto dall'accordo contrattuale.

¹⁷ Corte giust., 11 giugno 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst contro XB*, ECLI:EU:C:2009:359. Su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Gerechtshof di Amsterdam nell'ambito di una controversia nazionale relativa alla deducibilità fiscale di un'ammenda inflitta da una decisione della Commissione. Massime della sentenza: «L'art. 15 del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, intitolato "Cooperazione con le giurisdizioni nazionali", istituisce una procedura di scambio d'informazioni reciproco fra la Commissione e gli organi giurisdizionali degli Stati membri e prevede, in circostanze determinate, la possibilità d'intervento della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali.

Un'interpretazione letterale dell'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento n. 1/2003 porta a considerare che la facoltà per la Commissione, agendo d'ufficio, di presentare osservazioni scritte ai giudici degli Stati membri è subordinata all'unica condizione che ciò sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE. Siffatto requisito può essere soddisfatto anche nei casi in cui il procedimento interessato non verta su questioni relative all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE. Peraltro, gli artt. 81-83 CE devono essere intesi come facenti parte di un insieme complessivo di prescrizioni dirette a vietare e a sanzionare le pratiche anticoncorrenziali; l'obiettivo dell'art. 83 CE è, segnatamente, quello di garantire l'efficacia del controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante. Disgiungere il divieto generale di pratiche anticoncorrenziali dalle sanzioni previste per l'inosservanza dello stesso equivarrebbe a privare di efficacia l'azione delle autorità incaricate di vigilare sul rispetto del divieto in parola e di sanzionare siffatte pratiche. Le disposizioni degli artt. 81 CE e 82 CE sarebbero quindi inoperanti se non fossero corredate di misure coercitive ex art. 83, n. 2, lett. a), CE. Esiste un intrinseco legame tra le ammende e l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE. L'efficacia delle sanzioni inflitte dalle autorità garanti della concorrenza nazionali o comunitarie in forza dell'art. 83, n. 2, lett. a), CE è pertanto una condizione per l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE e 82 CE. La decisione che un organo giurisdizionale di uno Stato membro è chiamato a prendere nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE è idonea a incidere sull'efficacia delle sanzioni in materia di pratiche anticoncorrenziali ex art. 83, n. 2, lett. a), CE e, quindi, rischia di compromettere l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE. L'art. 15, n. 3, primo comma, terza frase, del regolamento n. 1/2003 deve quindi essere interpretato nel senso che esso autorizza la Commissione a presentare d'ufficio osservazioni scritte all'organo

A tale proposito merita di essere ricordato il caso in tema di Aiuti di Stato¹⁸, nel quale la Sez. Spec. Impresa di Milano (con ordinanza del 1 febbraio 2016) ha chiesto un parere alla Commissione Europea, ai sensi dell'art. 15 del regolamento 1/2003, per valutare se la situazione di favore ingenerata dal Comune di Milano (appianando a fine esercizio le perdite del gruppo dei centri sportivi denominati Milano Sport, con interventi finanziari dello stesso ente locale) potesse rappresentare un aiuto di Stato idoneo a falsare il gioco della concorrenza sul mercato. Nello stesso tempo i giudici milanesi chiedevano alla Commissione informazioni circa la pendenza di casi analoghi.

La Sezione milanese, dopo aver esaminato la direttiva sugli aiuti di Stato e le caratteristiche necessarie per qualificare come aiuto di Stato tale rimborso, ha ritenuto che il sospetto poteva essere fondato posto che questo tipo di sostegno finanziario concesso dal Comune ai centri sportivi, che esercitavano l'attività sotto il suo controllo, poteva effettivamente rappresentare una forma di indebito aiuto reso dall'ente territoriale. Tuttavia, non era facile determinare se questo tipo di sostegno potesse essere giustificato in considerazione dell'interesse pubblico del benessere dei cittadini anziani e in difficoltà.

Per questo motivo, utilizzando la previsione dell'art. 15 del regolamento n. 1/2003 e la Comunicazione della Commissione sull'applicazione del diritto in materia di aiuti di Stato da parte dei tribunali nazionali, la Sezione specializzata milanese decideva di chiedere un'informazione e un parere alla Commissione europea, al fine di ottenere rispettivamente notizie su un eventuale procedimento pendente e un chiarimento sulla possibilità di qualificare tale operazione come aiuto di Stato sulla base della direttiva in materia.

Con lettera del 16 marzo 2016, la Commissione escludeva la pendenza avanti a sé di un procedimento relativo al caso dei centri sportivi di Milano.

In seguito, trasmetteva un documento intitolato «Parere della Commissione»¹⁹, affermando che il Tribunale di Milano aveva fornito un'interpretazione eccessivamente ampia dell'ambito di applicazione della direttiva sugli aiuti di Stato e dell'impatto del caso specifico sul commercio tra Stati membri, che al contrario andava escluso.

La Commissione affermava che, se il sostegno era fornito esclusivamente agli utenti locali, un effetto reale sulla concorrenza tra Stati membri era improbabile e non vi erano conseguenze sugli scambi tra Stati membri. A differenza di quanto prospettato dal Tribunale di Milano, la Commissione riteneva che il regolamento di nuova elaborazione, n. 651/2014²⁰, fosse applicabile *ratione temporis*. Secondo la Commissione l'art. 58, comma 1, di detto

giurisdizionale di uno Stato membro nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE».

¹⁸ Caso *Quanta c. Comune Milano e Milano Sport*, proposto davanti alla Sez. Spec. Impresa di Milano. L'associazione sportiva Quanta deduceva che il sostegno fornito dal Comune di Milano (ripiamento delle perdite ad ogni fine esercizio) a Milano Sport (in cambio della imposizione di prezzi agevolati agli anziani ed a soggetti svantaggiati) integrasse violazione delle regole di concorrenza sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante ed integrasse aiuto di Stato non autorizzato ed illegittimo. In particolare, il Comune imponeva ai centri sportivi di Milano Sport l'obbligo di applicare prezzi più bassi agli anziani e ai cittadini svantaggiati; in cambio il Comune avrebbe ricapitalizzato questi centri alla fine di ogni anno finanziario.

¹⁹ Rif. COMP C4 / DP / jfp D 2016.

²⁰ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (G.U.U.E. L 187 del 26 giugno 2014, pp. 1-78).

regolamento era da ritenere applicabile anche agli aiuti forniti prima dell'entrata in vigore del medesimo, a condizione che detti aiuti potessero soddisfare tutti i requisiti del regolamento stesso.

In secondo luogo, la Commissione rilevava che l'art. 55, comma 1, del regolamento stabiliva che il sostegno finanziario concesso ai centri sportivi era compatibile con l'art. 107, par. 3, TFUE ed era altresì esentato dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 108, comma 3 TFUE. L'unica condizione era che questi supporti finanziari rispettassero l'art. 55, contenente disposizioni generali applicabili a tutti i tipi di aiuti.

Riferendosi in particolare al caso milanese, la Commissione osservava come il sostegno finanziario (rimborso) ricevuto da Milano Sport avesse l'unico scopo di promuovere il benessere dei cittadini anziani e svantaggiati. Il sostegno finanziario dato dal Comune di Milano poteva essere considerato un mero aiuto al funzionamento, ai sensi dell'art. 55, comma 7, lett. b e ai paragrafi 6, 9, 1 del regolamento n. 651/2014.

Inoltre, l'art. 4, comma 1, lett. bb) del regolamento n. 651 stabiliva un importo totale massimo annuo a seconda del tipo di aiuto. Secondo la Commissione, il regolamento indicato era applicabile nello specifico caso, perché a Milano Sport venivano concessi aiuti che non superavano tali importi e non costituivano alcun impatto sugli scambi tra gli Stati membri. Interessante anche il riferimento alla Comunicazione della Commissione europea del 5 dicembre 2008 sugli orientamenti circa le priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 TCE (ora 102 TFUE).

Infine, la Commissione sottolineava che l'autorità competente a dare l'interpretazione finale delle norme in materia di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 267 TFUE, fosse la Corte di giustizia dell'UE.

Dopo aver ricevuto il parere della Commissione, la Sezione Specializzata Imprese di Milano decideva il caso conformandosi alle indicazioni della Commissione e rigettando le domande sotto tutti i profili dedotti. Con sentenza del 4 aprile 2018, escludeva la violazione antitrust in relazione sia alla deduzione degli aiuti di Stato, sia all'abuso di posizione dominante, per mancanza di prove della situazione di dominanza della convenuta e dell'abuso escludente. L'intervento del Comune non aveva determinato preclusioni anticoncorrenziali, né aveva pregiudicato il mercato dei consumatori.

I giudici milanesi escludevano inoltre la concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c. e in conclusione rigettavano tutte le domande delle attrici.

Altra problematica complessa con cui si sono confrontati i giudici del *private antitrust enforcement* attiene all'utilizzazione del materiale istruttorio acquisito dall'autorità garante nazionale (art. 14, comma 3, l. n. 287/1990) ed alla possibile utilizzazione degli elementi informativi utili ai fini dell'accertamento dei c.d. effetti distorsivi delle violazioni (in termini di esistenza dei danni e del nesso causale). Quanto alle modalità di acquisizione si può pensare alla spontanea produzione delle parti o alla richiesta di informazioni rivolte dal giudice all'Autorità (in quanto Pubblica Amministrazione) ai sensi dell'art. 213 c.p.c. Entrambe le soluzioni trovano però dei limiti nelle liste di informazioni assolutamente riservate ed in quelle acquisibili sia pure a certe condizioni e per certe finalità di cui agli artt. 5-8 della direttiva.

4. La vincolatività delle decisioni delle Autorità Garanti

Una problematica sicuramente cruciale attiene al c.d. effetto vincolante delle decisioni dell’Autorità garante nazionale²¹, effetto riconosciuto solo nei confronti dei giudici dello Stato membro cui detta Autorità appartiene, solo per le decisioni positive, non per quelle negative, e solo per le decisioni che applicano gli artt. 101 e 102 TFUE e non per quelle che applicano il diritto nazionale. Un’ulteriore limitazione importante è data dall’estensione di detto effetto vincolante che può riguardare esclusivamente la sussistenza della violazione antitrust, o in altri termini del comportamento e della sua valutazione negativa in forza della normativa europea sulla concorrenza, ma non può comprendere l’accertamento del danno e del nesso di causalità, e ciò ai sensi dell’art. 9 della direttiva 104/2014.

L’esatta espressione utilizzata da detta norma prevede che la decisione sulla violazione «sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno» e quindi solo a detti fini, limitatamente all’accertamento della violazione, ma non per gli altri necessari presupposti nell’azione.

Nel caso di decisione adottata dall’AG di altro Stato membro, tale decisione rappresenta solo una «prova *prima facie*», il che significa che può essere apprezzata come prova di immediato rilievo, ma che può essere superata dalle altre prove tipiche e atipiche acquisite nel processo secondo le regole dell’ordinamento nazionale.

Rimane poi senza una risposta univoca il quesito se l’utilizzazione della decisione intervenuta da parte di un’Autorità Garante, sia essa nazionale o di altro Stato, possa essere introdotta fra il materiale processuale, per iniziativa di parte o *ex officio*. A tale quesito la direttiva non dà risposta e quindi potrà trovarsi la soluzione nell’ambito degli ordinamenti interni, anche se il quesito rimane più teorico che concreto, perché nella realtà sarà interesse di una delle parti far valere l’esistenza della decisione dell’AG o della Commissione.

Non è tuttavia da escludersi che possa esservi un’acquisizione d’ufficio della decisione e ciò sia in forza della previsione di cui al già ricordato art. 213 c.p.c., per quanto riguarda il diritto italiano, sia in forza del generale rilievo che i provvedimenti della Commissione sono pubblicati, come pure quelli delle Autorità garanti nazionali, sui rispettivi bollettini, ancorché l’indagine possa rivelarsi complessa da parte dei giudici di altri Paesi, anche perché – per quanto riguarda il nostro sistema processuale – l’art. 97 delle disp. att. al cod. proc. civ., intitolato «Divieto di private informazioni», esclude che il giudice possa ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé e che possa autonomamente ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria.

Uno dei primi casi nazionali in cui si è discusso dell’effetto delle decisioni dell’Autorità Garante rispetto ad un giudizio di danni iniziato davanti al giudice ordinario è stato proposto ai giudici milanesi, nel caso promosso da Inaz Paghe s.r.l. contro l’Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro. Si trattava di un caso di boicottaggio, con conseguenti effetti distorsivi sulla concorrenza, posto in essere da un’associazione di categoria di consulenti di

²¹ La scelta trova le sue radici nella giurisprudenza della Corte di giustizia con le sentenze del 28 gennaio 1991, C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1991:91, e del 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:68.

lavoro ai danni di una società produttrice di *software* per l'elaborazione di paghe e contributi previdenziali. La Corte d'appello di Milano accolse le domande di Inaz Paghe²².

Il caso venne infine deciso dalla Cassazione²³, la quale affermò che nel giudizio instaurato per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, sebbene le conclusioni assunte dall'AGCM, nonché le decisioni del Giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato quelle decisioni, costituiscano una "prova privilegiata", in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie. Molte sentenze, sia di legittimità che di merito, in diversi successivi casi (tutti anteriori all'applicazione della Direttiva *Enforcement*) hanno ripreso il concetto di "prova privilegiata"²⁴.

L'art. 16 del regolamento 1/2003, come è noto, aveva già risolto il problema nel senso della vincolatività, sia pur limitata entro precisi confini, delle decisioni della Commissione. Il testo di detto articolo, infatti, prevede che «quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato (artt. 101,102 TFUE) che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati».

La norma si conclude con l'aggiunta: «tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato».

In tale scenario è intervenuta la Direttiva *Enforcement*. Con riferimento al suo ambito di applicazione temporale, è stato previsto che le misure nazionali per il recepimento non si dovessero applicare retroattivamente e non potessero riguardare azioni in merito alle quali un giudice nazionale fosse stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014 (art. 22 della direttiva).

La direttiva ha introdotto una serie di regole dichiaratamente tese a facilitare il risarcimento del danno da illecito antitrust, quali la c.d. *disclosure* o divulgazione delle prove (artt. 5-8), la regolamentazione degli effetti delle decisioni dell'Autorità garante nazionale (art. 9), i termini di prescrizione (art. 10), la responsabilità solidale (art. 11), il trasferimento del sovrapprezzo o *passing-on* (artt. 12-16), i criteri per la quantificazione del danno (art. 17), la composizione consensuale delle controversie (artt. 18 e 19).

Riguardo al tema chiave dell'effetto delle decisioni delle Autorità garanti nazionali, l'art. 9 dispone che «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 degli articoli 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

²² App. Milano, sent. n. 3173/2004 del 10 dicembre 2004.

²³ Cass. Civ., sent. n. 3640 del 13 febbraio 2009, *Ass. Naz. Consulenti Lav. c. Inaz Paghe S.r.l.*, est. Tavassi.

²⁴ Vedi conformi Cass. Civ. n. 7039/2012 e ancora Trib. Milano, sent. 11 giugno 2018, n. 6537, R.G. n. 13231/2015, *Korean Airlines c. SEA*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

Quanto all'effetto delle decisioni emesse dalle Autorità garanti nazionali di altri Paesi, il secondo paragrafo della stessa norma stabilisce che 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.

Il terzo paragrafo dispone che «il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE», consacrando quindi ancora una volta il ruolo di interprete finale del diritto europeo attribuito alla Corte di giustizia.

In tale contesto ci si è chiesti se le decisioni delle Autorità garanti nazionali costituissero un presupposto necessario dell'azione risarcitoria. La risposta non può che essere negativa ove si osservi che risulta ora chiaramente stabilito che la decisione definitiva di un'Autorità circa una violazione del diritto della concorrenza deve essere ritenuta come definitivamente accertata da parte dei giudici dello stesso Stato membro. Non è quindi una "prova privilegiata", ma ha efficacia vincolante. Risulta tuttavia evidente che la formulazione della norma è concepita nell'ipotesi che una decisione di un'Autorità garante nazionale sia già intervenuta (come pure per l'art. 16 del regolamento 1/2003 rispetto alle decisioni della Commissione), non potendo in nessun caso essere letta nel senso che obbligatoriamente si debba attendere una pronuncia della Commissione o di un'Autorità Garante prima di intraprendere un'azione risarcitoria davanti ad un giudice civile. La giurisprudenza nazionale si è espressa in maniera consolidata in questo senso²⁵.

In alcuni casi di azioni *follow-on*, cui ancora non si applicavano i nuovi vincoli, la giurisprudenza di merito fin dai casi più risalenti ha attribuito elevata rilevanza alle decisioni dell'AGCM²⁶, ma ha escluso, in maniera certa e consolidata, un rapporto di pregiudizialità fra procedimento amministrativo e azione di *private enforcement* per il risarcimento²⁷.

Già nei casi più risalenti era stata affermata l'indipendenza degli accertamenti condotti dall'AGCM in sede amministrativa e dal giudice civile in sede giudiziaria²⁸. L'esclusione della pregiudizialità necessaria riceve conferma dalla categoria delle azioni c.d. stand-alone che rappresentano uno strumento, non solo mai messo in dubbio, ma anche considerato quale valida alternativa al *public enforcement*. Si è detto che nella giurisprudenza questa tipologia di azioni, sia pure minoritaria rispetto alle azioni *follow-on*, è tuttavia presente ed è stata da molti considerata più equa per le imprese, le quali sono sì soggette agli obblighi risarcitori nei confronti dei danneggiati ma sono esentate dalla sanzione dell'Autorità amministrativa. Tale

²⁵ Cass. Civ. sent. n. 11610 del 26 maggio 2011; n. 17362 del 18 agosto 2011; n. 7039 del 9 maggio 2012; n. 12551 del 22 maggio 2013; n. 11904 del 28 maggio 2014.

²⁶ Si vedano: App. Napoli, sent. 3 maggio 2005, *Nigriello c. SAI*; App. Bari, sent. 9 agosto 2005, *Cetel + al. C. Enel*; Trib. Roma, sent. 2006, *KM Zundholz International c. Consorzio Industrie Fiammiferi*.

²⁷ In tal senso: Cass. Civ. sent. 1 febbraio 1999 n. 827; S.U. del 4 febbraio 2005, n. 2207; del 2 febbraio 2007 n. 2305; App. Milano, ord. del 5 febbraio 1996, *Comis c. Fiera di Milano*; del 25 settembre 1995, *Sanguinetti c. ANIA*; del 15 maggio 1996, *Auchan c. Faïd*; del 10 dicembre 2004, *Inaz/Ass. Cons. Lav.*; ed ancor più di recente Trib. Milano, sent. 16 febbraio 2018, n. 1672, R.G. n. 40124/2015, *Qatar Airways c. SEA*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

²⁸ App. Napoli, sent. 9 febbraio 2006, *Nigriello c. UNIPOL*; App. Catania, sent. 15 marzo 2007, ed altri casi in tema di responsabilità civile da circolazione di autoveicoli.

esenzione è meramente di fatto, dal momento che il rischio di essere esposti all'indagine del *public enforcement* permane, anche se molto remota essendo probabile che in simili casi sia stata fatta una valutazione di scarso interesse del mercato rispetto alla fattispecie in esame.

Del resto, vi sono esempi in cui sono stati considerati i rapporti fra risarcimento danni e sanzione in sede amministrativa per evitare che vi sia una incontrollata moltiplicazione delle conseguenze negative per le imprese sotto accusa. È interessante a tal proposito che la stessa direttiva prenda in considerazione una possibile interazione tra danni e sanzioni amministrative, stabilendo all'art. 18, comma 3, che «un'autorità garante della concorrenza può considerare un fattore attenuante il risarcimento versato a seguito di una transazione consensuale e prima della sua decisione di infliggere un'ammenda».

Del resto l'art. 20 comma 1 lett. a) prevede che possa esservi un riesame differito nel tempo della direttiva e prevede che «la Commissione, nell'attività di riesame della direttiva, dovrà altresì considerare: a) il possibile impatto degli oneri finanziari derivanti dal pagamento di ammende inflitte da un'autorità garante della concorrenza per una violazione del diritto della concorrenza sulla possibilità per i soggetti danneggiati di ottenere il pieno risarcimento per il danno causato da tale violazione del diritto della concorrenza».

Giova ricordare in proposito i casi *Pre-Insulated Pipes* del 1998²⁹ e *Nintendo* del 2002³⁰ in cui la Commissione ha disposto la riduzione delle sanzioni a fronte della circostanza attenuante dell'intervenuto risarcimento pagato alle vittime; ed ancora il caso *Archer Daniels Midland Company ADM* del Tribunale dell'Unione europea, in cui è stata fatta una simile considerazione³¹.

Non sussiste tuttavia alcun obbligo della Commissione di garantire una riduzione delle sanzioni in dipendenza o in rapporto proporzionale rispetto al risarcimento eventualmente erogato.

