

Genova, 25 settembre 2015

Il risarcimento del danno antitrust: profili teorici e applicativi

Buongiorno,

vorrei anzitutto esprimere la mia gratitudine agli organizzatori e al professor Munari per avere creato questa bella occasione per scambiarci idee e punti di vista su una materia che – credo – appassiona tutti i presenti come il diritto della concorrenza. Più in particolare, vorrei ringraziarlo per avermi dato la possibilità – che mi onora – di parlare oggi davanti a questa platea e insieme a relatori di tale levatura.

1. Introduzione

È mia intenzione dare al mio intervento, che cercherò di contenere nel tempo, un taglio pratico che attinga all'esperienza maturata all'interno del dipartimento di diritto della concorrenza dello Studio Santa Maria. Credo infatti che quanto appreso dall'esperienza applicativa sia forse il contributo più interessante che io possa dare all'odierna discussione.

Non farò che cenni cursori alla Direttiva recentemente introdotta in materia, che sarà oggetto di un'altra giornata di studi.

Premetterò comunque qualche cenno teorico per agevolare l'inquadramento delle questioni.

In particolare modo negli ultimi anni, la dialettica attorno al diritto della concorrenza si è concentrata molto attorno al concetto di *enforcement*. Si può forse dire che la prospettiva applicativa, e in particolare l'attività e le modalità di controllo del rispetto del diritto della concorrenza, sono diventate centrali nel dibattito su questa materia.

Coerentemente con questo, moltissimi sono stati gli interventi su *public* e *private enforcement* e sui relativi strumenti:

- per quanto riguarda l'attività dell'Autorità pubblica, negli ultimi anni si è assistito a un ampliamento del novero degli strumenti di *enforcement*. Si è passati da un sistema basato essenzialmente sul paradigma indagine-inflizione di sanzioni pecuniarie a uno in cui le autorità hanno a disposizione un ventaglio di strumenti, che vedono una partecipazione più o meno volontaristica delle parti private – si pensi per esempio alle decisioni con impegni e, con le dovute differenze, al (relativamente) nuovo istituto del

settlement introdotto a livello UE nel 2008 (quest'ultimo, peraltro, non facilmente conciliabile con il *private enforcement*).

- l'attività svolta dalle parti private prende invece la forma di contenzioso civile finalizzato al risarcimento dei danni subiti in seguito alle condotte anticoncorrenziali.

Se evidentemente il nostro incontro odierno si incentra su quest'ultima forma di tutela, può a mio avviso essere utile non focalizzarsi esclusivamente sul profilo del *private enforcement*. In effetti, è legittimo domandarsi se la distinzione stessa tra *public* e *private enforcement* non possa oggi dirsi superata al di là di finalità meramente classificatorie.

Questa domanda, molto attuale a livello accademico, si rivela molto rilevante anche calata in un contesto applicativo: il punto dove questa rilevanza è emersa con maggiore evidenza è stato quello degli elementi di prova nel rapporto tra programmi di clemenza posti in essere dall'autorità amministrativa e procedimenti giudiziari avanti il giudice civile.

Ritorniamo dopo su questo punto e su come il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza, in particolare della Corte di giustizia.

Intanto basti formulare due considerazioni preliminari:

- (i) La prima è che i vari strumenti di *enforcement* – pubblico e privato – debbono essere visti come parte di un unico sistema volto a garantire il rispetto della normativa della concorrenza;
- (ii) La seconda è che, corrispettivamente, non è più possibile considerare le azioni per danni meramente dalla prospettiva del contributo che esse danno appunto a questa attività di *enforcement*, ma vanno invece viste come strumento volto al soddisfacimento di un autonomo e legittimo diritto delle parti lese a cui fa da contraltare una responsabilità delle imprese.

Va peraltro osservato, concedendo un attimo a una prospettiva di stampo economico, che il rimedio pubblicistico pone fine a una situazione – la restrizione della concorrenza – che genera inefficienza; il rimedio risarcitorio rialloca le risorse accumulate da chi profittava dell'inefficienza a vantaggio di chi ha subito l'inefficienza, così tornando a una situazione distributiva più vicina a quella ottimale.