5. Il recepimento della direttiva 104/2014 in Italia

Il recepimento della direttiva 104/2014 nell'ordinamento nazionale, che avrebbe dovuto intervenire entro il 27 dicembre 2016, è stato deliberato nel nostro Paese con la legge delega 9 luglio 2015 n. 114, che ne ha dettato le regole principali. Fra queste merita di essere menzionato l'art. 2 c. 1, lett. d), che ha imposto al legislatore di prevedere, nell'ambito del recepimento della direttiva, la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, concentrando le controversie relative alle violazioni disciplinate dal decreto di attuazione della direttiva 2014/104/UE presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale. È quindi intervenuto, con alcuni giorni di ritardo rispetto alla scadenza prevista, il d.lgs. n. 3/2017, entrato in vigore il 3

²⁹ Decisione della Commissione del 21 ottobre 1998 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CE, Caso n. IV/35.691/E-4, *Intesa tubi preisolati* (G.U.U.E. L 24 del 30 gennaio 1999, p. 1-70)

³⁰ Decisione della Commissione, del 30 ottobre 2002, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, COMP/35.587, *PO Video Games*, COMP/35.706 *PO Nintendo Distribution* e COMP/36.321 *Omega — Nintendo* (G.U.U.E. L 255 dell'8 ottobre 2003, pp. 33-100).

³¹ Corte giust., 27 settembre 2006, T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. contro Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2006 II-03627.

febbraio 2017, che nel recepire l'art. 9 della Direttiva *Enforcement* ha stabilito (art. 7, «Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza»): «1. 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».

Ha poi aggiunto: (i) che 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; (ii) che 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.

Trasponendo nell'ordinamento nazionale la previsione del secondo paragrafo dell'art. 9, ne ha sostanzialmente ricalcato la portata stabilendo che 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. In modo assolutamente identico rispetto alla previsione del terzo paragrafo dell'art. 9 della direttiva, è previsto che le disposizioni del citato articolo (art. 7 d.lgs. n. 3/2017) lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 TFUE, confermando la supremazia della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto europeo.

Gli effetti della Direttiva *Enforcement* sono già stati avvertiti nel nostro Paese anche prima della sua effettiva trasposizione nell'ordinamento nazionale. Infatti, la Corte di Cassazione, con la sentenza *Cargest* del 4 giugno 2015³², invitava i giudici del merito a fare ampia applicazione dei poteri istruttori loro concessi dalla normativa vigente, ed in particolare della consulenza tecnica d'ufficio, in considerazione della prioritaria protezione dei diritti dei consumatori e dell'asimmetria informativa di cui questi ultimi erano vittime. In tali indicazioni richiamava – appunto prima del recepimento nel sistema nazionale – i principi elaborati dalla direttiva. Tale impostazione veniva condivisa e fatta propria dalla Sezione Specializzata di Milano nel caso *Arslogica c. IBM Italia*³³.

Sembra essersi distaccato da tale orientamento il Tribunale di Roma, in un caso coinvolgente i rapporti fra diritto di brevetto e concorrenza, deciso con la sentenza del 24 marzo 2017, *Ministero della Salute c. Pfizer*. Si trattava di un'azione risarcitoria intentata dal Ministero della Salute a seguito dell'accertamento da parte dell'AGCM dell'anticompetitività di una condotta posta in essere dalla società multinazionale Pfizer. In particolare l'Autorità aveva rilevato che, quando il farmaco Xalatan era stato sviluppato, la società Pharmacia AB (poi acquisita da Pfizer) non aveva presentato la domanda per il relativo certificato di

³² Cass. Civ., sent. n. 11564/2015, *Comi e al. c. Cargest S.r.l.*, riguardante il mercato all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli di Roma.

³³ Trib. Milano, sent. 13 aprile 2016, n. 4620, R.G. n. 18730/2013, *Arslogica c. IBM Italia*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

protezione brevettuale complementare (CCP) in Italia. Successivamente, Pfizer, mediante una procedura complessa e non del tutto regolare, aveva ottenuto un'estensione della tutela brevettuale. Come ritenuto dall'Autorità, questi comportamenti dimostravano l'esistenza di una strategia mirante ad impedire l'ingresso nel mercato delle imprese genericiste, che in quanto tale costituiva un abuso di posizione dominante.

Il Ministero della Salute agiva quindi nei confronti di Pfizer per ottenere da essa il risarcimento del danno e instaurava la controversia innanzi al Tribunale di Roma. La stima del danno subito veniva calcolata dal Ministero della Salute considerando la differenza di prezzo dei farmaci in questione moltiplicato per il numero di confezioni vendute nel periodo tra l'ottobre del 2009 e il maggio del 2010, periodo successivo alla scadenza brevettuale del settembre 2009, fino all'ingresso sul mercato dei genericisti.

Il Tribunale di Roma considerava in primo luogo che l'efficacia vincolante prevista dall'articolo 7 del d.lgs. 3 /2017 per le decisioni definitive adottate dall'AGCM non era applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame. Riteneva poi che la decisione sulla validità del brevetto divisionale del *Board of Appeal* dell'EPO, presa dopo la chiusura del procedimento dell'AGCM, rappresentasse un elemento di novità rispetto all'indagine dell'AGCM e concludeva affermando che, nell'esercizio di un diritto di privativa che doveva ritenersi azionato in conformità con la normativa, in difetto della prova della distorsione della finalità che ne informava la tutela, non era possibile ravvisare alcuna condotta illecita, in quanto trattavasi di attività finalizzata a tutelare un interesse riconosciuto dall'ordinamento.

Quanto alla sussistenza di un nesso causale tra le condotte di Pfizer e il danno lamentato, il Tribunale aggiungeva che parte attrice, che ne era onerata, non aveva fornito sufficiente prova della sussistenza degli elementi causali che avrebbero determinato l'ingresso nel mercato dei genericisti nel maggio 2010, in luogo del settembre 2009. In particolare mancava la prova che, in assenza della condotta assunta quale abusiva, i genericisti sarebbero entrati nel mercato ad ottobre 2009. Rilevava inoltre che dagli atti del procedimento era presente la segnalazione all'AGCM effettuata Ratiopharm, nella quale la stessa affermava di essere pronta a entrare nel mercato a partire proprio dal maggio 2010.

Da ultimo il Tribunale riteneva che, in ogni caso, l'amministrazione fosse onerata della prova del danno patito dal SSN e che al fine di quantificare l'asserito danno la stessa amministrazione avrebbe potuto e dovuto documentare la quantità di confezioni di Xalatan vendute in Italia e la spesa sostenuta dal SSN per detto farmaco nel periodo di riferimento.

Secondo il Tribunale al riguardo non poteva essere sufficiente dare conto solo del volume di vendite, in difetto di alcun elemento in grado di provare che ogni confezione venduta avesse dato luogo a richiesta di rimborso e che il rimborso fosse stato effettivamente eseguito.

A detta omissione non si sarebbe comunque potuto supplire tramite CTU, in quanto essa sarebbe stata volta ad acquisire elementi in possesso dell'amministrazione, nell'esclusiva disponibilità di parte attrice, che ben avrebbe potuto acquisire gli elementi contabili utili a formulare una richiesta specifica, invece di invocare la presunzione che tutte le confezioni di farmaco vendute, in quanto ricadenti in fascia A, fossero state effettivamente rimborsate dal SSN.

6. Novità in tema di prescrizione

Un tema cruciale per la trasposizione della direttiva è stato quello riguardante la prescrizione. Nell'ordinamento interno le norme rilevanti ai fini della disciplina in parola sono costituite dagli artt. 2935 e 2947 c.c. La durata del termine prescrizione, stabilita a livello comunitario in almeno 5 anni, trovava già un corrispondente temporale nella previsione di cui all'art. 2947 per le azioni risarcitorie derivanti da comportamenti illeciti, quali sicuramente possono essere ritenuti gli illeciti antitrust.

È evidente che in relazione alla prescrizione, quindi, tutto dipende dal regime del *dies a quo*, che per la consolidata giurisprudenza nazionale era da individuare nel giorno in cui chi assume di aver subito il danno ha, o potrebbe avere usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia (Cass. 02.02.2007, n. 2305).

L'onere della prova della collocazione temporale e degli elementi qualificanti di una simile conoscenza è a carico di chi eccepisce la prescrizione (la stessa Cass. 02.02.2007, n. 2305).

A seguito della direttiva, tutto questo impianto viene sconvolto. Ed invero, se la durata e l'onere della prova possono dirsi immutati, il *dies a quo* viene sì individuato nel momento in cui si sia maturata una ragionevole conoscenza della condotta, della sua illiceità, del danno e dell'identità dell'autore della violazione, ma secondo la direttiva (art. 10) il termine non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata; detto termine inoltre viene interrotto o sospeso nel caso di avvio di un procedimento amministrativo da parte di un'Autorità garante nazionale, e tale interruzione / sospensione non cessa sino ad un anno dopo la definitiva conclusione di quest'ultimo. Inoltre, il termine è sospeso in pendenza di un procedimento per la composizione consensuale della controversia (sino a due anni; composizione consensuale regolata dagli artt. 18 e 19 della direttiva).

Tali indicazioni hanno reso necessario adeguare la normativa nazionale in modo conforme a dette norme ed in particolare alla previsione di un ulteriore anno di interruzione o sospensione dopo la conclusione di un procedimento amministrativo ed alla previsione della sospensione del termine (per il periodo massimo di due anni) in occasione del tentativo di composizione.

Con riferimento alla composizione consensuale è stabilito inoltre che, a seguito di una possibile transazione, debba essere sottratta dalla richiesta del danneggiato che abbia partecipato a tale transazione la parte di danno arrecata dal coautore della violazione che abbia a sua volta partecipato alla transazione consensuale, regolando così gli effetti della transazione nei confronti dei co-debitori in solido in modo difforme rispetto al diritto nazionale (art. 1304 c.c.).

La giurisprudenza formatasi in epoca anteriore alla direttiva ed al suo recepimento nazionale, o per i casi ancora non regolati da dette norme *ratione temporis*, aveva azzardato diverse soluzioni per individuare il *dies a quo*. Era stato così affermato che l'inizio del computo della prescrizione per la generalità degli utenti e dei consumatori coincide con la data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio³⁴. Nei casi della Sezione Impresa di primo

³⁴ Cfr. Cass. Civ., sent. n. 2305/2007.

grado di Milano³⁵ e della Corte d'appello di Milano³⁶, i giudici hanno ritenuto che il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine prescrizione si dovesse collocare alla data dell'apertura dell'indagine dell'AGCM (o al più in *BT/Vodafone* dalla Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, c.d. CRI), nel rilievo che le imprese operanti sul medesimo mercato (e tali erano i pretesi danneggiati) non potevano ignorare – stante le notizie del Bollettino Ufficiale dell'AGCM e l'ampio rilievo che dette notizie avevano avuto sulla stampa – che si delineava una violazione delle regole della concorrenza (nello specifico un abuso di posizione dominante), che da tale violazione era derivato il pregiudizio da esse subito e che autore di detta ingiustizia poteva essere considerato il soggetto sottoposto all'indagine.

7. Il trasferimento del danno a valle

Altro concetto che la direttiva ha voluto codificare attiene al c.d. trasferimento del sovrapprezzo (c.d. *passing-on*, artt. 12-16), essendo previsto che il risarcimento per il danno emergente non deve superare il danno da sovrapprezzo (*overcharge*) subito a tale livello, rimanendo impregiudicato il diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento per lucro cessante.

In base al fenomeno del *passing-on* è stato espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni anche agli acquirenti indiretti, per i quali l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo si presume se l'acquirente indiretto «ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano».

Va considerato che il *passing-on* è elemento che risulta possibile causa della contrazione del volume delle vendite, conseguente all'aumento del prezzo determinato dalla traslazione del sovrapprezzo, con conseguente *margin squeeze*. Tale concetto è stato espresso dalla Corte di giustizia con la sentenza *Weber's Wine World*³⁷, ma anche dalla giurisprudenza nazionale³⁸.

Rimane impregiudicato in capo all'autore dell'infrazione il diritto di dimostrare che detto sovrapprezzo non è stato trasferito all'acquirente finale, allorché sia quest'ultimo ad agire per il risarcimento. La giurisprudenza italiana anche risalente ha preso conoscenza di detto fenomeno e ne ha tratto le dovute conseguenze. Così, si può ricordare il caso *Indaba*, della Corte d'Appello di Torino, in data 6 luglio 2000, il caso *Unimare c. Geasar* della Corte d'Appello di Cagliari, del 23 gennaio 1999, il caso *International Broker S.p.A. c. Raffineria di Roma S.p.A.* della Corte d'Appello di Roma, in data 31 marzo 2008, ed infine la sentenza della Cassazione n. 21033/2013, del 13 settembre 2013, *Libralon S.r.l. e Studio Elle S.r.l. c.*

³⁵ Trib. Milano, sent. 3 aprile 2014, n. 4587, R.G. n. 13480/2012, *Uno Communications c. Vodafone*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#); del 15 ottobre 2014, n. 12043, R.G. n. 85107/2010, *Fastweb c. Vodafone*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#); del 28 luglio 2015, n. 9109, R.G. n. 52997/2010, *BT Italia c. Vodafone*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

³⁶ App. Milano, sent. 15 giugno 2017, n. 2041.

³⁷ Corte giust., 2 ottobre 2003, C-147/01, *Weber's Wine World Handels-GmbH e altri contro Abgabenberufungskommission Wien*, in *Racc.* 2003 I-11365.

³⁸ Cass. Civ., sent. n. 21033/13; Trib. Milano, sent. 27 dicembre 2013, n. 16319, R.G. n. 22423/2010 e del 3 marzo 2014, n. 3054, R.G. n. 14802/2011, *Brennercom c. Telecom Italia*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, rispettivamente a [questo](#) e [questo](#) link; del 28 luglio 2015, n. 9109, R.G. n. 52997/2010, *BT Italia S.p.A. c. Vodafone*, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

Agenzia del Territorio, che ha confermato la pronuncia della Corte d'appello di Trieste del 2010.

Hanno affrontato il fenomeno del *passing-on* anche le sentenze della Sez. spec. Impresa di Milano, del 27 dicembre 2013 e del 3 marzo 2014, *Brennercom c. Telecom Italia*; del 3.12.2015, *Alitalia c. Shell*; dell'11 gennaio 2016, *Alitalia c. Tamoil*; del 28 luglio 2015, *BT Italia S.p.A. c. Vodafone*.

8. Considerazioni conclusive

In esito all'analisi delle tematiche rilevanti in materia antitrust al fine delle azioni di risarcimento dei danni ed all'esame della giurisprudenza italiana elaborata in questi anni in applicazione della legge nazionale e della normativa europea, può concludersi che il panorama italiano è di grande interesse, sia per quanto riguarda i numeri del contenzioso, in particolare del *private enforcement*, sia per quanto riguarda l'attenzione verso alcuni temi cruciali. Rispetto a questi ultimi, infatti, si può dire che la giurisprudenza interna ha tentato di individuare soluzioni per problematiche incerte, che solo in seguito hanno trovato una risposta normativa. Così è stato per le tematiche connesse al *passing-on* e per quelle inerenti i criteri di liquidazione del danno. Al contrario, ancorché in puntuale applicazione dell'ordinamento interno, la giurisprudenza fino ad oggi pronunciata nel nostro Paese si trova in posizioni distoniche rispetto alle indicazioni della direttiva per quanto riguarda la prescrizione ed in particolare il momento della decorrenza del termine prescrizione, tempi di interruzioni e sospensioni, nonché la regolamentazione della distribuzione di responsabilità fra soggetti responsabili in solido. Sicuramente altre novità si attendono in sede di applicazione della disciplina del *passing-on* come voluta dalle Linee Guida già elaborate dalla Commissione europea e di recente pubblicazione³⁹.

Quanto alla valutazione degli effetti sul *private enforcement* delle decisioni dell'Autorità Garante, la giurisprudenza italiana (vedi la già richiamata sentenza n. 3640/2009 della Cassazione) aveva trovato una soluzione intermedia che non veniva a confliggere rispetto a principi costituzionali con i quali al contrario sembra contrastare l'indicazione della vincolatività adottata dalla Direttiva *Enforcement* (vedi, ad esempio, per l'ordinamento italiano il diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2, Cost.; il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost.; quello dell'indipendenza della magistratura di cui all'art. 104, comma 1, Cost. e del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.). D'altra parte, nei confronti della vincolatività avevano espresso il dissenso molti giudici di diversi Paesi e molti degli *stakeholders* interpellati, ma la strada adottata è parsa utile nell'ottica di un principio di economia delle risorse e nell'intento di favorire il *private enforcement*, nel convincimento che ridurre, in termini di tempi e di costi, l'impegno necessario a provare la violazione nell'ipotesi in cui questa fosse stata già esaminata e accertata dall'Autorità Garante avrebbe fortemente incoraggiato le azioni risarcitorie.

³⁹ Comunicazione della Commissione, Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto, C/2019/4899 (G.U.U.E. C 267 del 9 agosto 2019, pp. 4-43).

È vero del resto che il *private enforcement* ha registrato ultimamente un incremento consistente (nei soli primi 6 mesi del corrente anno presso la Sezione Specializzata di Milano sono stati iscritti 50 nuovi casi), ma tale incremento non sembra potersi attribuire al vantaggio della vincolatività delle decisioni del *public enforcement*, quanto piuttosto ad una maggior conoscenza delle azioni risarcitorie esperibili davanti al giudice ordinario, questa sì certamente favorita dalla Direttiva *Enforcement* e della sua trasposizione nel nostro Paese.

Anche la concentrazione in sole tre sedi giudiziarie (Milano, Roma, Napoli, come si è detto) può contribuire ad instaurare una maggior fiducia nella specializzazione dei giudici e nella conseguente maggior rapidità e più elevata qualità delle loro decisioni.



Tutela antitrust nel *private enforcement*: profili processuali

DI ALIMA ZANA *

La tutela antitrust, ed in particolare quella relativa ad intese e cartelli, in sede di *private enforcement* impone al giudice interno – adito per il risarcimento del danno – di armonizzare e superare le possibili apparenti inconciliabilità tra le rigide regole del processo civile e la disciplina – non solo sostanziale – di fonte sovranazionale che governa il diritto della concorrenza, dell’Unione o nazionale.

La necessità di trovare un punto di equilibrio tra le disposizioni processuali interne e l’esigenza di tutelare posizioni sostanziali – che richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica – è nevralgica tanto che è stata tenuta in conto dal legislatore europeo, quale passaggio ineludibile al fine di salvaguardare il principio di effettività della tutela.

In proposito, il Considerando n. 14 della direttiva (UE) n. 104/2014¹ ricorda: «in tali circostanze, 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

* Giudice della Sezione specializzata in materia di impresa “A” del Tribunale di Milano.

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea (in *GUUE*, L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1-19).

diritto al risarcimento». Ed il successivo art. 4 della direttiva impone agli Stati Membri di provvedere affinché norme procedurali interne troppo rigide non rendano impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto.

La Corte di legittimità ha recepito tali istanze, indicando al giudice di merito nazionale la direzione verso la quale orientarsi e sollecitandolo a una interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza².

Il contro-limite imposto a livello costituzionale ad eventuali scelte comunitarie difformi, ossia il principio dell'effettivo esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio, segna il perimetro negativo dell'opera di armonizzazione del giudice interno³.

In questa prospettiva, in assenza di disposizioni processuali *ad hoc*, in sede interpretativa si adottano spesso soluzioni elastiche, *case by case*, lungo tutta la dorsale del processo.

Ed in particolare, si pensi alla chiamata di terzo da parte del convenuto (ove sembra opportuna una decisione del giudice istruttore solo a seguito dell'instaurazione del contraddittorio) oppure al superamento – spesso su accordo delle parti – dei termini previsti a pena di decadenza dall'articolo 183, comma 6, c.p.c.

Non solo: fermo il principio dispositivo – inteso in senso sostanziale e non processuale – l'onere di compiuta allegazione dei fatti costitutivi della domanda si limita, come ricorda la più attenta dottrina, al c.d. *hard core* della *causa petendi*, mentre l'atto di citazione diviene una c.d. opera aperta⁴. La completa definizione della pretesa processualmente si può spostare nella successiva fase istruttoria, a seguito dell'ordine di esibizione, dell'accesso al fascicolo dell'autorità o dell'indagine peritale dell'ufficio, ove i fatti sottesi alla pretesa risarcitoria emergono nella loro complessità e, dunque, la vittima può compiutamente definire la propria domanda.

La modulazione delle regole processuali interne si fa ancora più stringente ove la vittima che invoca tutela sia il consumatore finale rispetto al quale l'asimmetria informativa nei riguardi dell'autore della condotta si manifesta al massimo grado. E ciò tenuto conto non solo che la prova non è nella sua disponibilità (ma della controparte o di terzi), ma pure degli enormi costi di analisi economiche spesso di rilievo transfrontaliero (la *class action* potrebbe invece costituire una scelta processuale ottimale ai fini dell'abbattimento dei costi dei singoli, ma nel nostro ordinamento stenta a prendere piede).

In altri casi, la scelta del legislatore europeo, recepita nel d.lgs. n. 3/2017⁵, consente di derogare direttamente alle disposizioni processuali interne, rendendo apparentemente più semplice in sede applicativa l'attività del giudice istruttore.

È il caso della disciplina della prova ove: (i) a favore della vittima l'accesso alla prova è allargato (ad esempio nell'ordine di esibizione ove non trova applicazione la regola di cui

² Cass. civile, sez. I, sent. 4 giugno 2015, n. 11654, pres. Rordorf.

³ A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA – Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, p. 251 ss.

⁴ M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private enforcement*, in *AIDA – Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, p. 108 ss.

⁵ Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 (G.U. n.15 del 19 gennaio 2017).

all'art. 94, disp. att., c.p.c.; ed ancora nella consulenza tecnica d'ufficio, ove amplia il perimetro d'indagine del giudice); (ii) l'onere della prova è sbilanciato a carico del danneggiante (con la vincolatività del provvedimento positivo dell'autorità e la previsione di presunzioni *iuris tantum* a favore della vittima); (iii) lo standard della prova è affievolito (sembrerebbe possibile fare ricorso, ad esempio, a criteri di alta probabilità logica, anche se non statistica, per inferire il nesso causale ed il danno)⁶.

La sfida di garantire l'effettività della tutela nel *private enforcement* ed in particolare nelle intese e nei cartelli – ove le fattispecie anche sotto il profilo soggettivo sono complesse e causano spesso giudizi litisconsortili sotto il lato passivo ed attivo – è ancora più impegnativa. Si pensi al sistema della solidarietà, ed ai limiti di questa prevista a favore delle imprese che hanno acceduto ai programmi di clemenza ed alle piccole e medie imprese.

Il giudice è dunque investito in questo segmento di giurisdizione di un onere ancor più stringente, quale punto di equilibrio e di raccordo tra opposte esigenze, tra cui quella di non pregiudicare l'efficacia del *public enforcement*, e quella di garantire al contempo la tutela dei diritti dei singoli⁷.

Tale profilo trova il punto di maggior criticità nell'accesso al fascicolo dell'autorità, ove le scelte del giudice vanno operate attraverso parametri che, talvolta, richiamano la discrezionalità amministrativa (si pensi al principio di proporzionalità che governa la scelta del giudice nell'accesso al fascicolo dell'autorità)⁸.

In questo complesso ruolo, l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni processuali, alla luce dell'art. 11 e dell'art. 24 della Carta, deve consentire al giudice civile, nella sua posizione di terzietà, di accordare effettiva tutela – nel rispetto del principio della domanda – a tutte le vittime dell'illecito antitrust, non solo agli operatori di mercato ma anche ai consumatori finali.

⁶ M. NEGRI, *Giurisdizione ed amministrazione nella tutela della concorrenza*, Vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, p. 316 ss.; M. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 117 ss.; E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA –Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, p. 32 ss.

⁷ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA –Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, pp. 15 ss.

⁸ M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA –Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, p. 204 ss.



**L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità e la
collaborazione tra il giudice e l'Autorità nelle azioni di *private
enforcement* a seguito della direttiva 2014/104/UE e del d.lgs. n.
3/2017**

DI MARIA GRAZIA MONTANARI *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e del mercato. – 3. La collaborazione tra il giudice e l'Autorità.

1. Introduzione

La preziosa elaborazione giurisprudenziale oggetto del *database* che oggi è stato presentato dimostra chiaramente l'ampio lavoro già svolto dai giudici in materia di risarcimento danni da illecito antitrust. In questo contesto, la direttiva 2014/104/UE¹ in

* Direttrice Direzione Studi e Analisi della Legislazione – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (*GUUE*, L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1-19).

materia di *private enforcement* e il decreto di recepimento² segnano un passaggio importante perché richiedono al *public* e al *private enforcement* di interagire per assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza. Viene riconosciuta l'importanza delle misure privatistiche come strumento di reazione all'illecito concorrenziale.

Si definisce, dunque, un sistema complessivo di tutela della concorrenza nel quale *public* e *private enforcement*, pur perseguendo scopi in parte diversi, si pongono, comunque, in rapporto di complementarietà. L'azione di risarcimento del danno assolve, infatti, non solo ad uno scopo ripristinatorio della parte danneggiata ma anche di deterrenza nei confronti dell'impresa.

Uno degli ostacoli storici al *private enforcement*, proprio in ragione dell'elevata asimmetria informativa che caratterizza l'azione, è rappresentato dall'acquisizione delle prove. Lo stesso giudice, e cito una sentenza reperita dal *database*, riconosce che le norme processuali in tema di onere della prova e dell'esercizio dei poteri di indagine, in caso di danno anticoncorrenziale, devono essere interpretate estensivamente e in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto alla concorrenza³.

Proprio per far fronte a questa problematica, la direttiva e il decreto di recepimento individuano uno specifico sistema di diritto delle prove che si pone in rapporto di specialità con i criteri generali. Viene delineata per la prima volta una forma particolare di collaborazione tra l'Autorità e il giudice in materia di accesso ai documenti di un'autorità garante, di divulgazione delle prove, di onere della prova a carico dell'attore, di tutela del *leniency applicant*.

L'accesso alle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante (artt. da 5 a 8 della direttiva e artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. n. 3/2017) costituisce certamente un elemento di particolare rilevanza per assicurare piena effettività al *private enforcement*, specie nelle azioni *follow-on*. Si pensi, ad esempio, ai procedimenti dell'Autorità nei quali viene accertato e sanzionato un cartello segreto. In questi casi l'asimmetria informativa che caratterizza questi contenziosi in materia di concorrenza raggiunge un livello particolarmente elevato ed è molto probabile che il danneggiato incontri delle difficoltà a reperire le prove al di fuori delle informazioni contenute nel fascicolo dell'Autorità.

Nello stesso tempo nell'utilizzo di questo strumento occorre però trovare un punto di equilibrio per non rischiare di pregiudicare l'azione pubblica dell'Autorità. Viene quindi in rilievo la centralità del giudice nel tutelare il diritto alla prova per la parte e nel bilanciarlo per salvaguardare l'attività dell'Autorità.

La proporzionalità della richiesta dovrà, pertanto, essere valutata attentamente quando la divulgazione delle prove rischia di compromettere l'indagine dell'Autorità rivelando quali documenti facciano parte del fascicolo o possano produrre un effetto negativo nei confronti dei *leniency applicant*. In questo senso, per l'accesso al fascicolo dell'Autorità, vengono individuati specifici criteri cui il giudice dovrà fare riferimento per la valutazione della proporzionalità. Si tratta di una sorta di valutazione della proporzionalità rafforzata rispetto a quella prevista per l'ordine di esibizione dall'articolo 3 del d.lgs. n. 3/2017 (articolo 5 della

² Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 (G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017).

³ App. Milano, sent. 27 maggio 2016, n. 2108, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

direttiva) e riferibile, in sé e per sé, alle azioni *stand-alone* cui comunque l'articolo 4 del decreto legislativo di recepimento, relativo all'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità, rinvia. Occorre, pertanto, fare riferimento a entrambe le previsioni.

È quindi necessario che la domanda dell'attore o del convenuto sia sostenuta da «fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione» ed è previsto che il giudice possa ordinare l'esibizione (divulgazione) di specifici elementi di prova o di «rilevanti categorie di prove», definiti in modo circoscritto, sulla base di fatti ragionevolmente disponibili. La valutazione di proporzionalità dovrà riguardare anche la portata e i costi della divulgazione per i terzi al fine di prevenire richieste generiche di informazioni (c.d. *fishing expeditions*). In presenza di informazioni riservate, il giudice, qualora le ritenga rilevanti ai fini dell'azione deve adottare misure efficaci per tutelarne la riservatezza (possibilità di non rendere visibile parti riservate di un documento, audizioni delle parti, 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). La bozza di Comunicazione della Commissione attualmente in consultazione⁴ è appunto finalizzata all'individuazione delle misure idonee a tutelare la riservatezza.

In ogni caso, viene garantita la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti (c.d. *legal privilege*). Infine, i destinatari dell'ordine di divulgazione devono avere la possibilità di essere sentiti prima dell'ordine stesso.

Da sottolineare che il legislatore nazionale ha anche definito, nell'ambito delle prove, il nuovo istituto delle c.d. categorie di prove di cui può ordinare l'esibizione, così come previsto dalla direttiva, individuate mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei loro elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto dei documenti di cui è richiesta l'esibizione (ad esempio, i dati sulle vendite del prodotto scambiati tra le parti).

In proposito vorrei aggiungere che, in sede di tavolo tecnico per il recepimento della direttiva, l'Autorità aveva proposto di introdurre la possibilità per il giudice di emettere un ordine di istruttoria preventiva al fine di acquisire in via d'urgenza la prova dell'illecito, come riconosciuto dalla giurisprudenza in materia di proprietà intellettuale (d.lgs. n. 140/2006). Peraltro, uno strumento analogo sarebbe già consentito nel sistema inglese proprio nelle azioni per risarcimento del danno.

2. Esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e del mercato

Con specifico riguardo all'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, vengono individuati (dalla direttiva e dal d.lgs. n. 3/2017) ulteriori criteri che il giudice dovrà considerare nella sua valutazione di proporzionalità. In particolare, il giudice dovrà valutare: (i) se la richiesta è formulata in modo specifico con riguardo alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti detenuti dall'Autorità, dal che ne deriva che non saranno considerate

⁴ Commissione europea, Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE da parte dei giudici nazionali, 29 luglio 2019 (in https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html).

proporzionate le richieste di trasmissione generica di documenti presentati a un'autorità garante; (ii) se la richiesta attiene a un'azione di risarcimento dei danni antitrust; (iii) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza (c.d. *public enforcement*). A questo fine, già per legge sono state introdotte delle cautele a seconda del tipo di informazioni per le quali si chiede l'accesso e della fase in cui si trova il procedimento amministrativo dell'Autorità.

Si tratta in particolare dei documenti rientranti nelle c.d. *black list* e *grey list*.

Così, ad esempio, la divulgazione non può riguardare le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione. In questi casi l'accesso alle prove (su richiesta dell'attore) può avvenire solo da parte del giudice e può riguardare solo l'accertamento dell'effettiva corrispondenza alla categoria (ovvero dichiarazione confessoria o proposta di transazione). In questo il giudice può richiedere la collaborazione dell'Autorità.

La norma mira ad evitare che le azioni di risarcimento si traducano in un disincentivo per le imprese a collaborare disponendo una protezione assoluta per la dichiarazione confessoria (ovvero la prova autoincriminante per eccellenza), è noto, infatti, come i programmi di clemenza costituiscano strumenti di fondamentale importanza per la lotta ai cartelli segreti che rappresentano le violazioni più gravi degli illeciti antitrust.

In questi casi la tutela del *public enforcement* produce i suoi effetti positivi anche nei confronti delle azioni civili nella misura in cui consente alle vittime del cartello di ottenere ristoro per i danni subiti. Nei cartelli segreti, infatti, difficilmente i danneggiati sono in grado di fornire le prove dell'esistenza dell'illecito. Peraltro, ai fini della quantificazione del danno, l'onere probatorio in capo alla vittima di un cartello è attenuato mediante l'inversione dell'onere della prova. In questi casi, infatti, il decreto legislativo citato prevede una presunzione semplice a favore del danneggiato (articolo 14, co. 2, d.lgs. n. 3/2017).

Il divieto si riferisce solo alla dichiarazione confessoria e non si estende ai documenti che il *leniency applicant* produce in allegato alla dichiarazione confessoria. Questi, peraltro, non rientrano neppure tra quelli indicati nella *grey list*, pertanto ne può essere richiesta l'esibizione in ogni momento («*at any time*»). Sarà dunque il giudice, nella sua valutazione di proporzionalità, a stabilire se ricorrono i requisiti per disporre l'esibizione considerando anche la necessità di salvaguardare l'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Anche in questo caso è stata introdotta una forma di collaborazione tra giudice e Autorità per cui è previsto che l'Autorità possa intervenire con un proprio parere sulla proporzionalità della richiesta. È probabile, comunque, che laddove si ravvisi un possibile pregiudizio per il *public enforcement*, questo non si traduca in un divieto assoluto di accesso a quelle prove; verosimilmente il giudice potrà disporre un mero differimento dell'accesso ad esempio fino alla conclusione del procedimento davanti all'autorità garante in modo da salvaguardare comunque l'azione privata. Ricordo che nella Comunicazione *leniency*⁵ dell'Autorità i documenti allegati alla dichiarazione confessoria sono sottratti all'accesso delle parti fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie e dei terzi per tutta la durata del procedimento. È evidente, comunque, che in assenza di regole certe potranno

⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 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, in Boll. n. 11/2013, e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, in Boll. n. 35/2013.

aversi decisioni diverse sia tra i diversi Stati membri che all'interno dello stesso Stato, questo sottolinea l'importanza della Comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate.

Il legislatore ha poi individuato un'ulteriore categoria di prove per le quali l'accesso è solo differito fino alla conclusione del procedimento davanti all'Autorità (*c.d. grey list*), si tratta in particolare di: (i) informazioni rese dalle parti ai fini di un procedimento davanti all'Autorità, come ad esempio le risposte alle richieste di informazioni o i verbali di audizione; (ii) informazioni predisposte dall'Autorità nel corso di un procedimento e trasmesse alle parti, tipicamente la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI); e (iii) proposte di transazione che al momento non sono previste nell'ordinamento nazionale.

In questi casi l'esibizione di detti documenti in sede civile potrebbe interferire negativamente nel procedimento amministrativo in corso davanti all'Autorità.

Nel caso di mancato rispetto di tali limiti nell'utilizzo delle prove, il decreto prevede oltre all'applicazione di specifiche sanzioni pecuniarie (da 15 mila a 150 mila euro) anche la possibilità per il giudice di respingere in tutto o in parte le domande e le eccezioni cui le prove stesse si riferiscono (articoli 5 e 6 del d.lgs. n. 3/2017). La direttiva in proposito prevede che dette prove siano ritenute inammissibili nelle azioni di risarcimento (articolo 7).

Viene inoltre salvaguardato il principio della riservatezza delle informazioni scambiate, tra l'Autorità e la Commissione, che costituisce un presupposto per il buon funzionamento della rete così come previsto nel regolamento 1/2003⁶.

Al di fuori dei casi rientranti nella *black* e nella *grey list* il giudice può ordinare in ogni momento l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità. In questi casi può trattarsi di informazioni particolarmente rilevanti, come ad esempio i documenti acquisiti nel corso delle ispezioni, o le informazioni raccolte anche in fase per-istruttoria (*ex audizioni*) per cui la valutazione di proporzionalità che il giudice è chiamato a svolgere sarà particolarmente attenta e dovrà considerare tutti i criteri sopra indicati per bilanciare i due interessi in gioco, non ultimo l'esigenza di salvaguardare la riservatezza delle informazioni.

In proposito, l'articolo 3 del decreto legislativo citato, contiene una definizione di informazioni riservate che rispecchia quella antitrust. In questo modo ne risulta facilitato il confronto con le valutazioni di riservatezza eventualmente svolte dall'Autorità sulle informazioni di cui viene chiesta l'ostensione. Anche su questa valutazione l'Autorità potrà intervenire con proprie osservazioni sulla proporzionalità della richiesta evidenziando l'impatto che tale esibizione potrebbe produrre sull'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. A tal fine è previsto che il giudice informi l'Autorità della richiesta di esibizione trasmettendo gli atti ritenuti di rilievo (allo stato la norma non ha ancora trovato attuazione).

Anche se l'ordine di divulgazione, o meglio di esibizione, delle informazioni contenute nel fascicolo dell'Autorità ha carattere residuale, tuttavia, voglio evidenziare che non è richiesta l'impossibilità di acquisire altrove le prove, bastando una valutazione di ragionevolezza sulle difficoltà per la parte o per i terzi di fornire tale prova. In questo senso,

⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (*GUUE*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1-25).

ad esempio, la particolare onerosità del reperimento delle prove, tipica nel caso di cartelli segreti, potrà essere considerata dal giudice una causa ragionevole per l'ordine di divulgazione.

Già oggi l'Autorità ha ritenuto di non poter opporre il segreto d'ufficio e il vincolo di scopo, previsti dagli articoli 14, comma 3 della legge n. 287/1990⁷ e dall'articolo 12 del D.P.R. n. 217/1998⁸, rispondendo positivamente alle richieste dei giudici fornendo la documentazione richiesta, specificando il livello di riservatezza dei documenti e rimettendo al giudice la valutazione sul bilanciamento del diritto di difesa e il diritto alla riservatezza. In alcuni casi sono state adottate anche particolari cautele per tutelare la riservatezza come ad esempio la trasmissione dei documenti in busta chiusa. L'Autorità ha interpretato in modo evolutivo il vincolo di scopo ricomprendendo in questo il complessivo *enforcement antitrust* che riguarda sia l'azione pubblica dell'Autorità che quella privata delle azioni civili per il risarcimento del danno.

Devo precisare che le richieste pervenute hanno riguardato procedimenti già conclusi anche da tempo per cui è ancora presto per verificare l'effettiva portata della nuova disposizione. Certamente, in un'ottica di bilanciamento degli interessi pubblici e privati, è importante che il giudice nella sua valutazione sulla riservatezza tenga conto anche della valutazione della riservatezza già svolta dall'Autorità sugli stessi documenti. Ciò che è reso possibile dal fatto che la definizione di informazioni riservate di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 3/2017 rispecchia quella del regolamento per le procedure istruttorie dell'Autorità (articolo 13 del D.P.R. n. 217/1998).

3. La collaborazione tra il giudice e l'Autorità

L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità richiede, pertanto, l'instaurarsi di un dialogo tra l'Autorità e il giudice. L'Autorità può, infatti, intervenire per presentare osservazioni sulla proporzionalità delle richieste di esibizione di prove contenute nel fascicolo dell'Autorità stessa, in relazione all'impatto che tale esibizione potrebbe avere sul *public enforcement*. Per esercitare tale facoltà l'Autorità dovrà essere informata delle richieste di esibizione delle informazioni qualora la persona che richiede l'esibizione o alla quale la stessa è richiesta sia coinvolta nell'indagine dell'Autorità relativa alla presunta violazione. Si dovrà, pertanto, implementare un sistema che garantisca questo flusso di informazioni tra i giudici e l'Autorità. In proposito voglio solo ricordare che la direttiva richiama le previsioni dell'articolo 15, par. 3, del regolamento 1/2003 sull'*amicus curiae* che purtroppo però non hanno avuto un seguito soddisfacente.

La collaborazione dell'Autorità può essere, altresì, richiesta dal giudice per accertare se le informazioni rientrano nella *black list*; anzi, in questi casi è previsto che il giudice possa rivolgersi solamente all'Autorità e ciò evidentemente per tutelare la riservatezza del documento.

⁷ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (G.U. n. 240 del 13 ottobre 1990).

⁸ Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (G.U. n. 158 del 9 luglio 1998).

Un coordinamento con l’Autorità sarà verosimilmente necessario per il giudice al fine di accertare la violazione dei limiti all’uso delle prove contenute nel fascicolo dell’Autorità e disporre la relativa sanzione.

Certamente anche la previsione relativa all’efficacia della decisione definitiva dell’Autorità nell’azione civile per il risarcimento dei danni rappresenta un esempio di cooperazione, a livello di sistema, tra intervento pubblico e azione privata.

Un altro punto di collegamento tra sistema pubblico e privato per un’applicazione efficace del diritto della concorrenza lo possiamo trovare nelle disposizioni tese ad incentivare i meccanismi per una composizione consensuale delle controversie (come la transazione stragiudiziale, l’arbitrato, la mediazione e la conciliazione). In questi casi il decreto legislativo di recepimento sopra richiamato introduce per la prima volta un’attenuante specifica alle sanzioni antitrust. Viene, infatti, previsto che l’Autorità possa considerare ai fini dell’irrogazione della sanzione per la violazione antitrust il risarcimento del danno effettuato dall’autore della violazione a seguito di una procedura di composizione consensuale della controversia e prima della decisione dell’Autorità (articoli 15 e 16 d.lgs. n. 3/2017, che recepiscono gli articoli 18 e 19 della direttiva). L’ipotesi è già prevista nelle Linee Guida in materia di sanzioni dell’Autorità⁹.