2. Una prospettiva storica

Consapevole che ripeterò cose già sentite da molti di Voi, reputo comunque utile fare un breve *excursus* storico sull'evoluzione del *private enforcement* in Europa.

Richiamando una felice espressione di Goyder, potremmo dire che, tenendo a mente il brocardo aureo per cui *ubi remedium, ibi ius*, per anni la Commissione aveva enunciato lo *ius*, senza però fornire il *remedium*, lasciandolo agli Stati membri e alle loro corti.

Già agli albori del diritto europeo della concorrenza la Commissione aveva incoraggiato i tribunali nazionali a dare ospitalità ad azioni di risarcimento danni subiti in conseguenza di violazioni del diritto della concorrenza.

Questo incoraggiamento era però destinato a rimanere una mera dichiarazione d'intenti per decenni, almeno fino alla fine del millennio. La Commissione stessa ha per anni mostrato una decisa preferenza per il ricevere segnalazioni sulla base delle quali fare partire la propria azione amministrativa, adottando un atteggiamento decisamente amichevole nei confronti dei denunciati – un atteggiamento destinato però a raffreddarsi all'inizio degli anni 90, di fronte a una crescita esponenziale delle denunce.

Nel frattempo la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva aperto la strada all'applicazione del diritto UE da parte delle corti nazionali – il riferimento è *inter alia* alle sentenze *Delimitis* e *Francovich* (1991), e *Brasserie du Pêcheur / Factortame* (1996).

Con specifico riferimento al diritto della concorrenza, già nel 1997 la sentenza *Guérin Automobiles* conteneva un incoraggiamento, in particolare ai denunciati insoddisfatti dalla Commissione, a rivolgersi alle corti nazionali. La questione era comunque destinata a non essere chiara ancora per parecchio tempo: ancora in *Masterfoods* (nel 2000) la Corte sottolineava la difficoltà di conciliare gli incentivi in favore della *private litigation* dinanzi alle corti nazionali con la necessità di mantenere il controllo della politica della concorrenza saldamente nelle mani della Commissione.

Per tornare al brocardo richiamato poc'anzi, la strada per un vero *remedium* non è stata in ogni caso aperta fino alla sentenza *Courage v. Crehan* (2001), che è oggi considerata un punto di svolta – non a caso – sia nella tutela dei diritti derivanti dal diritto UE sia nell'evoluzione della politica della concorrenza.

A questo punto di svolta è seguito finalmente un intervento della Commissione, che prendendo atto della situazione del *private enforcement* – da essa stessa definito di “totale sottosviluppo” – ha dedicato alle azioni per danni due strumenti di *soft law* – prima un Libro Verde (*Green Paper*) e poi un Libro Bianco (*White Paper*).

Il punto di arrivo di questo cammino è stata l'adozione, nel novembre 2014, della direttiva 2014/104/EU (la Direttiva Danni), che costituisce a oggi il testo di riferimento in materia.

Gli interventi appena menzionati che, rifacendoci a Montesquieu, potremmo definire dapprima dell'esecutivo e dipoi del legislativo, non debbono però far pensare che nel frattempo l'attività giurisprudenziale della Corte si sia interrotta.

Il prodotto forse più importante di tale attività è la sentenza *Manfredi* del 2006.

In questa sentenza, la Corte riafferma quanto già detto in *Courage*, specificando che la fonte del diritto di ottenere risarcimento esistente in capo al soggetto passivo di una violazione *antitrust* fosse da ricercarsi direttamente nel diritto UE (e non già in quello nazionale). Inoltre, la corte specificava quattro requisiti base per tale tutela risarcitoria:

- (i) In ossequio alla dottrina dell'*effet utile*, tale rimedio deve essere disponibile a tutti. Un ottimo esempio di questo ampio *locus standi* era peraltro già stato dato dal caso *Courage* stesso, in cui il soggetto che richiedeva il risarcimento era stata una parte dell'accordo anticoncorrenziale in questione;
- (ii) Il risarcimento deve includere sia il danno emergente, che il lucro cessante, che i relativi interessi;
- (iii) Il termine di decadenza o di prescrizione – mi si perdonerà l'espressione atecnica – deve decorrere dal momento in cui l'accordo illecito smette di spiegare i propri effetti (e non già dalla conclusione dello stesso);
- (iv) Viene di fatto esclusa l'ammissibilità dei danni punitivi (comunque non configurabili in quasi tutte le giurisdizioni europee).

Mi sembra forse interessante, oltre che un piccolo *divertissement*, concludere questa panoramica con il caso *Ascensori*, deciso dalla Corte di giustizia nel 2012, che è forse un caso limite della legittimazione ad agire per danni e a un tempo un esempio dello sforzo "didattico" della Commissione Europea in favore di una diffusione del *private enforcement*.

In questo caso ad agire in giudizio *iure privatorum* era stata proprio l'UE (tramite la Commissione stessa), in seguito al proprio accertamento *iure publico* dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra i produttori di ascensori. Essendo essa stessa cliente di uno dei soggetti coinvolti, la Commissione agì in giudizio, vincendo, per la liquidazione dei danni subiti alla luce delle condizioni subottimali che era stata costretta ad accettare.

A margine di questa breve rassegna mi sia consentito dedicare qualche parola allo stato attuale del *private enforcement* come mi è dato di vederlo dalla mia prospettiva di operatore pratico.

Mi sento di confermare, anche sulla scorta della mia diretta esperienza, la generale percezione della (tutt'ora) scarsa diffusione di questo rimedio, sia nella forma individuale che crediamo tipica delle situazioni che vedono contrapposti interlocutori professionisti (intesi in senso lato - cd. *B2B*) sia nella forma di azione collettiva che è tipica delle vicende che oppongono un professionista a una pluralità di consumatori (cd. *B2C*).

3. *Private e public enforcement: due lati di una stessa medaglia*

Ho già anticipato come, a mio avviso, il *private enforcement* vada considerato come avente una funzione duplice: quella – di stampo pubblicistico – di contribuire al rispetto del diritto della concorrenza, e quella – di stampo privatistico – di soddisfare i diritti dei soggetti danneggiati dalle condotte illecite.

In questo senso si può dire che esso prende parte, insieme all'attività svolta dalla pubblica Autorità, a un unico sistema di *enforcement*.

Si può forse qui riprendere a proposito l'importante sistematizzazione di Harding e Joshua sui tre obiettivi dell'*enforcement*: quello ingiuntivo, quello compensatorio, e quello penale. Se il primo e il terzo possono essere soddisfatti dal solo *public enforcement*, il secondo obiettivo, quello di compensare le "vittime" – in senso lato – delle condotte che si fanno valere, può essere perseguito solo per mezzo dell'azione di danni.

Del pari, quando si parla di *private enforcement* si parla di un fenomeno lungi dall'essere unitario: due sono forse le classificazioni più importanti in merito:

- (i) Sotto un profilo sostanziale, si è tradizionalmente considerata, nel dibattito sul danno *antitrust*, la sola sfera della responsabilità extracontrattuale – *ex delicto* – escludendo l'ambito della responsabilità contrattuale, che pure ha dei profili di interesse.
- (ii) Sotto un profilo processuale è possibile ricorrere alla tradizionale distinzione tra azioni *stand alone* e azioni *follow-on*.

In ordine a questa distinzione viene in gioco un tema parecchio discusso nel passato, ovvero quello della capacità dei vari strumenti di *enforcement* di aumentare il grado di *detection* (i.e., la quota di condotte illecite che vengono scoperte). Ebbene, le sole azioni *stand alone* aumentano questo dato, le altre limitandosi a rendere più gravose le conseguenze di condotte già "scoperte" e perseguite dall'autorità pubblica.

Se, quindi, torniamo a quanto detto poc'anzi sugli obiettivi dell'*enforcement*, possiamo dire che le azioni *stand alone* perseguono sia uno scopo ingiuntivo che uno compensativo, mentre quelle *follow on* sono funzionali solo a quest'ultimo.

È del pari vero, però, che il grado di *detection* non sembra essere a oggi il tema principale della politica della concorrenza. È anche – e qui torno a un piano più operativo – vero che l'azione *stand alone* è tutt'ora una *rara avis* nel giardino dell'*antitrust*, non ultimo per il costo delle complesse analisi economiche necessarie a provare un'allegazione di condotta anticoncorrenziale.