Il decreto legislativo citato prevede, inoltre, la possibilità per il giudice di sospendere il giudizio quando è in corso un procedimento davanti all’Autorità che riguarda fatti rilevanti ai fini della decisione e il giudice ritenga necessario salvaguardare il *public enforcement* (articolo 4, co. 8, d.lgs. n. 3/2017). Ancora, è prevista la sospensione del termine di prescrizione per intentare un’azione civile quando l’Autorità interviene su uno stesso caso (articolo 8, co. 3, d.lgs. n. 3/2017). La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione dell’Autorità è divenuta definitiva. C’è da dire che quest’ultima disposizione, potrebbe, in verità, portare a lunghe sospensioni del periodo di prescrizione, dall’avvio del procedimento da parte dell’Autorità alla decisione del giudice di ultima istanza, esponendo di conseguenza le imprese sottoposte a procedimenti antitrust a lunghi periodi di incertezza in ordine all’esperimento di azioni di risarcimento.

Infine, di particolare rilievo è la possibilità per l’Autorità di prestare assistenza, su richiesta del giudice, sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno, laddove l’Autorità stessa ritenga appropriato il suo intervento (articolo 17, par. 3, direttiva e articolo 14 d.lgs. n. 3/2017).

Con riguardo al tipo di assistenza, il considerando 46 della direttiva precisa che «Gli Stati membri dovrebbero assicurare che, 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

⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, adottate con delibera 22 ottobre 2014, n. 25152, in *Boll.* n. 42/2014. Al punto 23 le Linee Guida includono tra le circostanze attenuanti l’ipotesi che le imprese responsabili abbiano «adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all’infrazione e/o prevedendo e attuando, spontaneamente o nel contesto di una transazione consensuale conclusa precedentemente alla decisione di accertamento dell’infrazione, misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall’illecito».

Unione». Come noto questa previsione non è stata proposta dalla Commissione ma è stata inserita in sede di discussione dal Parlamento europeo. Occorre considerare che di norma i provvedimenti dell'Autorità non contengono una quantificazione del danno e, in ogni caso, quando l'Autorità fa riferimento al danno considera sempre quello alla concorrenza, mentre il giudice deve quantificare il danno nei confronti dei singoli acquirenti e fornitori diretti e indiretti o dei terzi.

Il meccanismo di cooperazione introdotto presenta connotati di assoluta novità. Innanzitutto, rileva l'assoluta discrezionalità per il giudice di chiedere l'assistenza e per l'Autorità di fornirla in relazione alla necessità di garantire l'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. In secondo luogo, questo meccanismo di cooperazione si differenzia nettamente dalla consulenza tecnica che viene spesso richiesta dal giudice nei procedimenti antitrust. Infine, l'interlocutore dell'Autorità dovrà essere direttamente il giudice non il consulente. In questo contesto, la possibilità di un'interlocuzione col giudice, preliminare alla richiesta, permetterà di stabilire modalità e termini congrui con le esigenze di salvaguardia del *public enforcement*, nel caso in cui l'Autorità ritenga appropriato fornire l'assistenza in questione.

Considerato il carattere di novità sarà necessario attendere la concreta applicazione della disposizione per poterne valutare l'effettiva portata. Tuttavia, si può prevedere che potrà essere ritenuta problematica la richiesta del giudice riferita a procedimenti amministrativi ancora in corso, ovvero conclusi senza accertamento dell'infrazione con l'accettazione degli impegni o con l'archiviazione per insufficienza degli elementi disponibili, o ancora relativa a procedimenti che ancorché conclusi con l'accertamento di un'infrazione alla disciplina antitrust e l'irrogazione di sanzione, il relativo provvedimento sia stato poi annullato o sospeso dal giudice amministrativo

Nelle azioni *stand-alone* l'Autorità, in un'ottica di efficienza amministrativa, potrebbe non ritenere appropriato l'intervento per il lavoro aggiuntivo che detta assistenza potrebbe comportare con impegno di risorse, già scarse, che verrebbero sottratte all'attività istruttoria. Peraltro, in questi casi l'Autorità non avendo svolto un procedimento istruttorio difficilmente potrà disporre o acquisire elementi utili per l'accertamento che il giudice deve svolgere.

Al contrario, la collaborazione potrà essere utile nei procedimenti conclusi dall'Autorità anche se ancora sottoposti al vaglio del giudice amministrativo. Si può pensare, ad esempio, alla ricostruzione di scenari controfattuali economicamente plausibili rispetto alla situazione post violazione che possono agevolare il giudice nella quantificazione del danno.

In conclusione, per raggiungere l'obiettivo della direttiva di favorire un maggiore ricorso al *private enforcement*, inteso come strumento di completamento del complessivo *enforcement* antitrust è necessario sviluppare la cooperazione tra le autorità, europea e nazionali, della concorrenza e le autorità giudiziarie. Come ho già sottolineato, l'effetto della decisione del giudice non si esaurisce nel rapporto tra i singoli ma esplica i suoi effetti anche sul mercato per questo è importante l'applicazione armonica delle disposizioni sulla concorrenza.

Come si realizzerà in concreto questa collaborazione sarà particolarmente rilevante per garantire lo sviluppo uniforme del sistema del diritto della concorrenza. In questo contesto, la creazione di una rete nella quale far confluire le decisioni dei giudici in materia di *private*

enforcement, di cui il *database* odierno rappresenta un importante esempio, in grado di favorire sia il dialogo tra i giudici che tra questi e l'Autorità, diventa di fondamentale importanza non solo per lo sviluppo del *private enforcement* ma anche per rafforzare la tutela della concorrenza nel suo complesso attraverso la creazione di un virtuoso sistema sinergico tra *private* e *public enforcement*. Voglio ricordare in proposito che sul fronte pubblicistico la rete europea della concorrenza (che riunisce la Commissione europea e le autorità nazionali della concorrenza) sta svolgendo un ruolo importante per favorire lo sviluppo e l'implementazione efficace ed omogenea del *public enforcement*.



Il private enforcement nella prospettiva dell'*in-house counsel*, tra norme italiane ed europee

DI IRENE DE ANGELIS *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo regime di esibizione delle prove. – 3. La necessità di salvaguardare lo strumento della *leniency*. – 4. Riservatezza della corrispondenza con i legali. – 5. La bozza di Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'Unione Europea da parte dei giudici nazionali.

1. Introduzione

Il recepimento in Italia della direttiva 2014/104/UE, avvenuto con il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, peraltro, anche, con la previsione peculiare del nostro ordinamento, che ha inserito la possibilità di esperire *class action* ai fini del risarcimento del danno¹, conferendo al *private enforcement* una più chiara e armonizzata conformazione all'interno dell'ordinamento al fine di favorirne l'implementazione, ha posto e continua a porre inevitabili sfide alla figura del giurista d'impresa.

* Direttrice Antitrust Affairs di Intesa Sanpaolo.

¹ Cfr. art. 1, d. lgs. n. 3/2017, rubricato “Ambito di applicazione”.

E a questo scenario, si aggiungono i tratti che caratterizzano la nuova azione di classe, introdotta con la legge n. 31/2019².

Innanzitutto e innegabilmente, questo scenario – l’interazione tra *public* e *private enforcement* e le novità riguardanti le azioni di classe – aumenta certamente la pressione sulle funzioni di *compliance antitrust* interne alle imprese, rendendo, se possibile, ancora più urgente e necessario lo sforzo per l’adozione e l’implementazione di programmi di *compliance* che mitigino il rischio di violazioni del diritto della concorrenza.

Sicuramente la preoccupazione di ordine generale alla luce della rafforzata interazione tra *public* e *private enforcement* è quella relativa al rischio di un aumento potenziale del contenzioso, reso, peraltro, ancor più reale alla luce dei nuovi elementi che caratterizzano l’azione di classe dalla scorsa primavera.

Ma ve ne sono di ulteriori, e prendono le mosse dal sistema di esibizione delle prove introdotto dalla direttiva 2014/104/UE e dal d. lgs. n. 3/2017.

2. Il nuovo regime di esibizione delle prove

Lo scopo principale di tale regime risiede, com’è noto, nella necessità di colmare le asimmetrie informative esistenti tra il soggetto danneggiato e l’impresa che ha posto in essere una violazione antitrust. Tale esigenza è ancora più stringente se si pensa ai cartelli segreti.

La normativa dell’Unione, e quella interna di recepimento, perseguono il fine di temperare l’esigenza di utilizzo da parte dei soggetti danneggiati degli elementi probatori contenuti nel fascicolo di una autorità antitrust e quella di non compromettere l’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

È in questo contesto che la direttiva 2014/104/UE agli artt. 6 e 7 e il d.lgs. n. 3/2017 agli artt. 4 e 5 hanno disciplinato l’esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell’autorità nazionale della concorrenza.

Si tratta di una disciplina articolata, che si fonda sulla valutazione di proporzionalità della richiesta di esibizione. Tale valutazione deve essere fatta dal giudice alla luce dei criteri indicati dall’art. 4 comma 3 lett. a) – c) del d.lgs. n. 3/2017³.

Il nuovo regime di esibizione delle prove individua, sostanzialmente, tre categorie di prove contenute nel fascicolo dell’Autorità garante. Da una parte le c.d. “*white list*” e “*grey list*”, ossia quelle prove che possono, a certe condizioni, essere oggetto di esibizione ed entrare nel processo, dall’altra parte la c.d. “*black list*”, che individua le prove che non possono mai essere esibite nel giudizio civile.

² Lo stretto legame che il legislatore ha voluto tra il d. lgs. n. 3/2017 e la legge n. 31/2019 è confermato dagli espliciti e vicendevoli rinvii contenuti nei due atti legislativi. Si pensi all’art. 1 della legge n. 31/2019 che, all’art. 840-ter, fa salve le disposizioni del d.lgs. n. 3/2019.

³ La norma indica, in particolare, la specificità nella formulazione della richiesta di esibizione; la sussistenza di un legame tra la richiesta di esibizione e la domanda risarcitoria per una violazione del diritto della concorrenza; la necessità di salvaguardare l’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

3. La necessità di salvaguardare lo strumento della *leniency*

Particolare attenzione viene riservata al rapporto tra l'esigenza di far fronte ad asimmetrie informative e quella di salvaguardare la riservatezza delle dichiarazioni rese da un'impresa per la partecipazione ad un programma di clemenza. Tale esigenza ha trovato accoglimento proprio nelle norme che prevedono che il giudice non possa mai ordinare l'esibizione di prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza (e proposte di transazione, la c.d. "*black list*").

Per espressa ammissione della Relazione illustrativa al d.lgs., la *ratio* perseguita è quella di salvaguardare l'efficacia della *leniency* «in quanto strumento privilegiato per la lotta ai cartelli segreti, che rappresentano una delle fattispecie maggiormente pregiudizievoli per il corretto funzionamento del mercato»⁴.

L'inaccessibilità della c.d. "*black list*" è temperata dalla previsione per cui, in ogni caso, l'attore-danneggiato può proporre istanza motivata affinché il giudice chieda assistenza all'autorità garante della concorrenza e acceda alle prove, avviando un sub-procedimento per verificare se il contenuto delle stesse corrisponda ad una dichiarazione resa nel corso di un programma di clemenza. In nessun caso il giudice consente l'accesso alle altre parti o ai terzi⁵. In altri termini, se un documento fa parte della così detta "*black list*", non potrà mai essere prodotto in giudizio. Da ciò ne consegue che tali prove non potranno essere poste a fondamento della decisione del giudice.

Tutto ciò premesso, resta attuale l'esigenza di un chiarimento interpretativo da parte del legislatore: è già stato evidenziato da diversi commentatori che dalla lettera della direttiva, così come da quella del decreto legislativo, non appare sufficientemente chiaro se la documentazione a corredo (gli allegati) di una domanda di clemenza presentata da una società che ha posto in essere una violazione antitrust goda – al pari della domanda stessa – di una tutela rafforzata rispetto al principio di esibizione delle prove ed è quindi da ricomprendersi nell'alveo della c.d. "*black list*"⁶.

Dal punto di vista del giurista d'impresa che, laddove ne ricorra la necessità, deve condividere con i vertici aziendali l'opportunità di applicare per una *leniency*, è di fondamentale importanza che il legislatore faccia chiarezza su tale aspetto, a tutela dei diritti di difesa delle parti di un procedimento e a tutela dell'efficacia del *public enforcement*. Infatti, spesso gli allegati alle domande di *leniency* formano parte integrante delle argomentazioni a supporto della richiesta di clemenza e la loro eventuale *disclosure* potrebbe certamente disincentivare

⁴ Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, p. 8.

⁵ Cfr. art. 4, comma 5, d. lgs. n. 3/2017 e la relativa Relazione illustrativa.

⁶ In generale, in argomento si veda P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 397 ss.; M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)* in *AIDA*, 2015, p. 204 ss.; G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, p. 108 ss.; S. RONCO, *Programmi di clemenza e private enforcement: bilanciamento di interessi tra «pentitismo concorrenziale» e diritto al risarcimento del danno antitrust*, in *Politica Del diritto*, 2016, p. 457 ss.; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, p. 991 ss.

le imprese dalla presentazione di consistenti e complete documentazioni a supporto di una richiesta di clemenza.

Tale ultimo aspetto è stato preso in considerazione anche dalla direttiva 2019/1/UE (la c.d. Direttiva ECN+), ove già al considerando n. 72 si legge che «il rischio che materiale autoincriminante sia divulgato al di fuori dell'ambito dell'indagine per la quale era stato fornito potrebbe indebolire gli incentivi per i potenziali richiedenti il trattamento favorevole a collaborare con le autorità garanti della concorrenza». Per rispondere a tale esigenza, l'art. 3, ai commi 3 e 4, fornisce indicazioni agli Stati membri affinché le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate ad un programma di trattamento favorevole siano tutelate sia nell'ambito del procedimento istruttorio dell'Autorità garante che nell'ambito di procedimenti dinanzi ai giudici nazionali⁷. Tale disciplina sembra risolvere i susposti problemi interpretativi, sostanzialmente eliminando la possibilità che le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate ad un programma di trattamento favorevole possano essere utilizzate in procedimenti giurisdizionali che non abbiano ad oggetto la ripartizione tra i partecipanti al cartello dell'ammenda imposta loro in solido o il riesame di una decisione di contestazione dell'infrazione della normativa antitrust.

Resta, allora, da comprendere se e come il legislatore italiano sfrutterà l'occasione del recepimento della direttiva⁸ per chiarire se gli allegati debbano essere sottoposti alla stessa disciplina riservata alle dichiarazioni legate ad un programma di *compliance*. Una tale ricostruzione non potrebbe che avere ricadute positive sul *public enforcement*; soprattutto in un paese come l'Italia, dove lo strumento della *leniency* è stato storicamente poco utilizzato e solo in tempi recenti se ne è registrato qualche caso. La possibilità di garantire il legittimo affidamento ingenerato nell'impresa richiedente il trattamento favorevole, in merito alla riservatezza delle informazioni fornite all'Autorità della concorrenza, avrebbe sicuramente ricadute positive in termini di maggiore utilizzo della *leniency*.

4. Riservatezza della corrispondenza con i legali

Le novità introdotte in tema di *private enforcement* si inseriscono in un sistema che – sempre dalla prospettiva dell'*in-house counsel* – ha alcune debolezze per ciò che attiene alla tutela della riservatezza delle comunicazioni interne. Il nostro ordinamento, a differenza di Paesi come il Belgio, la Grecia, l'Olanda o il Portogallo, non prevede l'estensione del *legal privilege* ai legali interni.

Il decreto legislativo, infatti, sottolinea come venga fatta salva la riservatezza fra «avvocati incaricati» e cliente, così riaffermando che tale riservatezza non copre, invece, le

⁷ In particolare, si veda l'art. 31, comma 4, della direttiva, il quale stabilisce che: «Gli Stati membri provvedono affinché la parte che ha ottenuto l'accesso al fascicolo del procedimento istruttorio avviato dalle autorità nazionali garanti della concorrenza possa utilizzare informazioni desunte dalle dichiarazioni legate a un programma di trattamento favorevole o dalle proposte di transazione solo in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa nei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali nei casi che sono direttamente collegati al caso per il quale è stato concesso l'accesso e solo laddove tali procedimenti riguardano: a) la ripartizione tra i partecipanti al cartello dell'ammenda imposta loro in solido da un'autorità nazionale garante della concorrenza; b) il riesame di una decisione mediante la quale un'autorità nazionale garante della concorrenza ha constatato un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o di disposizioni del diritto nazionale della concorrenza».

⁸ Il cui termine è previsto per il 4 febbraio 2021.

comunicazioni interne tra *in-house counsel* e le altre funzioni dell'azienda⁹. E questo, inevitabilmente, depotenzia il ruolo della figura dell'*in-house counsel*.

Il principio è, peraltro, ripreso nella *Comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE da parte dei giudici nazionali*, attualmente in consultazione, laddove si afferma espressamente che nulla di quanto ripreso nel documento deve essere interpretato nel senso di consentire la divulgazione di prove tutelate in virtù del segreto professionale, ossia il principio di riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente¹⁰.

La Comunicazione si propone di supportare i giudici nazionali a titolo di ispirazione e orientamento, senza essere in alcun modo vincolante per i giudici né modificare le norme vigenti negli Stati membri.

5. La bozza di Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'Unione Europea da parte dei giudici nazionali

Venendo alla bozza di Comunicazione, si tratta di una iniziativa di grande pregio, che conferma la continua attenzione delle istituzioni europee nei confronti del tema della *disclosure* di informazioni riservate e tale attenzione non può che essere accolta con favore.

La direttiva sul risarcimento del danno antitrust fa riferimento ad alcune misure, quali la possibilità di limitare il numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, conferire a esperti l'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma non riservata, non rendere visibili le parti riservate di un documento. La Comunicazione, sostanzialmente, amplia, sempre nel detto proposito di supportare i giudici nazionali, alcuni aspetti di ciascuna di queste misure.

La prima questione parte dalla natura riservata delle informazioni. La Comunicazione chiarisce, infatti, di non fornire una definizione di "informazioni riservate" ai fini dell'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE da parte dei giudici nazionali, rinviando a tal fine alla giurisprudenza di Lussemburgo, che qualifica come riservate le informazioni che soddisfino essenzialmente tre condizioni cumulative:

- esser conosciute solo da un numero ristretto di persone;
- la loro divulgazione può causare un danno grave alla parte che le ha fornite o a terzi (di solito in tal caso si tratta di informazioni con valore commerciale, strategico, finanziario);
- gli interessi che possono essere lesi dalla divulgazione sono oggettivamente meritevoli di protezione¹¹.

⁹ La stessa indicazione si rinviene anche nelle norme che disciplinano la *class action*, e segnatamente all'art. 1 della l. n. 31/2019 ove, all'art. 840-*quinquies*, ribadisce «la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso».

¹⁰ Cfr. la bozza di *Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali*, p. 2, punto 7.

¹¹ Cfr. la citata bozza di Comunicazione, p. 6, punto 22.

Quando la comunicazione passa a trattare in dettaglio ciascuna misura per la divulgazione delle informazioni riservate e, segnatamente, si sofferma sugli aspetti positivi della costituzione di una “cerchia di riservatezza”, evidenzia come quest’ultima possa consentire economie ed efficienze procedurali, in particolare, quando il numero dei documenti richiesti è ingente e le parti sono in grado di concordare un elenco ristretto di documenti considerati rilevanti ai fini della domanda, esplicitando che le parti non dovranno aprire discussioni in merito alla riservatezza di informazioni specifiche, né il giudice dovrà esaminarle.

Nella esperienza dell’*in-house counsel*, che si trova ad applicare presidi in qualche modo simili alle cerchie di riservatezza, come ad esempio i *Clean Team* che si predispongono in occasione di operazioni di concentrazione, talvolta, pur essendo le parti sostanzialmente allineate sull’obiettivo e quindi avendo una convergenza di interessi, non è affatto pacifico concordare sulle informazioni riservate/sensibili e sulla loro accessibilità o meno. Certamente risulta difficile immaginare un allineamento pacifico in un contesto, come quello di un procedimento per risarcimento del danno, che vede necessariamente le parti schierate in posizioni opposte o, comunque, non convergenti.

L’altro punto riguarda la pubblicazione delle sentenze. Infatti, è possibile che i giudici nazionali abbiano fondato la propria decisione anche su informazioni riservate e, dunque, non divulgabili.

A tutela di tali informazioni, nell’emettere la sentenza e nell’ordinarne la pubblicazione, i giudici nazionali possono considerare di rendere anonime le informazioni riservate nella versione pubblicamente disponibile¹². Dovranno, peraltro, valutare come proteggere le informazioni riservate nella versione della sentenza da notificare alle parti (e pensiamo, ad esempio, alla situazione in cui le parti siano concorrenti), lasciando impregiudicato il loro diritto di difesa e la possibilità di presentare ricorso o appello.

Si tratta di questioni ancora aperte, nonostante i suddetti strumenti siano già stati introdotti dal legislatore con riferimento alla sola *class action*¹³ e siano, inoltre, già oggetto di prassi applicativa anche in Italia.

¹² Cfr. bozza di Comunicazione cit. pag. 21 punto 107.

¹³ Si veda in proposito il già citato art. 840-*quinquies* inserito dall’art. 1 della legge n. 31/2019, il quale prevede che, in caso di ordine di esibizione di prove aventi ad oggetto informazioni riservate, alcune parti di un documento non siano rese visibili, oppure audizioni a porte chiuse, e ancora la limitazione del numero di persone autorizzate a prenderne visione, o il conferimento ad esperti dell’incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata.



Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell’avvocato

DI ENRICO ADRIANO RAFFAELLI *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le Sezioni specializzate in materia di impresa delle Corti italiane (e milanesi) ed il *private antitrust enforcement*. – 3. Riflessioni generali in merito alla Direttiva Danni ed al suo impatto sul contenzioso risarcitorio in materia antitrust. – 4. La (problematica) efficacia vincolante delle decisioni della Commissione europea e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza. – 5. La prassi giurisprudenziale: in particolare, le azioni *follow-on* basate sulle decisioni della Commissione europea nel c.d. ‘*Trucks case*’. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni, il tema del *private enforcement* del diritto antitrust è stato oggetto di riflessioni ed approfondimenti sempre più numerosi e articolati¹. A circa cinque

* Avvocato del Foro di Milano; *Founding Partner*, Studio Legale Rucellai & Raffaelli.

¹ La bibliografia in argomento è vastissima; cfr., senza alcuna pretesa di completezza, W.P.J. WILS, *Should private enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, p. 473 ss.; C.A. JONES, *Private enforcement in Europe: A policy analysis and reality check*, in *World Competition*, 2004, p. 13 ss.; S.W. WALLER, *Towards a constructive public-private partnership to enforce competition law*, in *World*

anni dall'adozione della c.d. Direttiva Danni (direttiva 2014/104/UE²), il dibattito è ancora aperto e risulta costantemente ravvivato dall'applicazione vieppiù frequente della nuova normativa davanti ai giudici nazionali.

In tale contesto, l'obiettivo della presente relazione è svolgere alcune considerazioni dalla prospettiva di chi si trova, ormai quotidianamente, a misurare in concreto la portata e l'impatto delle regole e dei principi propri di questa materia nell'ambito delle azioni risarcitorie promosse a livello nazionale.

In particolare, dopo una breve premessa (§ 2) dedicata alle Sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali e delle Corti di appello italiane, si prenderà sinteticamente in esame la Direttiva Danni ed il suo impatto sul contenzioso risarcitorio in materia antitrust (§ 3). Saranno quindi evidenziati vari profili problematici, in particolare quelli relativi alla vincolatività, per i giudici civili, delle decisioni delle Autorità nazionali garanti della concorrenza ("ANC"), che si aggiunge a quanto già previsto con riguardo ai provvedimenti della Commissione europea (§ 4). Successivamente, verranno illustrate alcune delle principali questioni emerse nell'ambito di un "filone" giurisprudenziale in continua espansione, ossia quello derivante dalle decisioni adottate dalla Commissione europea nel c.d. *Trucks case* (§ 5); infine, si formuleranno brevi riflessioni conclusive (§ 6).

2. Le Sezioni specializzate in materia di impresa delle Corti italiane (e milanesi) ed il *private antitrust enforcement*

Prima di rivolgere l'attenzione alla Direttiva Danni e all'applicazione della nuova normativa nei giudizi risarcitori antitrust, pare opportuno soffermarsi brevemente sull'esperienza delle Sezioni specializzate in materia di impresa, alle quali, ad esito di

Competition, 2006, p. 367 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; W.P.J. WILS, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *World Competition*, 2009, p. 3 ss.; M. TODINO, *Public e private enforcement nell'Unione europea*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del IX Convegno di Treviso (20-21 maggio 2010), Bruxelles-Milano, 2011, p. 153 ss.; B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013; E.A. RAFFAELLI, M. BRICHETTO, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 18-19 aprile 2013*, Napoli, 2014, p. 153 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015; J. DREXL, *The interaction between private and public enforcement in European competition law*, in H.W. MICKLITZ, A. WECHSLER (eds.), *The transformation of enforcement*, London, 2016, p. 135 ss.; M. SIRAGUSA, *Interaction between public and private enforcement of competition law*, in *European competition law annual*, 2016, p. 587 ss.; W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, p. 3 ss.; D. ASHTON, *Competition Damages Actions in the EU*, 2nd ed., Cheltenham, 2018.

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in *GUUE*, L 349 del 5 dicembre 2014, p. 1.

un'evoluzione normativa segnata da diversi passaggi³, il legislatore italiano ha attribuito i giudizi rientranti nel novero del c.d. *private antitrust enforcement*⁴. Tale scelta legislativa – da ritenersi particolarmente “felice”, per le ragioni di cui subito si dirà – risulta, come noto, confermata dal d.lgs. n. 3/2017, di trasposizione della Direttiva Danni, il quale, inoltre, innovando rispetto alla disciplina previgente, concentra la competenza relativa ai predetti giudizi sulle Sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli⁵.

A tale riguardo, si deve rilevare che i Giudici delle Sezioni specializzate delle Corti italiane (in primo grado e in grado di appello) – ivi incluse quelle delle Corti milanesi (Tribunale e Corte d'Appello), sulle quali si concentrano, in particolare, il database “*Giurisprudenza Antitrust Milanese*”⁶ ed il relativo convegno di presentazione – sono non soltanto efficienti, ma anche competenti, preparati ed equilibrati, il che dà molta tranquillità agli avvocati, costituendo innegabilmente un'importante garanzia per i diritti della difesa, tanto degli attori, quanto dei convenuti. Invero, la specializzazione dei Giudici, in particolare nell'ambito delle Sezioni specializzate, comporta numerosi vantaggi, tra i quali si possono ricordare i seguenti: (i) elevata preparazione tecnica dei Giudici; (ii) decisioni più rapide; (iii) tendenziale uniformità e coerenza della giurisprudenza; (iv) prevedibilità delle decisioni; e, dunque, in definitiva, (v) maggiore certezza del diritto.

Ciò nonostante, dispiace notare che, da molto tempo a questa parte, si registra un generalizzato *leitmotiv* relativo all'asserito non funzionamento della giustizia italiana, diffuso non di rado da italiani ed in contesti internazionali. A tale *leitmotiv* ci siamo opposti con fermezza, in tutte le sedi⁷, ogni volta che esso veniva proclamato. E ciò in quanto siamo convinti del fatto che, a dispetto di questi pregiudizi, la giustizia italiana funziona bene, soprattutto per ciò che concerne gli ambiti ai quali gli investitori stranieri sono maggiormente interessati per la tutela dei loro diritti in Italia, come ad esempio il diritto antitrust ed il diritto della proprietà intellettuale e industriale.

È da ritenere, quindi, che il legislatore italiano meriti un plauso per avere saputo sfruttare l'occasione fornita dalla trasposizione nel nostro ordinamento della c.d. Direttiva Danni, con l'adozione del d.lgs. n. 3/2017, per concentrare la competenza relativa al c.d.

³ In merito alla quale cfr., ad esempio, E.A. RAFFAELLI, *The Jurisdiction of Italian Judges in Enforcing Antitrust Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (eds.), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 349 ss.; M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in questo *Fascicolo*, p. 9 ss.

⁴ Ai sensi dell'art. 3, lett. c) e d), del d. lgs. n. 168/2003, si tratta, precisamente, delle controversie di cui all'art. 33, comma 2, della l. n. 287/90 (ossia 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 della medesima l. n. 287/90) e delle controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea.

⁵ Si veda, in particolare, la previsione di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 3/2017, che apporta modifiche all'art. 4 del d.lgs. n. 168/2003.

⁶ Consultabile all'indirizzo internet: <http://gam.eurojus.it>.

⁷ Ad esempio, recentemente, nella relazione “*Private Antitrust Enforcement in Europe after the Damages Directive: The Italian Experience*” presentata all'ultima edizione (11-12 settembre 2019) della *International Antitrust Law and Policy Conference*, svoltasi presso il Fordham Competition Law Institute della Fordham University di New York.

private enforcement del diritto antitrust in capo a tre Sezioni specializzate in materia di impresa, ossia, come anticipato, quelle di Milano, Roma e Napoli⁸.

Con tale riforma, siamo arrivati ad una situazione per molti versi ottimale sotto il profilo della distribuzione della competenza tra Giudici civili in questa materia. Chiaramente, le tre Sezioni specializzate di cui sopra dovranno essere dotate di risorse adeguate per fronteggiare il crescente carico di lavoro, anche in considerazione del fatto che, in base alla l. n. 31/2019 sulla riforma dell'azione di classe, ad esse (così come alle altre Sezioni specializzate italiane) sarà attribuita⁹ un'ulteriore competenza specifica in materia di *class actions*¹⁰.

Vi sarebbe, peraltro, ancora un passo da fare: il riferimento è all'opportunità – segnalata da più parti ed anche dalla stessa Presidente Marina Tavassi in un'intervista recentemente pubblicata sulla rivista *Concurrences*¹¹ – di superare la regola della c.d. “decennialità”, in base alla quale i magistrati non possono restare nello stesso Ufficio per più di dieci anni. Tale regola limita significativamente la valorizzazione delle competenze specialistiche acquisite dai Giudici in ambiti fortemente tecnici e, pertanto, dovrebbe essere rivista. Sarebbe così possibile – anche attraverso l'implementazione di attività formative *ad hoc* – istituire un vero e proprio “corpo” di Giudici specializzati, il cui lavoro potrebbe essere maggiormente riconosciuto, tanto in termini di carriera, quanto sotto il profilo delle statistiche giudiziarie.

3. Riflessioni generali in merito alla Direttiva Danni ed al suo impatto sul contenzioso risarcitorio in materia antitrust

Esaurita la premessa relativa alla competenza in materia di *private antitrust enforcement* nell'ordinamento italiano, pare opportuno svolgere alcune riflessioni generali in merito alla Direttiva Danni ed alla sua incidenza sull'applicazione del diritto della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea¹².

⁸ Parla di “svolta epocale” sotto il profilo della competenza territoriale M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit., a p. 11, la quale valuta la previsione che concentra la competenza su tre sole sedi giudiziarie (art. 18 del d.lgs. n. 3/2017) come «coraggiosa, ed a mio avviso molto opportuna».

⁹ L'entrata in vigore della l. n. 31/2019, inizialmente prevista per il 19 aprile 2020, è stata successivamente rinviata al 19 novembre 2020 (v. art. 7 della l. n. 31/2019, come modificato dal d.l. n. 162/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 8/2020).

¹⁰ Cfr., segnatamente, l'art. 6, comma 1, della l. n. 31/2019, che modifica l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 168/2003. Si noti che, per quanto riguarda le azioni di classe “in materia antitrust”, saranno competenti esclusivamente le tre Sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, dal momento che la competenza ad esse attribuita è espressamente qualificata come inderogabile (art. 4, comma 1-ter, del d.lgs. n. 168/2003, come modificato dall'art. 18 del d.lgs. n. 3/2017).

¹¹ Marina Tavassi: *The development of private enforcement in Italy – The experience of a specialised judge*, Interview conducted by G. BRUZZONE and E.A. RAFFAELLI, in *Concurrences*, n° 4-2019, Art. n° 92001, www.concurrences.com.

¹² In merito alla direttiva 2014/104/UE cfr., senza alcuna pretesa di completezza, EDITORIAL COMMENTS, “*One bird in the hand...*” *The Directive on damages actions for breach of the competition rules*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1333 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Rivista italiana di Antitrust – Italian Antitrust Review*, 2015, 2, p. 45 ss.; M. DE SOUSA E ALVIM, *The new EU Directive on antitrust damages – a giant step forward?*, in *European Competition Law Review*, 2015, p. 245

In proposito, è innegabile che l'introduzione di una disciplina comune agli Stati membri in ordine alle azioni risarcitorie antitrust rappresenti, in linea di principio, una scelta di *policy* sicuramente condivisibile. E ciò anche al fine di superare la situazione di "totale sottosviluppo" del *private enforcement* del diritto antitrust europeo, lucidamente descritta in un noto studio realizzato nel 2004 su richiesta della Commissione europea¹³.

Ciò posto, si deve tuttavia rilevare che i risultati concretamente conseguiti dal legislatore dell'Unione con l'adozione della Direttiva Danni appaiono – purtroppo – piuttosto modesti, per le ragioni che saranno illustrate nel prosieguo. Tale giudizio, che si pone in controtendenza rispetto al *mainstream* dei commentatori o della gran parte di essi¹⁴, è dovuto essenzialmente alla constatazione che l'impatto della direttiva sull'assetto dell'*antitrust enforcement* nell'Unione europea risulta, nella sostanza, "sbilanciato" e ben più limitato di quanto sarebbe stato necessario per garantire la necessaria coerenza del sistema nel suo complesso.

La gestazione della direttiva, come noto, è stata particolarmente lunga e travagliata. A tale riguardo, è appena il caso di ricordare che l'intervento della Commissione europea nell'ambito del *private antitrust enforcement* aveva preso avvio nei primi anni del nuovo

ss.; N. DUNNE, *Courage and compromise: the Directive on Antitrust Damages*, in *European Law Review*, 2015, p. 581 ss.; L. HAASBEEK, *The directive on antitrust damages actions*, in E.A. RAFFAELLI (ed.), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del XI Convegno di Treviso (15-16 maggio 2014), Bruxelles-Milano, 2015, p. 63 ss.; P. HECKER, C. LAVIN, *La directive "private enforcement": un premier bilan mitigé*, in *Journal de droit européen*, 2015, p. 235; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015; E.A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, Torino, 2017, p. 119 ss., spec. p. 142 ss.; M.C. LUCEY, *EU Competition Law Damages Directive: recalibrating the equilibrium between private and public enforcement?*, in *The journal of business law*, 2018, p. 390 ss.; P.L. PARCU, G. MONTI, M. BOTTA (eds.), *Private enforcement of EU competition law: The impact of the Damages Directive*, Cheltenham, 2018. Con particolare riguardo alla trasposizione della direttiva negli Stati membri dell'Unione europea, cfr. F. BIEN *et al.*, *Implementation of the EU Damages Directive into Member State Law*, in *Concurrences*, 2017, 3, p. 1 ss.; B.J. RODGER, M.S. FERRO, F. MARCOS FERNÁNDEZ, *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford, 2018; L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea. Deterrenza, compensazione e tutela della struttura di mercato alla luce della dir. n. 2014/104/UE e della dir. (UE) n. 2019/1*, Torino, 2019.

¹³ Cfr. *Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, predisposto da D. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN su richiesta della Commissione europea, 2004, disponibile all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, spec. p. 11, ove si afferma: «The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment».

¹⁴ Fanno eccezione taluni commenti critici: cfr., ad esempio, S. PEYER, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?*, in M. MARQUIS, R. CISOTTA (eds.), *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, p. 33 ss.; J. BASEDOW, *Damages actions for breach of competition law: The contest between national judiciaries in the EU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 633 ss., spec. p. 650, ad avviso del quale: «The broadly held expectation 15 years ago, that liability for damages for infringements of antitrust law would have a preventative effect and thus benefit competition, has not been realized».

millennio, a seguito dell'impulso dato dalla Corte di giustizia con la famosa sentenza *Courage*¹⁵ del 2001, cui nel 2006 fece seguito l'altrettanto nota sentenza *Manfredi*¹⁶.

In quel contesto, le iniziative della Commissione erano state presentate con grandi proclami da parte dell'allora Commissario europeo alla Concorrenza, Professor Mario Monti, il quale aveva annunciato una vera e propria *sostituzione* – quantomeno parziale – del *public enforcement* con il *private enforcement*. In particolare, Mario Monti – in un discorso tenuto presso l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole (ma anche in altre occasioni) – aveva rimarcato l'importanza delle azioni private per l'applicazione del diritto della concorrenza in Europa, dichiarando tra l'altro che: «private litigants may take action against infringements which the Commission and the national competition authorities would not pursue, or do not have sufficient resources to deal with»¹⁷.

Il riferimento era, chiaramente, alle azioni risarcitorie di tipo *stand-alone*, concepite, in un'ottica di deterrenza, quale valida alternativa al *public enforcement* affidato alle Autorità Antitrust, con particolare riguardo a tutti gli illeciti anticoncorrenziali che queste ultime non perseguono, o perché non lo ritengono necessario (sfruttando, così, il potere discrezionale – sia pure non illimitato – di cui dispongono nella fissazione delle priorità della loro attività di tutela della concorrenza¹⁸), o perché la limitatezza delle risorse disponibili impedisce loro di concentrarsi su tali violazioni¹⁹.

Del resto, come emerge dal Libro verde del 2005²⁰, in quella prima fase la Commissione guardava con particolare attenzione al sistema statunitense, nel quale il *private*

¹⁵ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465. Tra i numerosi commenti, cfr., ad esempio, A.A. ALVIZOU, *Individual Tort Liability for Infringements of Community Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 177 ss.; G.A. CUMMING, *Courage Ltd v. Crehan*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 199 ss.; G. MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *European Law Review*, 2002, p. 282 ss.; O. ODUDU, J. EDELMAN, *Compensatory damages for breach of Article 81*, in *European Law Review*, 2002, p. 327 ss.; B.J. RODGER, *The Interface Between Competition Law and Private Law: Article 81, Illegality and Unjustified Enrichment*, in *The Edinburgh Law Review*, 2002, p. 217 ss.; G. ROSSI, "Take Courage"! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Il Foro italiano*, 2002, c. 90 ss.; W. VAN GERVEN, *Crehan and the Way Ahead*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 269 ss.

¹⁶ Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

¹⁷ M. MONTI, *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, IBA – 8th Annual Competition Conference – Fiesole, 17 settembre 2004, disponibile all'indirizzo internet: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en.

¹⁸ Per quanto riguarda in particolare la Commissione europea, cfr., *ex multis*, la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:517, punti 26 ss., spec. punto 27 e la giurisprudenza ivi citata. In dottrina cfr., tra i molti contributi, W.P.J. WILS, *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement*, in *Particular EU Antitrust Enforcement*, in *World Competition*, 2011, p. 353 ss.

¹⁹ Nella medesima prospettiva cfr., ad esempio, J. BASEDOW, *Damages actions for breach of competition law: The contest between national judiciaries in the EU*, cit., pp. 633-634, che rileva come, nell'Unione europea, le azioni risarcitorie antitrust «are intended to expand the enforcement of competition law by national competition authorities [...] and according to the vision of the European Commission potentially replace it in certain cases altogether» e cita, in proposito, vari passaggi del Libro Verde del 2005, su cui v. la nota seguente.

²⁰ Libro Verde presentato dalla Commissione europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 def, consultabile all'indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282005%290672_/com_c

enforcement rappresenta all'incirca il 90% dell'applicazione del diritto antitrust²¹ ed è composto soprattutto da azioni *stand-alone*, risultando, dunque, largamente sostitutivo del *public enforcement*²².

In realtà, come si è potuto notare negli anni, tra il Libro verde del 2005, il Libro bianco del 2008²³ e il testo definitivo della Direttiva Danni, è venuto meno l'intento di valorizzare realmente il *private enforcement* quale alternativa (almeno parziale) al *public enforcement*.

Invero, i risultati cui si è pervenuti con l'adozione della Direttiva Danni mostrano una realtà ancora lontanissima da quella statunitense, sotto tutti i profili. Se è forse eccessivo sintetizzare l'impatto della Direttiva Danni – come pure è stato fatto – con formule quali

[om%282005%290672_it.pdf](#). Cfr., *ex multis*, C. DIEMER, *The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in *European competition law review*, 2006, p. 309 ss.; J. PHEASANT, *Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's Green paper*, in *European competition law review*, 2006, p. 365 ss.; L. DI GIAMBATTISTA, *Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green paper*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 729 ss.; T. EILMANSBERGER, *The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Common market law review*, 2007, p. 431 ss.

²¹ Cfr., per i relativi riferimenti, G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 183 ss., spec. p. 190. Cfr. inoltre R.H. LANDE, *Introduction: Benefits of private enforcement*, in A.A. FOER, R.M. STUTZ (eds.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States. A handbook*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 1 ss., che illustra gli esiti di uno studio empirico condotto in collaborazione con l'American Antitrust Institute.