In effetti – come già accennato – i profili probatori sono proprio uno degli ambiti nei quali l'attività e gli interessi della pubblica autorità della concorrenza e l'attività e gli interessi delle parti private hanno avuto più difficoltà a coincidere.

Un altro tema che si pone sulla scena nel rapporto tra il lato *public* e il lato *private* dell'applicazione del diritto della concorrenza – se così possiamo chiamarli – è quello del rapporto tra Autorità della concorrenza e giudici civili.

Non possiamo oggi sapere quale sarà il recepimento, quale l'effettiva applicazione pratica, delle novità della Direttiva. Quello che è certo è che a un ruolo che cresce del *private enforcement* si affianca un ruolo sempre maggiore del giudicante civile chiamato a decidere sulla questione del risarcimento del danno.

I giudici si trovano, mai come ora, in prima linea sul fronte del diritto della concorrenza. Si tratta di un fronte denso di complessità: il tecnicismo della disciplina, le difficoltà di raccordo

tra le giurisdizioni, e la complessità delle analisi economiche poste a base dell'*an* e del *quantum* dei danni lamentati.

Di seguito proverò ad accennare ad alcune risorse che possono forse aiutare i giudici in questo non facile compito.

4. Il danno *antitrust*

È forse a questo scopo necessario premettere un passo indietro, compiendo un'operazione logicamente scontata quanto necessaria: definire le caratteristiche e i limiti del danno *antitrust* prima di discutere del suo risarcimento.

La valutazione e quantificazione di tale danno non può che essere un procedimento controfattuale: si dovranno confrontare la situazione esistente sul mercato in seguito al compimento dell'illecito con quella situazione ipotetica che si sarebbe avuta se l'illecito non si fosse compiuto.

È evidente come questo procedimento sia inevitabilmente soggetto ai margini di errore che sono legati a un processo ipotetico. Questo processo è, peraltro, sovente particolarmente articolato, dovendo prendere in considerazione grandi quantità di dati (il cui stesso ottenimento è spesso difficile e costoso) ed elaborarle mediante modelli economici complessi.

A questa complessità ha anche recentemente dato rilievo il legislatore europeo, riconoscendo come essa possa, al limite, pregiudicare l'effettività dell'azione risarcitoria. Rammento, soltanto incidentalmente, che la Direttiva, all'art. 3, ribadisce il diritto al "*pieno risarcimento*" e sembra conferire un ruolo centrale allo scenario controfattuale ("*nella situazione in cui [la persona danneggiata] si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa*").

In questo senso, vanno apprezzati gli sforzi compiuti per affiancare alla Direttiva delle misure complementari quali la Comunicazione e la Guida Pratica sulle azioni per danni. Questi documenti ambiscono ad aiutare i tribunali degli Stati membri e le parti private nel quantificare il danno *antitrust*.

Non si può peraltro non rilevare come queste misure costituiscano anche un tentativo di armonizzare l'applicazione concreta della Direttiva nei vari Stati membri, e in qualche misura a conservare in capo alla Commissione il già richiamato controllo (di cui essa è gelosa) sulle scelte di politica della concorrenza a livello UE.

È altresì evidente come la presenza di un quadro regolamentare e interpretativo chiaro è un fattore che incoraggia i privati a sobbarcarsi i costi del contenzioso. Di converso, la scarsità di certezza e di uniformità nelle decisioni può avere effetti esiziali sulla diffusione del rimedio privato.

Alla luce di ciò, la Guida Pratica fornisce una panoramica dei principali metodi economici e dei punti di vista tecnici disponibili al fine di valutare in concreto il *quantum* del danno nei casi che di volta in volta debbano venir sottoposti ai tribunali.

Va peraltro ricordato che all'atto pratico è il diritto civile dei vari Stati membri a determinare quanto, come, e in ossequio a quali criteri i danni da illecito *antitrust* vadano provati e allegati in giudizio.

A questo duplice regime si era peraltro già fatto riferimento nella citata sentenza *Courage v. Crehan*, che individua chiaramente una demarcazione tra i principi di diritto della concorrenza enunciati dal diritto UE e le conseguenze che una violazione di tali principi possono avere nel diritto civile interno dei vari Stati membri.

È anche in corso di preparazione un documento specifico contenente delle Linee Guida per il caso particolare del *passing-on* del sovrapprezzo. È questione particolarmente discussa in dottrina e, se la memoria non mi inganna, il Professor Toffoletto era stato preveggenete nel dedicare, ormai quasi vent'anni fa, un capitolo della propria monografia sul risarcimento del danno *antitrust* proprio a questo tema.

L'osservazione di base è che gli illeciti *antitrust* che risultano in un aumento del prezzo di un determinato bene o servizio non colpiscono solo il primo acquirente, ma anche tutti quei soggetti che si trovino in una posizione di mercato a valle (*downstream*, come è comune dire). Per banalizzarlo, l'aumento del prezzo del pomodoro derivante da una restrizione della concorrenza non colpisce solo chi lo inscatola ma anche il pizzaiolo che lo impiega sul proprio prodotto e il cliente della pizzeria, che pagherà di più la propria Margherita.

Risolto dalla Direttiva il problema del *locus standi* per il risarcimento di tali danni, e atteso che proprio in questo *overcharge* risiede il danno che i soggetti danneggiati dall'illecito lamenteranno, il tema sarà di quantificare la misura in cui gli effetti dannosi della condotta siano stati "scaricati" in basso. Sovente questa operazione si rivela molto complessa per i giudici, in primo luogo per la difficoltà di ottenere prove precise ed univoche.

Bisognerà su questo tema attendere le linee guida e vedere come i tribunali degli Stati membri sapranno sviluppare una giurisprudenza capace di soddisfare le giuste pretese di chi sia stato danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale altrui, senza venire meno ai basilari principi di certezza e precisione della prova

Premesse queste brevi considerazioni più generali sul danno *antitrust*, passerei ora a discutere del rapporto tra giudice civile e Autorità della concorrenza.

5. Il rapporto tra giudice civile e Autorità della concorrenza

Anche questo tema segue i due binari – sostanziale e processuale – che stanno caratterizzando questa pur breve trattazione.

La questione sostanziale è quella della qualificazione della condotta – in altri termini, se le decisioni dell’Autorità della concorrenza su una data condotta e sulla sua illiceità siano vincolanti per il giudice nazionale.

Lascio questo tema alla sede in cui discutere più nel dettaglio della Direttiva. Basti oggi dire che, in ossequio alle disposizioni della medesima, la decisione dell’Autorità della concorrenza è vincolante per i giudici civili limitatamente alla contestazione della violazione e ai suoi elementi costitutivi – nelle parole della Direttiva, alla portata materiale, personale, temporale, e territoriale della stessa. Il riferimento qui è all’art. 9 e al considerando 34 della Direttiva. Non sarà facile distinguere i passaggi “vincolanti” della decisione da quelli incidentali o, ancora, dagli *obiter dicta*.

Per quanto riguarda il profilo processuale premetterò un accenno, come appena fatto su altra questione, a un aspetto disciplinato dalla Direttiva.

Il riferimento è alla disposizione (l’art. 17(3) della Decisione) che prevede che il giudice possa richiedere assistenza all’Autorità nazionale della concorrenza in merito alla determinazione del *quantum* del danno. Si tratta di una previsione nuova, che andrà coordinata con la più risalente previsione del ruolo di *amicus curiae* dell’Autorità e di cui è difficile stimare la futura portata operativa. È stato di recente sostenuto che tale norma potrebbe rappresentare un vantaggio per gli attori “meno equipaggiati”, a danno invece di quelli più “sostanziosi” che si dotano di un support economico

Veniamo ora invece al punto forse più controverso dei rapporti tra *enforcement* pubblico e privato e, all’effetto, di quelli tra Autorità amministrativa e organo giudicante civile: quello dell’accesso alla prova.

Chi ha più familiarità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia avrà forse notato che, nel breve – e giocoforza incompleto – *excursus*, anche di precedenti, con cui ho cominciato il mio intervento c’è stato un grande assente: la sentenza *Pfleiderer* (2011).

Si è trattato di un’omissione voluta, che spero mi perdonerete, motivata dal fatto che mi è parso più coerente e forse più chiaro trattarla ora. La pronuncia *Pfleiderer* è senza dubbio stata una di quelle sentenze che creano una questione, più che risolverla.