²² Non a caso, quindi, gli Stati Uniti sono tradizionalmente ritenuti la "patria" del *private antitrust enforcement*. Per un approfondimento sul punto, anche in raffronto al sistema dell'Unione europea, cfr., *ex multis*, C.A. JONES, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999; D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, in T. MOLLERS, A. HEINEMANN (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge, 2007, p. 434 ss.; H.L. BUXBAUM, *Private enforcement of competition law in the United States – Of optimal deterrence and social costs*, in J. BASEDOW (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 43 ss.; A.A. FOER, R.M. STUTZ (eds.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States. A Handbook*, Cheltenham, 2012; G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit.; A. JONES, *Private enforcement of EU competition law: a comparison with, and lessons from, the US*, in M. BERGSTRÖM, M. IACOVIDES, M. STRAND (eds.), *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Oxford, 2016; E.A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, cit., spec. p. 121 ss.

²³ *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def, disponibile all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_it.pdf. Cfr., ad esempio, R. BECKER, N. BESSOT, E. DE SMIJTER (under the coordination of K. DEKEYSER), *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Atti dell'VIII Convegno di Treviso (22-23 maggio 2008), Bruxelles-Milano, 2009, p. 513 ss.; J. KLOUB, *White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules: plea for a more holistic approach to antitrust enforcement*, in *European competition journal*, 2009, p. 515 ss.; P. NEBBIA, E. SZYSZCZAK, *White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in *European business law review*, 2009, p. 635 ss.; S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del consumo*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement del diritto della concorrenza*, cit., 3 ss.; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel Libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, *ivi*, p. 101 ss.

“molto rumore per nulla”²⁴ o “la montagna ha partorito un topolino”²⁵, occorre tuttavia dare atto del notevole ridimensionamento subito dalle istanze dirette all’affermazione, anche in un’ottica di deterrenza, delle azioni risarcitorie antitrust. Le ragioni sono molteplici e, in questa sede, potranno essere soltanto accennate; in estrema sintesi, può tuttavia osservarsi sin d’ora che la direttiva 2014/104 si inserisce in un sistema nettamente incentrato sul *public enforcement* del diritto della concorrenza e, lungi dal trasformare i tratti fondamentali di tale sistema, si limita a disciplinare alcuni aspetti delle azioni risarcitorie, peraltro tralasciando vari profili significativi.

In tale quadro, a ben vedere, la nuova disciplina persegue quindi, in via preponderante, l’obiettivo di non pregiudicare l’efficace applicazione del diritto antitrust dell’UE da parte della Commissione europea e delle ANC, ossia, come è stato efficacemente osservato, di «non molestare il *public enforcement*»²⁶. Si tratta di un obiettivo che risultava espressamente già dal Libro bianco del 2008, nel quale si leggeva, tra l’altro, che:

«le misure presentate in questo Libro bianco sono concepite per creare un sistema efficace di applicazione delle norme da parte dei privati mediante azioni di risarcimento danni che integrano, ma non sostituiscono o compromettono, l’applicazione di dette norme da parte delle autorità pubbliche»²⁷.

La Direttiva Danni contiene varie previsioni rilevanti in tal senso, quali ad esempio quelle relative alla divulgazione (secondo la terminologia adottata dalla direttiva) o esibizione (per utilizzare il termine scelto dal legislatore italiano in sede di recepimento) di (i) *informazioni* e (ii) *prove* contenute nel fascicolo di una ANC. Con riguardo alle informazioni, l’art. 6, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/104 dispone che i giudici nazionali, nel valutare la proporzionalità di un ordine di divulgazione, debbano considerare, tra l’altro, «se sia necessario salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza»²⁸. Quanto alle prove, al par. 6 dell’art. 6 della direttiva è prevista una protezione assoluta, *inter alia*, per le «dichiarazioni legate ad un programma di clemenza»²⁹,

²⁴ Cfr. S. PEYER, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?*, cit.

²⁵ In tal senso cfr., sia pure in termini dubitativi, P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 75 ss., a p. 77.

²⁶ Così G. BRUZZONE, A. SAJIA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, p. 9 ss., spec. p. 20.

²⁷ *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, cit., p. 3.

²⁸ Cfr., in termini analoghi, l’art. 4, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 3/2017.

²⁹ Cfr. la corrispondente previsione dettata dall’art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 3/2017. Cfr. M. NEGRI, *In dirittura d’arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int’l Lis*, 2014, 2, p. 72 ss., spec. p. 73. Per un’analisi in merito a tali profili, precedentemente all’adozione della direttiva, sia consentito rinviare a E.A. RAFFAELLI, M. BRICHETTO, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, n G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L’applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell’Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trento, 18-19 aprile 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 153 ss. Sul

il che, peraltro, pone significativi problemi di coordinamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che, come noto, nella sentenza *Pfleiderer*³⁰ e ancor più chiaramente nella pronuncia *Donau Chemie*³¹ ha statuito che in questa materia «qualsiasi regola rigida, nel senso sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli»³².

In sostanza, il sistema di *enforcement* del diritto antitrust nell'ambito dell'Unione europea rimane saldamente nelle mani della Commissione europea e delle ANC. Peraltro, è noto che al rafforzamento del *public enforcement* è stato dedicato un recente intervento *ad hoc* del legislatore dell'Unione: la direttiva (UE) 2019/1 (c.d. Direttiva ECN+)³³.

La Direttiva Danni, dunque, non rilancia realmente il *private enforcement* quale efficace alternativa, almeno in parte, al *public enforcement*: non a caso, tale direttiva disciplina attentamente solo le azioni *follow-on* ed è caratterizzata da una totale assenza di previsioni specificamente dedicate alle azioni *stand-alone*, le quali, ove adeguatamente regolate, avrebbero potuto consentire uno sviluppo del *private enforcement* europeo in una prospettiva di deterrenza e di contrasto agli illeciti antitrust, come avviene – lo si è già rilevato – nel sistema statunitense.

Alla luce di quanto precede, incoraggiando quasi esclusivamente le azioni *follow-on*, la direttiva individua un assetto che, a nostro avviso, non è per nulla ottimale, mancando l'obiettivo di pervenire ad un completamento coerente del sistema dell'*antitrust enforcement* a livello europeo.

4. La (problematica) efficacia vincolante delle decisioni della Commissione europea e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza

Tra le previsioni della Direttiva Danni che pongono maggiori problemi – anche, ma non solo, con riguardo al segnalato disequilibrio tra azioni *follow-on* e azioni *stand-alone* – vi è sicuramente la regola della vincolatività, per i giudici nazionali, delle decisioni delle ANC (o del giudice del ricorso, in caso di eventuale impugnazione respinta), introdotta dall'art. 9, par. 1, della direttiva e recepita all'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017, che va ad affiancarsi a quanto già previsto con riferimento alle decisioni della Commissione europea dall'art. 16 del regolamento 1/2003³⁴.

punto, cfr. inoltre A. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 115 ss.

³⁰ Corte giust., 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389.

³¹ Corte giust., 6 giugno 2013, causa C-536/11, *Donau Chemie e a.*, ECLI:EU:C:2013:366.

³² *Ivi*, punto 31. In proposito cfr., ad esempio, E.A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, cit., spec. p. 148 s.

³³ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, in *GUUE*, L 11 del 14 gennaio 2019, p. 3.

³⁴ Previsione che codifica, come noto, la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr., in particolare, le sentenze 28 gennaio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1991:91, e del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689.

La regola in questione limita fortemente la libertà d'azione dei giudici, vincolandoli agli esiti di un accertamento svolto in sede amministrativa, a fini diversi da quelli propri del giudizio risarcitorio civile e senza le garanzie del contraddittorio e dei diritti della difesa previste in sede giurisdizionale³⁵.

Si tratta di un profilo in relazione al quale si è molto discusso; in questa sede, ci si limita a rilevare due aspetti critici.

In primo luogo, sebbene la direttiva contenga previsioni dettagliate in proposito³⁶, i contorni precisi della vincolatività in questione risultano ancora da delineare, tanto per le decisioni delle ANC, quanto per l'ipotesi, prevista da più tempo ma non meno problematica, delle decisioni della Commissione europea. Si pensi, ad esempio, alle decisioni rese all'esito di una procedura di *settlement* svoltasi dinanzi alla Commissione³⁷, ai sensi dell'art. 10-*bis* del regolamento (CE) n. 773/2004³⁸, a maggior ragione nei casi di *settlement* c.d. ibrido o misto, in cui, cioè, soltanto talune imprese coinvolte nel procedimento si avvalgono di una transazione (*settlement*) con la Commissione europea, mentre altre imprese scelgono di addivenire ad una decisione adottata dalla stessa Commissione sulla base del procedimento "ordinario". Con riguardo a tali decisioni, in assenza di norme chiare ed esplicite sul punto, non pochi dubbi si pongono in merito all'applicabilità o meno della disciplina prevista per le decisioni di condanna rese all'esito di un procedimento "ordinario".

³⁵ Per alcuni commenti critici relativi alla disciplina già prevista dall'art. 16 del regolamento n. 1/2003, sia consentito rinviare a E.A. RAFFAELLI, *L'applicazione del diritto antitrust comunitario tra giudici nazionali e Commissione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 645 ss.; ID., *L'application concurrente du droit communautaire de la concurrence par les juges nationaux et la Commission européenne*, in *Pour une justice économique efficiente en Europe: enjeux et perspectives d'une harmonisation – Actes du colloque CREDA – UAE* (Paris, 4 décembre 2007), Bruxelles, 2009, p. 175 ss.; ID., *National Judges and the Application of Regulation 1/2003: Remarks and Proposals*, in *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute – International Antitrust Law & Policy*, New York, 2011, p. 237 ss. In ordine ai problemi connessi agli effetti di decisioni amministrative, in materia antitrust, davanti ai giudici civili, cfr. inoltre, *ex multis*, P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 97 ss., spec. p. 104 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 126 ss., ad avviso della quale «l'eventuale efficacia probatoria della decisione amministrativa [...] non potrà essere quella massima spettante alla prova legale» (*ivi*, p. 147), dovendosi pertanto ritenere che «il provvedimento amministrativo di diffida o sanzione possa valere unicamente come elemento sussidiario o di ricalzo, inidoneo da solo a sorreggere il giudizio di illiceità antitrust», sicché «la decisione amministrativa finirà per rivestire concretamente il rilievo di "guida", beninteso non vincolante» (*ivi*, p. 153).

³⁶ Cfr. il considerando n. 34, il cui testo è stato ripreso – e sviluppato – nell'ultimo periodo dell'art. 7, primo comma, del d.lgs. n. 3/2017, ai sensi del quale la vincolatività delle decisioni dell'AGCM «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».

³⁷ Ovvero dinanzi alle ANC, per gli Stati membri in cui essa è prevista, tra i quali, come noto, non rientra l'Italia.

³⁸ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE (in *GUUE*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18), come modificato, in particolare, dal regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli (in *GUUE*, L 171 del 1° luglio 2008, p. 3). Cfr. inoltre la Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli (in *GUUE*, C 167 del 2 luglio 2008, p. 1), come modificata nel 2015 (*GUUE*, C 256 del 5 agosto 2015, p. 2).

In secondo luogo, la regola della vincolatività posta dall'art. 9, par. 1, della direttiva (e, per l'Italia, dall'art. 7, primo comma, del d.lgs. n. 3/2017) è suscettibile di sollevare, negli ordinamenti di vari Stati membri (sicuramente in quello italiano), delicati problemi di compatibilità con alcuni principi costituzionali fondamentali, peraltro già rilevati in passato con riferimento alla previsione di cui all'art. 16 del regolamento (CE) n. 1/2003³⁹.

Invero, è appena il caso di ricordare che tanto la Commissione europea nel suo ruolo di *public enforcer* del diritto europeo della concorrenza, quanto l'AGCM, per ciò che concerne l'ordinamento italiano, non sono certo soggetti terzi, imparziali e neutrali, bensì vere e proprie "parti" incaricate di perseguire un interesse specifico, ossia l'individuazione e la repressione delle violazioni del diritto della concorrenza. Con riferimento all'AGCM, si trova una recente conferma di quanto appena detto nella sentenza con cui la Corte costituzionale ha negato a tale Autorità la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale (essendo questa riservata ai "giudici"), proprio in considerazione dell'assenza del requisito della *terzietà*⁴⁰. Ciò in quanto l'AGCM «è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato [...], e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»⁴¹; inoltre, tale Autorità è parte resistente nel processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, il che mostra la natura discrezionale del potere ad essa attribuito. Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale sembrano pacificamente applicabili, *mutatis mutandis*, anche alla Commissione europea, la quale, pur essendo un'istituzione dell'Unione incaricata di perseguire l'interesse generale⁴², nel settore della concorrenza svolge un ruolo ispirato a interessi e obiettivi ben precisi, talché non appare possibile qualificarla come imparziale.

Inoltre, anche lo stesso requisito dell'*indipendenza* delle Autorità Antitrust⁴³ rischia – non soltanto in linea teorica – di essere messo in discussione.

Si pensi a quanto è avvenuto nell'estate 2019 in Grecia, dove la nuova maggioranza politica ha approvato una legge relativa ai conflitti di interesse che, con efficacia retroattiva, impedisce agli ex consiglieri governativi di essere assunti come alti funzionari delle autorità nazionali di regolamentazione. In applicazione di tale legge, diversi membri dell'Autorità

³⁹ Oltre ai contributi citati *supra* alla nota 35, si veda, ad esempio, quanto già rilevato a suo tempo da N. ZANON, *Fonti comunitarie, indipendenza funzionale del giudice italiano e "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004, disponibile all'indirizzo internet: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/108.pdf, cui fece seguito la risposta di A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo?*, *ivi*, disponibile all'indirizzo internet: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/109.pdf.

⁴⁰ Corte costituzionale, sent. n. 13/2019.

⁴¹ *Ivi*, punto 8 del *considerato in diritto*.

⁴² Come espressamente previsto dall'art. 17, par. 1, TUE.

⁴³ In merito al quale cfr., ad esempio, F. JENNY, *Competition authorities: independence and advocacy*, in I. LIANOS, D.D. SOKOL (eds.), *The global limits of competition law*, Stanford, 2012, p. 158 ss.; G. MONTI, *Independence, interdependence, and legitimacy: the EU Commission, national competition authorities, and the European competition network*, in D. RITLÉNG (ed.), *Independence and legitimacy in the institutional system of the European Union*, Oxford, 2016, p. 180 ss.; W.P.J. WILS, *Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States*, in *World Competition*, 2019, p. 149 ss.

della Concorrenza greca (in particolare, il Presidente, Vassiliki Thanou, la sua vice Anna Nakou e gli alti funzionari Nikolaos Zevgolis e Ioannis Pavlovic) sono stati licenziati.

Tale “colpo di mano”, del quale non si è parlato abbastanza sugli organi di stampa e/o sulle riviste e sui siti internet di settore, costituisce un chiaro attentato all’indipendenza dei membri di una ANC e desta notevole preoccupazione. Esso si pone in contrasto, in primo luogo, con la già citata direttiva (UE) 2019/1 – il cui termine di trasposizione verrà a scadere il 4 febbraio 2021⁴⁴ – ed in particolare con il suo art. 4, par. 2, ai sensi del quale:

«Gli Stati membri garantiscono in particolare almeno che il personale e le persone che adottano le decisioni nell'esercizio dei poteri di cui agli articoli da 10 a 13 e all'articolo 16 della presente direttiva in seno alle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza [...] siano in grado di svolgere i loro compiti ed esercitare i loro poteri ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne».

In secondo luogo, l’intervento normativo in questione contrasta altresì con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di indipendenza delle autorità nazionali, ad esempio con la sentenza *Commissione c. Ungheria* dell’8 aprile 2014⁴⁵.

La vicenda di cui sopra mostra, in sintesi, come le Autorità Antitrust siano non soltanto soggetti non imparziali “per definizione”, ma altresì, almeno in alcuni casi, esposti al rischio di ingerenze che potrebbero minarne un requisito cardine quale è quello dell’indipendenza.

Alla luce di quanto precede, nella misura in cui le citate previsioni del regolamento n. 1/2003, della Direttiva Danni e del d.lgs. n. 3/2017 vincolano il giudice del risarcimento al rispetto di provvedimenti adottati da organi non imparziali, di carattere non giurisdizionale (Commissione europea, ANC), senza lasciare alcun margine di scostamento dagli accertamenti compiuti in tali sedi, pare configurabile, per quanto riguarda i principi

⁴⁴ Art. 34, par. 1, della direttiva (UE) 2019/1.

⁴⁵ Corte giust., 8 aprile 2014, causa C-288/12, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2014:237, nella quale la Corte, pronunciandosi in ordine ad un caso riguardante un’autorità ungherese competente nel settore della tutela dei dati personali, ha chiarito che: «L’indipendenza di cui devono godere le autorità di controllo competenti per la protezione dei dati personali esclude, in particolare, qualsiasi imposizione e ogni altra influenza esterna di qualunque forma, sia diretta che indiretta, che possano orientare le loro decisioni e che potrebbero quindi rimettere in discussione lo svolgimento, da parte di dette autorità, del loro compito, consistente nello stabilire un giusto equilibrio tra la protezione del diritto alla vita privata e la libera circolazione dei dati personali. Tuttavia, l’indipendenza funzionale non è sufficiente, da sola, per preservare le autorità di controllo da qualsiasi influenza esterna. A tale proposito, il solo rischio che le autorità responsabili di uno Stato possano esercitare un’influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime. Orbene, se fosse consentito ad ogni Stato membro porre fine al mandato di un’autorità di controllo prima del relativo termine inizialmente previsto della stessa senza rispettare le norme e le garanzie prestabilite a tal fine dalla legislazione applicabile, la minaccia di una tale cessazione anticipata incombente su detta autorità durante l’intero esercizio del suo mandato potrebbe condurre ad una forma di obbedienza al potere politico in capo alla stessa, incompatibile con detto requisito di indipendenza. Inoltre, in una tale situazione, non potrebbe ritenersi che l’autorità di controllo possa agire, in ogni circostanza, al di sopra di qualsivoglia sospetto di parzialità».

costituzionali propri dell'ordinamento italiano, la possibile violazione: (a) del diritto alla difesa sancito dall'art. 24, secondo comma, Cost.; (b) del principio della soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e di quello dell'indipendenza della magistratura ex art. 104, primo comma, Cost.; (c) del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.⁴⁶.

Si tratta di temi che dovrebbero essere affrontati e risolti il prima possibile: da più parti si auspica che i citati aspetti critici vengano sottoposti alla Corte di giustizia, tramite rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, e/o alla Corte costituzionale, con un incidente di costituzionalità, affinché i giudici di merito e gli interpreti in generale possano avere indicazioni chiare in relazione alle spinose problematiche di cui si è detto. È infatti concreto il rischio – in una fase in cui la teoria dei controlimiti, come ha dimostrato la nota vicenda *Taricco*⁴⁷, sembra non costituire più un'ipotesi di scuola – che tali questioni conducano a momenti di conflittualità tra ordinamenti, rendendo quindi particolarmente opportuno l'intervento dei supremi organi giurisdizionali dell'Unione e nazionali, in un'ottica di proficua collaborazione, in modo da garantire una tutela adeguata e armoniosa di tutti gli interessi in gioco.

5. La prassi giurisprudenziale: in particolare, le azioni *follow-on* basate sulle decisioni della Commissione europea nel c.d. 'Trucks case'

Passando all'esame della prassi giurisprudenziale, è da notare che l'entrata in vigore della Direttiva Danni – nonché, successivamente, del relativo decreto di attuazione a livello nazionale – ha dato luogo ad un incremento complessivo delle azioni risarcitorie antitrust promosse davanti ai giudici italiani. Ciò, peraltro, pare essere il frutto, più che delle innovazioni introdotte dalla nuova normativa, della maggiore conoscenza, da parte degli operatori e dei consumatori, in merito alla possibilità di esperire tali azioni risarcitorie dinanzi al giudice ordinario⁴⁸.

⁴⁶ Nello stesso senso cfr., da ultimo, M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit., p. 27, la quale rileva che (ad esempio) con i principi costituzionali indicati nel testo «sembra contrastare l'indicazione della vincolatività adottata dalla direttiva»; nonché, in precedenza, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato*, in *Le Società*, 2014, p. 784 ss., spec. p. 787 s. Cfr. inoltre le considerazioni critiche svolte da G. MUSCOLO, *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 287 ss., spec. p. 289. In precedenza, con riferimento al Libro Bianco, cfr. i forti dubbi espressi – in merito alla compatibilità con i Trattati dell'Unione e con la Costituzione italiana della vincolatività delle decisioni delle ANC per i giudici nazionali investiti delle cause di risarcimento dei danni antitrust – da S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del consumo*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE, (a cura di), *Il private enforcement del diritto della concorrenza*, cit., p. 3 ss., spec. p. 25 ss. Un ulteriore profilo di incompatibilità della normativa in esame potrebbe porsi, infine, con riguardo all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce, tra l'altro, il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata, tra l'altro, «da un giudice indipendente».