In questo caso, un soggetto coinvolto in pratiche anticoncorrenziali aveva preso parte a un programma di clemenza, fornendo volontariamente elementi (elementi autoaccusatori, quindi) da aggiungere al fascicolo della Commissione in cambio di un trattamento sanzionatorio più mite. Si tratta di un *background* fattuale ormai consueto nel panorama attuale del diritto della concorrenza, ove – lo ricordo per inciso – la quasi totalità dei cartelli emerge tramite *leniency application* e una considerevole percentuale di imprese sotto indagine prende parte a programmi di clemenza.

I dati non lasciano spazio a dubbi: tra il 1998 e il 2013 la Commissione ha investigato 93 casi di cartelli, di cui ben 71 – ovvero il 76% - sono stati “scoperti” grazie ai programmi di clemenza. Si osserva anche chiaramente una tendenza evolutiva: nel triennio 1998-2000 la

percentuale è stata del 20%, che sale al 100% nel triennio 2011-2013. (Si noti che i dati considerati sono disponibili solo fino a ottobre 2013).

Orbene, nel caso *Pfleiderer* una parte che era stata danneggiata da tali pratiche anticoncorrenziali ha adito il giudice tedesco per vedere risarciti i danni subiti, trovandosi nella situazione per cui l'unico modo di provare l'*an* e il *quantum* della propria pretesa era accedere al fascicolo dell'Autorità precedente.

La questione sottoposta al giudizio della Corte richiedeva, dunque, di prendere una posizione tra le necessità di assicurare una più ampia *detection* di condotte illecite – a beneficio, è legittimo immaginare, di una maggiore concorrenza sul mercato – e la necessità di assicurare il diritto di tutelare i propri diritti dinanzi al giudice in capo alla parte danneggiata.

Tornando a Harding e Joshua, alla Corte è stato richiesto di scegliere tra la funzione ingiuntiva e quella compensativa dell'*enforcement*. Come in molti casi delicati, la soluzione è stata salomonica, per non dire pilatesca: la Corte ha stabilito che in linea di principio il diritto UE non preclude l'accesso da parte delle parti private che vogliano agire per il risarcimento del danno al fascicolo dell'Autorità.

Ha anche però stabilito che, *silente lege*, le condizioni di tale accesso avrebbero dovuto essere stabilite a livello nazionale e caso per caso, in ossequio all'applicabile legge nazionale ed effettuando un giudizio comparativo tra gli interessi in giuoco alla luce del principio di effettività (*effectiveness*).

La Corte è tornata sul tema nel 2013, nel caso *Donau Chemie*: in questo caso il giudice nazionale si è rivolto alla Corte domandando se fosse compatibile con l'insegnamento di *Pfleiderer* quella legislazione nazionale che subordinasse all'accordo di tutte le parti coinvolte l'accesso da parte dei danneggiati al fascicolo in un procedimento chiuso con programma di clemenza – situazione equivalente *de facto* a impedire a chicchessia l'accesso a tale fascicolo.

Nella sentenza, la Corte ha enunciato il principio per cui un divieto *de facto* omnicomprensivo all'accesso al fascicolo è vietato dal diritto UE, in quanto di fatto permetterebbe a chi viola il diritto della concorrenza di evitare la propria responsabilità civile. La condizione che si pone è che il documento *de qua* non sia reperibile altrove.

Ancora una volta, il principio cardine della decisione è stato quello di effettività, alla luce del quale la Corte ha fatto il riconoscimento sino ad allora più pieno del diritto al risarcimento come una posizione giuridica autonoma, di pari dignità ma sganciata dall'interesse pubblico al perseguimento delle pratiche anticoncorrenziali.

La Direttiva ha regolato il tema dell'accesso alla prova, agli articoli 5, 6, e 7. È evidentemente prematuro discutere dell'applicazione pratica di tali disposizioni.

Non entro nel merito della possibilità di conciliare l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 del codice di procedura civile (con le relative preclusioni non solo di carattere temporale) con l'ordine di divulgazione di cui alla Direttiva (artt. 5 ss.). Mi chiedo, però, se tale conflitto non

possa essere in parte superato tramite un'interpretazione estensiva degli strumenti esistenti, come suggerito dalla Cassazione nel caso *Cargest* (cui farò cenno tra breve).