⁴⁷ Sulla quale, come noto, la bibliografia è vastissima: cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume a cura di C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

⁴⁸ In termini analoghi cfr. M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit., p. 28.

Un ulteriore stimolo del *private antitrust enforcement* potrebbe derivare altresì dalla pronuncia della Corte di cassazione nota come “sentenza *Cargest*”⁴⁹, con la quale la Suprema Corte, fondandosi tra l’altro sulla Direttiva Danni, prima ancora che fosse spirato il relativo termine di trasposizione, ha sollecitato i giudici di merito ad una:

«interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all’obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza [...], 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 regolamento Ce 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 regolamento Ce 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».

Tali sollecitazioni della Corte di cassazione, peraltro, sono risultate di non semplice applicazione concreta in più di un caso, attesa la difficoltà, per il giudice di merito, di colmare con i propri poteri istruttori quelle che in diversi casi si rivelano essere vere e proprie lacune probatorie da parte degli attori, ad esempio con riguardo alla definizione del mercato rilevante⁵⁰.

⁴⁹ Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, *Comi e a. c. Cargest*, in *Foro it.*, I, c. 2742, con nota di M. CASORIA, R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*; tra i commenti a tale sentenza, cfr. inoltre L. CALZOLARI, *The role of national judges in antitrust litigation in the light of the antitrust damages’ directive (or the “indirect effects” of directives before the lapse of the implementation period, according to the Corte di Cassazione)*, in *Eurojus.it*, 7 luglio 2015; M. CASORIA, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l’ostacolo?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, p. 337 ss.; C. NOTO, *The Italian Supreme Court’s “Pre-emptive strike” in the Implementation of the Damages Directive*, in *Rivista Italiana di Antitrust – Italian Antitrust Review*, 2015, 2, p. 118 ss.; G. SCOCCINI, F. BRUNO, *The Italian Supreme Court applies the principles of Directive 2014/104/EU in favour of claimants in a stand-alone case concerning an abuse of dominant position (Cargest)*, 4 June 2015, in *e-Competitions Bulletin*, June 2015, Art. N° 76416.

⁵⁰ In tal senso si veda, ad esempio, Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa “A”, sentenza del 13 aprile 2016, *Arslogica Sistemi c. IBM Italia* (pres. Tavassi; giud. rel. Marangoni), in *Rivista di diritto industriale*, 2017, II, p. 368 ss., con nota di G. SCOCCINI, disponibile [a questo link](#). In tale caso, il Tribunale ha rilevato l’estrema sommarietà dell’allegazione di Arslogica, non essendo stati effettivamente delineati gli elementi che concorrerebbero a determinare, nel caso di specie, l’asserita posizione dominante di IBM. Il Collegio, sul punto, ha innanzitutto citato la sentenza *Cargest*, richiamando la necessità di un’interpretazione delle norme processuali in senso “funzionale” all’attuazione del diritto della concorrenza. Successivamente, il Tribunale ha affermato che, nel caso di specie, Arslogica non ha adempiuto «con sufficiente chiarezza e univocità all’onere – sia pure attenuato – su di essa incombente di delineare gli elementi fondativi della dedotta posizione dominante della convenuta, con particolare riferimento alla concreta e definita individuazione quantomeno dello specifico mercato cui dovrebbe collocarsi la specifica posizione attribuita ad IBM ITALIA s.p.a.». In particolare, la genericità delle allegazioni di Arslogica avrebbe

Pare utile rilevare, altresì, che lo scenario attuale sarà oggetto di ulteriori mutamenti nei prossimi mesi, segnatamente in seguito all'entrata in vigore della riforma della *class action* (l. n. 31/2019), la quale, come già accennato, detta una nuova disciplina in merito alle azioni di classe, che sarà applicabile alle condotte poste in essere successivamente al 19 novembre 2020⁵¹. Per effetto di tale riforma, sarà possibile raccogliere in un unico giudizio iniziative che attualmente sono portate avanti in ordine sparso, mediante una *class action* che potrà essere promossa non più soltanto da consumatori, ma da qualsiasi soggetto, inclusi gli imprenditori, le società, etc.

A ciò si aggiunge l'introduzione della possibilità di aderire all'azione anche a seguito della sentenza di merito: in tal modo, viene in un certo qual modo snaturato il sistema dell'*opt-in*, nel senso che l'entità della classe rimane indefinita per lungo tempo, con tutte le conseguenze che ne derivano – per le imprese convenute – in termini di incertezza sul piano contabile-finanziario, nonché in ordine alla difficoltà di pervenire a soluzioni transattive in mancanza di dati certi relativi agli importi oggetto di contestazione.

Si tratta di novità che avranno un impatto certamente non secondario sul contenzioso risarcitorio in materia antitrust: ad oggi, la “parcellizzazione” delle azioni – che è di fatto imposta con riguardo agli attori che non rientrano nella categoria dei consumatori o utenti, ma si verifica anche al di fuori di tali ipotesi, considerato l'insuccesso sul piano pratico dell'attuale *class action* – crea, in questo settore, particolari problemi. Invero, soprattutto nei casi di azioni *follow-on* che traggono origine da provvedimenti sanzionatori aventi un impatto su un ampio novero di soggetti, tale parcellizzazione può indurre le parti ed il Giudice a focalizzarsi sul caso singolo, rischiando, così, di perdere la visione d'insieme relativa al contesto generale.

In questa situazione, può accadere, tra l'altro, che pronunce adottate in altri Stati membri vengano richiamate dagli attori in modo strumentale e distorto, senza tenere conto delle peculiarità e delle specificità, anche fattuali, proprie di ciascun giudizio.

Le problematiche appena evidenziate sono emerse in diversi casi: ad esempio, recentemente, nelle numerose cause risarcitorie *follow-on* che traggono origine dal c.d. “*Trucks case*”, nell'ambito del quale la Commissione europea ha inflitto sanzioni senza precedenti ai principali produttori di autocarri (per un totale di circa 3,81 miliardi di Euro), ad esito di un procedimento di *settlement* c.d. ibrido o misto⁵².

costretto il Collegio ad individuare autonomamente il mercato rilevante, operazione che tuttavia «esorbiterebbe in maniera evidente dai pur ampi poteri officiosi» riconosciuti dalla citata giurisprudenza della Cassazione. Il Tribunale ha dunque respinto tale domanda di Arslogica, unitamente alle altre, accogliendo parzialmente le domande svolte da IBM in via riconvenzionale e condannando Arslogica al rimborso delle spese di giudizio. Nello stesso senso, più di recente, cfr. altresì Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa “A”, sentenza del 23 aprile 2018, *Dari Medical c. F. Hoffmann - La Roche* (pres. Marangoni; giud. rel. Perrotti), in *Giurisprudenza Antitrust Milanese*, a [questo link](#).

⁵¹ Ossia successivamente alla data per la quale è prevista l'entrata in vigore della l. n. 31/2019: v. *supra*, nota 9.

⁵² In particolare, una delle imprese oggetto del procedimento (Scania) ha deciso, diversamente dalle altre imprese coinvolte, di non addivenire ad un *settlement* con la Commissione, venendo quindi sanzionata ad esito di un procedimento “ordinario”: cfr. le due diverse decisioni della Commissione europea del 19 luglio 2016 e del 27 settembre 2017, case AT.39824, *Trucks*, <http://ec.europa.eu/competition>. Si noti che la decisione

Le iniziative risarcitorie intraprese nell'ambito del *Trucks case* contemplano non soltanto il promovimento di azioni "collettive"⁵³ dinanzi alle corti italiane, da parte di gruppi anche molto numerosi di pretesi danneggiati, sovente coordinati da associazioni di categoria, ma altresì la raccolta di *claim* risarcitori per il tramite di organizzazioni che si propongono di far valere in giudizio, in via unitaria, i diritti risarcitori del maggior numero possibile di soggetti (ad esempio, mediante cessioni dei rispettivi crediti risarcitori). E ciò, non di rado, promettendo risultati più soddisfacenti grazie alla scelta di agire dinanzi a giurisdizioni di altri Stati membri (ad esempio, i Paesi Bassi) ritenute maggiormente favorevoli alle istanze degli attori; il che, com'è evidente, sottende un serio e preoccupante rischio di *forum shopping* tra i diversi Paesi membri dell'Unione europea, oltre a contrastare in pieno con le finalità della Direttiva Danni⁵⁴.

In questo quadro, ogni controversia, anche la meno rilevante sotto il profilo dell'entità dei danni lamentati, assume, per l'impresa convenuta, sostanzialmente il medesimo valore. La causa – ogni causa – va dunque istruita con cura e il Giudice dovrà raccogliere tutti gli elementi per verificare, tra l'altro, l'effettiva vincolatività della decisione sanzionatoria allegata (nel caso di azioni *follow-on*), in particolare nelle ipotesi di decisioni rese all'esito di procedure peculiari quali quelle di *settlement*, nonché l'eventuale sussistenza del danno e del nesso causale, effettuando la quantificazione del danno, se del caso, con l'ausilio del consulente tecnico.

Scorciatoie al riguardo sarebbero dannose, poiché produrrebbero conseguenze suscettibili di ripercuotersi in molte altre cause.

In tale prospettiva – oltre che alla luce dell'entusiasmo, talora affrettato o troppo "facile", suscitato dalla nuova disciplina – sembra potersi leggere la prassi, affermatasi di recente, di promuovere giudizi risarcitori antitrust avvalendosi del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. (consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite): procedimento che, come è noto, demanda ad un consulente tecnico l'accertamento e la determinazione di crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Tale procedimento presuppone, tuttavia, che la decisione della controversia non richieda la preventiva soluzione di questioni giuridiche complesse e/o l'accertamento di fatti che esulano dall'ambito dell'indagine di natura tecnica affidata al CTU. In presenza di tali profili, le relative valutazioni non possono che spettare al Giudice, il quale, invece, svolge un ruolo del tutto marginale nel procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c.

Questa è indubbiamente la situazione che si verifica nelle ipotesi di azioni altamente complesse quali quelle promosse per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da infrazioni del diritto della concorrenza.

del 27 settembre 2017 è stata oggetto di impugnazione da parte di Scania: il giudizio è attualmente pendente dinanzi al Tribunale dell'Unione europea (causa T-799/17, *Scania e a. c. Commissione*).

⁵³ Ossia di azioni ordinarie promosse da una pluralità di attori, non essendo possibile ricorrere all'attuale *class action* per gli acquirenti di autocarri, i quali non rientrano nella categoria dei consumatori o utenti.

⁵⁴ V. in particolare l'art. 1, par. 1, della Direttiva Danni, ove è previsto che tale atto: «stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione».

Ciò nonostante, alcune corti italiane hanno dato seguito ai tentativi, da parte di taluni pretesi danneggiati, di avvalersi dell'istituto processuale *de quo* in ambito antitrust, fondandosi sulla vincolatività delle decisioni della Commissione e dell'AGCM (aspetto sul quale ci si è già soffermati⁵⁵) nonché sulla presunzione (peraltro relativa) che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno⁵⁶.

Altre corti, invece, hanno ritenuto le azioni risarcitorie antitrust promosse ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. assolutamente inammissibili, reputando insufficiente il mero richiamo ad una decisione di condanna, adottata dalla Commissione europea, al fine di individuare tutti gli aspetti del profilo di responsabilità risarcitoria dedotto, «risultando ancora da affrontare e definire i limiti effettivi e la portata degli accertamenti eseguiti in sede europea quanto agli effetti delle condotte anticoncorrenziali accertate ed all'esistenza di danno ad essa riconducibili sotto il profilo causale»⁵⁷. I citati elementi, invero, devono necessariamente essere affrontati nel pieno sviluppo del contraddittorio tra le parti e, dunque, in sede di giudizio ordinario di merito. E ciò a maggior ragione nei casi che implicano la soluzione di questioni giuridiche di particolare complessità: si pensi, ad esempio, al citato caso dei *Trucks*, caratterizzato dall'adozione di due distinte decisioni della Commissione europea, all'esito di una procedura di *settlement* c.d. ibrida o mista, nel senso che, come si è anticipato, talune imprese coinvolte nel procedimento si sono avvalse di una transazione (*settlement*) con la Commissione europea, mentre un'altra impresa ha preferito addivenire ad una decisione adottata dalla stessa Commissione sulla base del procedimento "ordinario". Ma difficoltà altrettanto serie possono porsi, nell'ambito delle azioni risarcitorie antitrust, anche sotto il profilo fattuale, ad esempio nelle ipotesi di mercati e prodotti che presentino specifiche peculiarità, come avviene, ancora una volta, nel *Trucks case*, dal momento che gli autocarri sono beni altamente personalizzati ed eterogenei, rispetto ai quali si rende quindi necessaria una valutazione specifica per ogni singolo prodotto venduto⁵⁸.

Si noti, peraltro, che nel caso dei *Trucks* la condotta oggetto delle decisioni della Commissione non è un cartello, bensì un mero scambio di informazioni riguardante essenzialmente prezzi lordi⁵⁹, in un settore nel quale gli sconti applicati dai produttori ai

⁵⁵ V. *supra*, par. 4.

⁵⁶ Cfr. l'art. 17, par. 2, della Direttiva Danni e l'art. 14, secondo comma, del d.lgs. n. 3/2017.

⁵⁷ Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa "A", ord. 10 maggio 2019, *Torchiani / Tecnofoodpack / Iveco*, est. Pres. Marangoni. Per un commento, cfr. C. FRASCOLI, *The Milan Court provides guidance on the application of the Italian Code of Civil Procedure to a private enforcement action following the decision of the EU Commission imposing fines on a truck cartel (Torchiani / Tecnofoodpack / Iveco)*, in *e-Competitions Bulletin*, maggio 2019, N° 90916, disponibile all'indirizzo internet: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/may-2019/the-milan-court-provides-guidance-on-the-application-of-the-italian-code-of>.

⁵⁸ In tal senso cfr. quanto affermato dalla stessa Commissione europea, in particolare, al punto 26 della decisione resa il 19 luglio 2016 proprio nel caso in esame: «Trucks are not commodity products but are specified according to individual customer requirements and are inherently complex. All of the Addressees offer a range of trucks and hundreds of different options and variants».

⁵⁹ Si vedano le chiare affermazioni contenute nella recente sentenza del Tribunale di Nürnberg-Fürth (Germania), del 20 febbraio 2020, nel caso 19 O 1269/19, ove si evidenzia che lo scambio di informazioni in questione è strutturalmente diverso dai cartelli di prezzo e si nota, tra l'altro, (i) che i partecipanti a tale scambio di informazioni erano liberi di fissare i rispettivi prezzi e (ii) che lo scambio aveva ad oggetto soltanto prezzi lordi, i quali sono molto diversi da quelli netti nel settore in esame.

rivenditori sono variabili e, potenzialmente, molto elevati; pertanto, risulta estremamente difficile dedurre i prezzi finali da informazioni riguardanti prezzi lordi. Alla luce di ciò, le azioni risarcitorie promosse nell'ambito del citato caso dei *Trucks* incontrano particolari difficoltà nello stabilire una chiara relazione tra le informazioni scambiate dai *truck manufacturers* in merito ai prezzi lordi e i prezzi finali applicati agli acquirenti⁶⁰. Si tratta, dunque, di cause particolarmente complesse.

Per ragioni non dissimili da quelle poste a fondamento del predetto provvedimento del Tribunale di Milano, non pare condivisibile, almeno in linea generale, nemmeno un'altra scelta processuale talvolta riscontrata nella prassi, ossia quella, compiuta da alcuni Giudici italiani nell'ambito di cause risarcitorie antitrust, di sottoporre alle parti una proposta conciliativa ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c. Invero, il fatto che tra i presupposti di tale strumento processuale vi sia l'«esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto» si scontra, ancora una volta, con l'intrinseca complessità del contenzioso risarcitorio antitrust, nel quale l'accertamento, caso per caso, degli eventuali effetti espliciti in concreto dalle condotte sanzionate e la quantificazione dei danni richiedono la soluzione di questioni, di fatto e di diritto, tutt'altro che facili, nonché, nella quasi totalità dei casi, l'ausilio di esperti economisti⁶¹.

Molto importanti sono altresì, sempre nell'ambito della recente giurisprudenza relativa al *Trucks case*, i provvedimenti della Sezione Specializzata in materia di Impresa "A" del Tribunale di Milano in tema di applicazione dell'art. 11 della Direttiva Danni e dell'art. 9 del d.lgs. n. 3/2017. Tali previsioni, rubricate "Responsabilità in solido" enfatizzano il fatto che i danneggiati possano citare in giudizio uno solo dei soggetti che hanno agito asseritamente in violazione della normativa antitrust, in modo tale da ottenere il risarcimento da parte di un unico soggetto, il quale, solo in una fase successiva, potrà rivalersi, *pro quota*, sugli altri partecipanti alla condotta contestata.

Forti di queste disposizioni, gli attori pretesi danneggiati, in molte giurisdizioni, procedono contro uno solo dei destinatari della decisione (in Italia, essi agiscono nei confronti dell'impresa avente sede sul territorio nazionale), pur facendo valere l'acquisto di camion prodotti da più *truck manufacturers* (in molti casi, da tutte le imprese destinatarie delle decisioni della Commissione europea), nel tentativo di velocizzare il giudizio.

⁶⁰ In ordine a tale profilo si veda, ad esempio, la sentenza della Corte d'Appello di Düsseldorf (Germania), del 6 marzo 2019, nel caso 8 O 24/17, secondo la quale non si può presumere che lo scambio di informazioni in questione abbia avuto alcun effetto sui prezzi direttamente negoziati tra l'acquirente finale ed un terzo, ad esempio il rivenditore.

⁶¹ In tal senso cfr., *ex multis*, G. MUSCOLO, *La liquidazione del danno: alcune questioni in tema di prova*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Atti del X Convegno di Treviso (17-18 maggio 2012), Bruxelles-Milano, 2013, p. 53 ss., spec. p. 58 ss.; ID., *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 339 ss., spec. 340 ss. In precedenza, sul punto, cfr. G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, spec. p. 65 ss. Con specifico riguardo al *private antitrust enforcement* statunitense, cfr. inoltre J. LANGENFELD, G.G. WROBEL, M.J. WATERS, *Economic experts*, in A.A. FOER, R.M. STUTZ (eds.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States. A handbook*, cit., p. 211 ss.

Si tratta, tuttavia, di un *modus procedendi* poco avveduto in tutte le situazioni in cui i beni oggetto delle condotte asseritamente contrarie alla normativa antitrust sono beni complessi, altamente personalizzabili, differenti tra loro, oltre che differenti da marca a marca e da modello a modello, il che è esattamente quanto avviene, come già rilevato, nel caso di specie. Invero, non è pensabile che, nel quadro di azioni riguardanti imprese produttrici di beni di tal fatta, una sola tra le imprese sanzionate possa difendersi anche con riguardo ai prodotti venduti da altri destinatari delle decisioni rilevanti.

Quanto precede è stato confermato da un provvedimento della Sezione specializzata in materia di Impresa “A” del Tribunale di Milano⁶² con il quale è stata autorizzata la chiamata in causa, da parte della sola impresa originariamente convenuta in giudizio, di tutte le altre imprese produttrici dei vari autocarri in relazione ai quali gli attori avevano richiesto gli asseriti danni.

In tale provvedimento si afferma, in primo luogo, che «non si può escludere un aggravio – *rectius*, una compressione – nell’esercizio del diritto di difesa» dell’impresa convenuta «ove non fosse consentita la chiamata in causa – rispetto ai singoli acquisti effettuati dalle danneggiate – delle rispettive Case di Produzione», e ciò in considerazione delle peculiarità dei prodotti, del mercato e delle condotte in questione, come riconosciuto dalla stessa Commissione europea nella sua decisione del 19 luglio 2016. In secondo luogo, il Tribunale ha rilevato che: «nell’ipotesi di mancata estensione della lite ai terzi, nelle successive azioni di regresso promosse dall’odierna convenuta in qualità di solvens, gli altri condebitori sarebbero liberi di proporre tutte le eccezioni – eventualmente non note in questa sede [alla convenuta] – idonee a paralizzare la pretesa [della convenuta] stessa in ordine all’esistenza e all’ammontare del credito, anche in relazione a quanto già accertato in questo giudizio, non esteso agli altri consorti». In terzo luogo, nel provvedimento si osserva che: «la mancata chiamata di soggetti terzi solo apparentemente risponderebbe a ragioni di economia processuale, avuto riguardo alla limitata ottica della presente lite, senza una ponderazione complessiva del contenzioso e delle ricadute sull’Ufficio dei numerosi giudizi di regresso», in considerazione delle difficoltà derivanti – in caso di mancata autorizzazione della chiamata di terzi – dall’eventuale necessità (i) di espletare una CTU presso soggetti terzi rimasti estranei alla lite (tutti aventi sede all’estero) nonché (ii) di svolgere nei giudizi di regresso complesse istruttorie che in tutto o in parte riprodurrebbero accertamenti già svolti nel giudizio promosso nei confronti dell’impresa originariamente convenuta in giudizio.