L'insegnamento che forse è possibile trarre dalla giurisprudenza precedente – dal cui solco la Direttiva non si discosta – è relativo ai canoni interpretativi da utilizzare nel tradurre in pratica il dato normativo.

Ecco che vengono qui in rilievo i principi, poc' anzi enunciati, di effettività, di equivalenza, e di pari importanza di risarcimento e di *enforcement* – principi che andranno fatti risalire dal giudice, in assenza di disposizioni nazionali, al diritto UE in virtù del generale principio dell'effetto diretto.

Con particolare riferimento al principio di effettività va osservato che, a mente dell'insegnamento di *Donau Chemie*, l'effettività da prendere in considerazione è quella del diritto al risarcimento del danneggiato, e non quella dell'*enforcement* del diritto della concorrenza.

Proprio il mese scorso il Regolamento 1348 del 3 agosto 2015 ha modificato il Regolamento 773/2004 sui procedimenti *ex artt.* 101 e 102 TFEU. La novella introduce due novità:

- (i) i programmi di clemenza sono stati finalmente regolati per via legislativa (al nuovo art. 4 *bis*) – precedentemente vi era solo una *notice*.
- (ii) viene disciplinato (art. 16 *bis*) l'uso delle informazioni ottenute dalla Commissione, limitando l'accesso alle informazioni ottenute nell'ambito di programmi di clemenza e di *settlement* – coerentemente con il disposto dell'art. 6(6) della Direttiva, che vieta la *disclosure* di *corporate statements* e proposte di transazione. Inoltre si prevede che le informazioni prodotte nell'ambito del procedimento non possano essere utilizzate – neanche dinanzi un giudice – finché il procedimento non si sia chiuso.

Si osserva che la scelta del legislatore UE agostano (v. art. 4 *bis*, 3° comma del Regolamento citato) riprende una distinzione già proposta dall'avvocato generale Mazák *in re Pfeleiderer*, che tracciava una linea tra “documenti pre-esistenti”, indipendenti rispetto al procedimento, e le “dichiarazioni autoincriminanti” (c.d. *corporate statements*) rilasciate dagli aspiranti destinatari della clemenza. Analoga soluzione pare peraltro potersi rintracciare anche tra le righe della Direttiva, confrontando il disposto dei paragrafi 6 e 9 dell'art. 6.

Si è, così, cercato di effettuare quel bilanciamento tra interesse pubblico all'identificazione delle condotte anticoncorrenziali e interesse privato al risarcimento del danno che era stato il tema centrale della già richiamata sentenza *Donau Chemie*.

Per vero, il rapporto tra programmi di clemenza e azione di danni pare ancora potenzialmente conflittuale, ed effettivamente il giudizio di bilanciamento che vi è sotteso non è semplice. C'è chi ha proposto di risolverlo subordinando – come avviene diffusamente nel diritto penale – la concessione delle misure premiali alla rifusione del danno.

6. La giurisprudenza nazionale

6.1. Concluderei questa esposizione con un riferimento alla giurisprudenza nazionale.

Un *ductus* interpretativo più risalente della Corte di Cassazione aveva adottato una visione strettamente pubblicistica dell'illecito *antitrust*, vedendo il diritto della concorrenza preposto alla sola tutela della libera concorrenza tra imprese (Cass. Civ. 1811/99, 17475/2002).

Successivamente, però, le Sezioni Unite hanno sposato un orientamento più vicino all'insegnamento della Corte di Giustizia, dando mostra di avere recepito le conclusioni di *Courage* e addirittura anticipando – per alcuni versi – quelle di *Donau Chemie*: in 2207/2005, la Suprema Corte ha accolto un'interpretazione dell'illecito *antitrust* come condotta plurioffensiva, atta a un tempo a danneggiare la libera concorrenza tra imprese ma anche più in generale il funzionamento del mercato stesso.

Da ciò discende il riconoscimento in capo agli operatori appunto del mercato – ivi compreso il consumatore – della possibilità di far valere la pretesa risarcitoria nei confronti di chi li abbia danneggiati restringendo la concorrenza.