Appare chiaro, in definitiva, che la previsione generale relativa alla responsabilità in solido delle imprese sanzionate non può non essere applicata tenendo conto della specificità di ciascun caso, pena l’aggravio dei tempi e dei costi complessivi del contenzioso risarcitorio, nonché la significativa compressione dei diritti di difesa dell’impresa convenuta.

⁶² Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa “A”, ordinanza dell’8 aprile 2018, est. Zana.

6. Considerazioni conclusive

Come emerge, tra l'altro, dalle osservazioni svolte e dalle rilevanti questioni interpretative menzionate nelle pagine che precedono, la Direttiva Danni ha introdotto una disciplina che, da un lato, non affronta taluni aspetti di assoluto rilievo e lascia irrisolti numerosi dubbi; dall'altro lato, non incide in modo efficace sull'assetto complessivo del sistema di *enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Sotto il primo profilo, la direttiva 2014/104 trascura vari elementi che, invece, sarebbe stato necessario disciplinare, quali, a titolo esemplificativo:

- un meccanismo di vera e propria *discovery*, analoga a quella prevista nell'ordinamento degli Stati Uniti, ove tale strumento è particolarmente efficace ed utile per gli attori (mentre la *disclosure* introdotta dalla direttiva è soggetta a condizioni e limiti eccessivamente stringenti perché possa produrre effetti davvero significativi);
- una regola meno rigida, ed ispirata ad un criterio di ragionevolezza, in merito all'accesso ai documenti e alle prove contenute nel fascicolo delle Autorità Antitrust nei casi di *leniency* (superando, quindi, il divieto assoluto attualmente posto dalla direttiva⁶³);
- eventualmente, previsioni che assicurino incentivi per i legali che assistono gli attori nelle cause risarcitorie antitrust, atteso che questo profilo riveste un'importanza non secondaria, ad esempio, negli Stati Uniti;
- la possibilità di aperture ad ipotesi di *punitive damages*, in particolare per le azioni di tipo *stand-alone*;
- norme comuni, a livello europeo, in tema di azioni collettive, dal momento che sotto questo profilo le divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri sono molto significative e rischiano di produrre discriminazioni all'interno dell'Unione europea.

In mancanza di tutti questi elementi, la Direttiva Danni produce un impatto limitato sul sistema del *private enforcement* e finisce per favorire essenzialmente le sole azioni di tipo *follow-on*.

A tale aspetto si collega il secondo profilo citato, ossia quello riguardante i rapporti tra *public* e *private enforcement*. In linea di principio, l'obiettivo di non interferire con l'applicazione "pubblicistica" di tale diritto da parte della Commissione e delle ANC potrebbe apparire astrattamente meritevole di tutela. Tuttavia, occorre considerare che lo sviluppo in via preponderante delle azioni *follow-on* finisce per dare luogo al rischio di una moltiplicazione incontrollata delle conseguenze negative per le imprese coinvolte in procedimenti dinanzi alle Autorità antitrust.

Invero, come già rilevato, mentre le azioni *stand-alone* costituiscono di fatto uno strumento alternativo all'applicazione "pubblicistica" del diritto della concorrenza, le azioni *follow-on* si aggiungono a tale modalità di applicazione: le imprese subiscono, in prima battuta, una sanzione (spesso di notevole entità) da parte della Commissione europea e/o

⁶³ In proposito, v. *supra* il par. 3.

della ANC dinanzi alla quale si è svolto il procedimento; successivamente, vengono avviate le azioni risarcitorie, spesso davanti a giurisdizioni di diversi Stati membri e da parte di gruppi più o meno omogenei di soggetti. Nel frattempo, è ben possibile che le imprese in questione abbiano impugnato la decisione dell'Autorità Antitrust in sede giurisdizionale, con tutti i problemi che ne conseguono in punto di vincolatività del provvedimento per tutto il periodo durante il quale esso è *sub iudice* e con il rischio concreto che un eventuale annullamento dello stesso incida assai significativamente sulle azioni risarcitorie pendenti.

Diversi sono, dunque, i nodi da sciogliere e i rischi di conseguenze eccessive per le imprese, soprattutto in caso di sanzioni elevate da parte delle Autorità antitrust: ci si potrebbe domandare, ad esempio, se sia opportuno introdurre, tra gli elementi presi in considerazione da tali Autorità ai fini della quantificazione delle sanzioni da infliggere alle imprese ritenute responsabili di illeciti antitrust, anche la variabile rappresentata dalla prevedibile o probabile entità delle future richieste risarcitorie.

Per tutte le ragioni indicate, si ritiene che il legislatore europeo non sia stato in grado, almeno per il momento, di assicurare un corretto equilibrio tra *public* e *private enforcement* e che i grandi entusiasmi che avevano accompagnato l'elaborazione della Direttiva Danni siano stati in larga parte delusi.

In questa situazione, anche in considerazione delle criticità evidenziate, si avverte in modo sempre più pressante e da parte di un novero vieppiù ampio di soggetti l'esigenza di procedere ad una riforma complessiva del diritto europeo della concorrenza (si pensi, da ultimo, alla vicenda *Alstom/Siemens* e al dibattito da essa generato, anche a livello politico). E ciò vale, indubbiamente, su un piano generale e sostanziale, essendo necessario aggiornare – di fronte alle sfide poste, ad esempio, dalle innovazioni tecnologiche e dalla globalizzazione – norme rimaste pressoché inalterate sin dall'epoca della loro elaborazione, alla fine dell'Ottocento, in Canada e negli Stati Uniti, in un contesto completamente diverso da quello attuale (dal punto di vista economico, geopolitico, tecnologico, delle infrastrutture, delle comunicazioni, etc.). Ma vale altresì sotto il profilo più specifico dell'*antitrust enforcement*, in relazione al quale, come si è visto, la disciplina introdotta nell'UE dalla Direttiva Danni non pare individuare un equilibrio coerente e soddisfacente tra *public* e *private enforcement*, oltre ad essere caratterizzata da vari profili criticabili e a lasciare aperti numerosi interrogativi. Un'opportunità importante per intervenire sull'attuale assetto è fornita dall'art. 20 della stessa direttiva 2014/104, ai sensi del quale la Commissione europea dovrà procedere, entro il 27 dicembre 2020, al riesame di tale atto, presentando al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione che potrà essere corredata, ove opportuno, di una proposta legislativa. Con l'occasione, si potrebbe ripensare anche il ruolo delle Autorità Antitrust ed in particolare quello della Commissione europea, il cui *dédoublement fonctionnel* (istituzione dell'Unione alla quale è affidato un ruolo "di governo" e Autorità della concorrenza dell'UE) costituisce un elemento critico su cui pare opportuno tornare a riflettere, eventualmente anche nel quadro delle proposte intese a superare il monopolio dell'iniziativa legislativa in capo alla stessa Commissione, al fine di estendere tale potere al Parlamento europeo, e/o nella prospettiva, già timidamente considerata in passato, di istituire

un'Autorità europea della concorrenza realmente indipendente ed autonoma rispetto all'"esecutivo" dell'Unione europea.

Le istanze di riforma, del resto, non devono stupire: il diritto della concorrenza non può che mirare a tutelare l'economia in generale, i consumatori e, in definitiva, i cittadini. Tenendo conto di tali obiettivi, nonché della delicata fase storica in cui ci troviamo, si dovrebbe accogliere con favore l'idea di adeguare le norme antitrust alle continue evoluzioni del mondo in cui viviamo. Ciò, naturalmente, a patto di non sottovalutare il rischio di sacrificare le imprese europee, con tutti i benefici che esse apportano all'economia e alle persone, sull'altare di una tutela della concorrenza ispirata a valori eccessivamente astratti e, forse, non sempre in linea con l'attuale quadro economico e sociale a livello europeo e mondiale.



Riflessioni a margine di un convegno sul *private enforcement* degli articoli 101 e 102 TFUE

DI BRUNO NASCIMBENE *

SOMMARIO: 1. Premessa. La mancanza di norme. Il ruolo della Corte di giustizia. – 2. Le ragioni di una disciplina *ad hoc*. – 3. I diritti del singolo. Il livello pubblicistico e quello pubblico. – 4. La cooperazione fra giudice nazionale e autorità garanti della concorrenza sulla “divulgazione” delle prove. – 5. Altre forme di cooperazione fra giudice nazionale e autorità garanti della concorrenza. – 6. La verifica della cooperazione attraverso l’esame della giurisprudenza nazionale. – 7. La collaborazione attraverso il rinvio pregiudiziale. – 8. L’incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 9. Il possibile riesame della direttiva.

1. Premessa. La mancanza di norme. Il ruolo della Corte di giustizia

Non è questa l’occasione per discutere della “*storia*” della direttiva 2014/104/UE, cioè di un complesso o *corpus* di norme, di carattere sostanziale e procedurale, che hanno lo scopo di disciplinare le azioni di risarcimento del danno promosse a livello nazionale per la

* Professore emerito di Diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Milano.

violazione delle norme di diritto in materia antitrust. Norme che vogliono essere comuni agli ordinamenti nazionali e che si propongono di armonizzare il più possibile le norme dei Paesi membri.

Si tratta di un lungo percorso che inizia con la giurisprudenza della Corte di giustizia. La Corte assume, in questa come in tante altre occasioni, un ruolo propulsivo e “pretorio”: le sentenze *Courage* del 2001 e *Manfredi* del 2006 ne sono un esempio¹.

Il tema è oggetto di un Libro Verde nel 2005, nel Libro Bianco del 2008, nella proposta di direttiva del 2013, conclusasi, appunto, nel 2014 con la direttiva 104². Sono ormai trascorsi cinque anni dalla direttiva (del 26.11.2014), tre dal recepimento della stessa nel nostro ordinamento (con d.lgs. 19.1.2017, n. 3) e la disamina della giurisprudenza nazionale consente di fare una prima valutazione circa la misura in cui è stato raggiunto l’obiettivo della armonizzazione.

2. Le ragioni di una disciplina *ad hoc*

La domanda che ci si pone è se, in presenza di tale pretesa, auspicata armonizzazione, considerato che in molti Stati non esisteva un complesso di norme specifiche sul risarcimento del danno a vantaggio dei soggetti lesi dalla violazione di norme sulla concorrenza, e considerato che è fondamentale assicurare una tutela giurisdizionale *ex art. 47* Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea a chi sia stato leso da tale violazione, la direttiva ha raggiunto il suo scopo.

Il successo della direttiva può, invero, apprezzarsi attraverso la giurisprudenza degli Stati membri.

L’iniziativa oggetto dell’incontro del 4 ottobre 2019, che riguarda la giurisprudenza in materia, ben si inquadra in tale contesto.

L’esame della giurisprudenza nazionale è occasione di verifica del modo in cui vengono applicati gli artt. 101 e 102 TFUE negli ordinamenti nazionali, consentendo al singolo il ristoro del danno subito a seguito della violazione di norme che, come è noto, sono direttamente applicabili e attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare³.

¹ Cfr. le sentenze 20.9.2001, *Courage*, C-453/99, EU:C:2001:465; 13.7.2006, *Manfredi e a.*, C-295/04 e C-298/04, EU:C:2006:461.

² Il Libro Bianco “in materia di azione di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”, COM (2008)165 def. è del 2.4.2008; il Libro Verde sulle “azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”, COM (2005)672 def. è del 19.12.2005.

³ Sull’applicabilità diretta cfr. il considerando n. 3 della direttiva e, fra le altre, le sentenze 30.1.1974, 127/73, *BRT c. SABAM*, EU:C:1974:25, punto 15; 28.2.1991, C-234/89, *Delimitis*, EU:C:1991:91, punto 45; 4.6.2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, EU:C:2009:343, punto 49. Sull’applicazione d’ufficio di tali norme, 1.6.1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, EU:C:1999:269, punti 36,39; *Manfredi e a. cit.*, punto 31; *T-Mobile Netherlands cit.*, punto 49.

3. I diritti del singolo. Il livello pubblicistico e quello pubblico

La giurisprudenza della Corte ha legittimato il diritto del singolo di «chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza».

Rispetto alla disciplina “pubblicistica” posta dagli artt. 101 e 102 TFUE, quella “privatistica” riconosciuta ai singoli ha una funzione complementare ma non meno importante. Se il diritto a chiedere il risarcimento del danno non fosse riconosciuto, la piena efficacia e l’effetto utile delle norme ricordate verrebbero “messi in discussione”. È un diritto, insomma, che «rafforza [...] il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche spesso dissimulati, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza»: «le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità»⁴.

Il livello pubblicistico e quello privatistico si completano, come il Libro Bianco della Commissione sottolinea, giustificando «l’esigenza di adottare un efficace quadro giuridico, tale da rendere il diritto al risarcimento del danno una possibilità concreta»⁵.

4. La cooperazione fra giudice nazionale e autorità garanti della concorrenza sulla “divulgazione” delle prove

L’esame della giurisprudenza nazionale è di grande utilità per verificare in quale modo e misura la direttiva ha ricevuto attuazione e la “concretezza” del risarcimento sia stata realizzata. Uno dei profili che maggiormente rileva ai fini del risarcimento è la “divulgazione” o “esibizione” delle prove poste a fondamento della domanda.

La direttiva dedica una pluralità di disposizioni (artt. 5-8) a un tema che, si sottolinea (considerando n. 15), «caratterizzato da un’asimmetria informativa», non solo riconoscendo ad attori e convenuti il diritto alla divulgazione, ma affermando la possibilità per il giudice nazionale di accedere alle prove detenute dalle autorità garanti della concorrenza, nel quadro del principio generale della leale cooperazione fra Unione e Stati membri, sancito dall’art. 4, par. 3 TUE e dall’art. 15, par. 1 regolamento n. 1/2003 (relativo all’applicazione delle regole di applicazione di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato) per quanto riguarda le richieste di informazioni da parte dei giudici nazionali alla Commissione⁶. I «principi di cooperazione giuridica e amministrativa a norma del diritto dell’Unione o nazionale» vengono evocati (considerando n. 15) anche nei rapporti tra giudici nazionali e pubbliche autorità. Le autorità della concorrenza forniscono non solo un’assistenza al giudice nazionale, ma possono formulare osservazioni (art. 7, dir. 2014/104) sulla proporzionalità della richiesta di esibizione o divulgazione, nel quadro di una cooperazione che trova alcuni limiti imposti dall’esigenza di proteggere la riservatezza dei documenti inclusi nel fascicolo di un’autorità garante (quando,

⁴ Cfr. *Courage* cit., punti 25-27.

⁵ Cfr. soprattutto il par. 1.1. del Libro Bianco.

⁶ Il regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16.12.2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, è in *GUCE* L 1/1.

per esempio, la prova sia rappresentata da dichiarazioni legate a un programma di clemenza, art. 6, parr. 6 e 7)⁷.

5. Altre forme di cooperazione fra giudice nazionale e autorità garanti della concorrenza

La cooperazione o assistenza con l'autorità nazionale della concorrenza è prevista anche ai fini della quantificazione del danno. Il giudice è legittimato a chiedere (art. 17, par. 3, dir. 2014/104) e l'autorità presta l'assistenza "nelle forme e con le modalità indicate dal giudice [...] salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza" (art. 14, par. 3 d.lgs. 3/2017).

La cooperazione fra giudici nazionali e Commissione è oggetto di una comunicazione specifica della Commissione che richiama, e non potrebbe essere altrimenti, il principio generale di leale cooperazione (in entrambi i sensi, Commissione verso giudice nazionale e viceversa) e prevede l'intervento della Commissione come *amicus curiae*, non solo fornendo informazioni e pareri, ma anche presentando osservazioni scritte o orali al giudice nazionale (queste ultime solo previa autorizzazione del predetto, art. 15, par. 3 regolamento; punti 31-35 comunicazione)⁸.

6. La verifica della cooperazione attraverso l'esame della giurisprudenza nazionale

L'esame della giurisprudenza nazionale è dunque utile per verificare in quali casi e in quale modo si sia realizzata la cooperazione. È anche specifico interesse della Commissione conoscere l'orientamento dei giudici nazionali sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Il regolamento n. 1/2003 e la comunicazione ricordata prevedono la trasmissione "senza indugio" della sentenza, dopo che è stata notificata alle parti (art. 15, par. 2). La Commissione viene, così, «tempestivamente informata – precisa la comunicazione, punto 37 – in merito a casi sui quali sarebbe opportuno che essa presentasse delle osservazioni qualora una delle parti ricorresse contro la sentenza». Aggiungo che l'interesse è ancora più specifico nell'ipotesi in cui la Commissione avesse già presentato delle osservazioni nel giudizio che si è concluso, e volesse, quindi, verificare l'orientamento assunto dal giudice rispetto alle osservazioni, anche al fine di prendere iniziative conseguenti.

7. La collaborazione attraverso il rinvio pregiudiziale

Altro profilo di utilità dell'esame della giurisprudenza nazionale, nel contesto del più ampio livello di collaborazione, riguarda il rinvio pregiudiziale, e dunque l'esame dei casi in

⁷ Sulla proporzionalità cfr. i considerando n. 16 e n. 22.

⁸ Cfr. la comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (2004/C 101/04), in *GUUE* C 101/54 modificata nel 2015, in *GUUE* C256/5.

cui il rinvio è stato disposto, d'ufficio o su richiesta di parte, oppure è stato rifiutato, e il seguito dato dal giudice nazionale alla sentenza della Corte di giustizia.

La direttiva 2014/104 lascia «impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell'articolo 267 TFUE» (considerando n. 35, art. 9, par. 2) e il d.lgs. 3/2017 lascia parimenti “impregiudicate le facoltà e gli obblighi del giudice” (art. 7): un'affermazione, questa, che riguarda un'altra forma di cooperazione, fra giudice nazionale e Corte di giustizia, ma che rientra nell'ambito della leale collaborazione. Si ricorda, in questi termini, non solo la comunicazione del 2004, prima ricordata, ma anche quella sull'analogo cooperazione in materia di aiuti di Stato⁹ e più in generale le raccomandazioni della Corte di giustizia ai giudici nazionali sulla presentazione di domande di rinvio pregiudiziale¹⁰.

8. L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia

Sempre nel quadro di una valutazione di reciprocità della collaborazione, l'esame della giurisprudenza nazionale è utile per valutare l'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia. Non solo, come si è detto, nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale in una determinata causa (il c.d. seguito da parte del giudice *a quo*), ma in ogni altro caso in cui la decisione della Corte possa essere determinante.

La stessa direttiva 2014/104 (considerando n. 11) sottolinea la rilevanza della giurisprudenza della Corte quando manca una legislazione dell'Unione in materia procedurale o nel definire determinate nozioni, come quella di “nesso causale” fra la violazione delle norme sulla concorrenza e il danno. Debbono, quindi, essere rispettati due principi generali, quali i principi di efficacia e di equivalenza, definiti, appunto, dalla giurisprudenza della Corte. Le norme nazionali non possono rendere più difficile o praticamente impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno garantito dalle norme UE, né possono essere applicate (per esempio imponendo ulteriori condizioni) in modo meno favorevole rispetto a quelle applicabili ad azioni nazionali¹¹.

9. Il possibile riesame della direttiva

L'applicazione della direttiva, le possibili lacune, le proposte di modifiche possono essere oggetto di “riesame” da parte della Commissione. Una relazione al P.E. e al Consiglio è prevista «entro il 27 dicembre 2020» (art. 20), e quindi entro quattro anni dalla data del suo recepimento (art. 21, par. 1; sei dall'entrata in vigore). La relazione riguarderà alcuni specifici profili (art. 2, lett. *a,b,c*), ma potrà anche essere corredata da una proposta legislativa (art. 20, par. 3). Un suggerimento, se si vuole davvero garantire un pieno, effettivo risarcimento del danno, sarebbe a favore di una migliore conoscenza degli orientamenti dei giudici nazionali,

⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01), punti 13,81, in *GUUE* C85/1 del 9.4.2009.

¹⁰ Cfr. le Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2018/C 257/14), in *GUUE* C257/1 del 20.7.2018, spec. punto 2.

¹¹ Su tali principi, fra le molte sentenze, *Courage* cit., punto 29; *Manfredi* cit., punto 62; in precedenza 5.3.1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, EU:C:1996:79, punto 67; 10.7.1997, C-261/95, *Palmisani*, EU:C:1997:351, punto 27.

offrendo una banca dati che consenta una lettura delle sentenze o almeno di *abstracts* delle stesse in una delle lingue di lavoro o di quelle più conosciute nell'Unione (le lingue ufficiali, come è noto, sono ventiquattro).