Questo principio è stato ripreso successivamente, allorché la Cassazione ha affermato l'esistenza di un interesse collettivo alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto degli individui a godere dei benefici della competizione commerciale (2305/2007), richiamandosi alla disciplina generale del danno aquiliano *ex art. 2043 cc.*

6.2. Merita senz'altro un cenno la recente sentenza n. 11564 del 4 giugno 2015 nel caso *Cargest*, con cui la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da una serie di grossisti in un asserito caso di abuso di posizione dominante *ex art. 3 l. 287/90.*

Si tratta di un caso di azione *stand alone*.

In tale pronuncia, la Corte ha enunciato una serie di principi assai interessanti ai nostri fini:

- ha considerato, nella specie, la mancanza o l'insufficienza della c.d. “contestualizzazione” delle norme di concorrenza, ad esempio per il caso della definizione del mercato rilevante (*i.e.*, rilevando l'omissione di un'analisi complessiva dei due mercati considerati e del loro collegamento);
- ha statuito il principio per cui, in caso di giudizi *stand alone*, non basta una meccanica applicazione del principio generale in tema di onere della prova: è sufficiente “*indicare in modo sufficientemente “plausibile” seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la concorrenza*”;
- in tali casi, infatti, secondo la Corte, per gli attori sono “*particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie*” a fronte di fatti complessi di natura economica;
- la Corte cita in più passaggi la Direttiva (dapprima, i considerando 6 e 14 e l'art. 4), soffermandosi in particolare sui meccanismi di *disclosure* in caso di violazione “plausibile” (art. 5 ss.).

La Corte conclude nel senso che, in ragione dell'*asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova*, sia necessaria una *interpretazione estensiva* delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo della corretta attuazione del diritto della concorrenza. In altre parole, prosegue la Corte, tale obiettivo può essere perseguito "*valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono*", ad esempio in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio.

Ne deriverebbero in capo al giudice poteri pervasivi ("*anche d'ufficio*") di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili al fine di ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata. Siamo dunque ad anni luce di distanza dalla nozione di sindacato debole sui fatti economici complessi (nota nella giurisprudenza amministrativa del recente passato).

Ciò che mi pare più rilevante è il fatto che la Suprema Corte non faccia discendere la propria statuizione da un'anticipazione della Direttiva, ma da un'interpretazione evolutiva di strumenti già presenti nel nostro ordinamento.

6.3. In tempi recenti la giurisprudenza di merito – in particolare quella del Foro di Milano – ha visto numerosi procedimenti riconducibili al *private enforcement* con particolare riferimento al settore delle telecomunicazioni.

Si sono avuti, in particolare, numerosi procedimenti giudiziari di tipo *follow on* in seguito al procedimento AGCM A357 *Tele2/Tim-Vodafone-Wind* avente ad oggetto l'applicazione discriminatoria di tariffe di terminazione di contratti di telefonia mobile. Per vero l'esito delle varie cause promosse è lungi dall'essere uniforme:

- il Tribunale ha in taluni casi respinto le pretese attorie per motivi di rito (la prescrizione, in particolare);
- in altri ha accolto le richieste di risarcimento liquidando il danno emergente legato alle tariffe illecitamente maggiorate (Trib. Milano, *OkCom v. Telecom Italia*, 13 febbraio 2013, *Teleunit v. Vodafone*, 1 ottobre 2013);
- in altri ancora ha liquidato il lucro cessante che si sarebbe potuto conseguire se non fossero state applicate appunto tali tariffe (Trib. Milano, *Brennercom v. Telecom Italia*; 27 dicembre 2013).

Si segnala in merito anche Trib. Milano, *Brennercom v. Telecom Italia*, 3 marzo 2014.

Per quanto riguarda le azioni *stand alone* se ne segnalano due, in cui però – fondamentalmente per insufficienza della prova del danno – nessun risarcimento è stato concesso (Trib. Milano, *Eutelia v. Telecom Italia*, 23 giugno 2014; *Okcom v. Telecom Italia*, 17 ottobre 2014).

7. Conclusioni

Concludendo questo mio intervento, la Direttiva è sicuramente un momento di svolta nell'applicazione del diritto della concorrenza in Europa, ma non vale ad escludere – anzi, pone

in risalto – l'esperienza che la ha preceduta, i cui canoni ermeneutici e il cui insegnamento pratico risultano ancora oggi utili per orientarsi in una disciplina per altri versi inesplorata.

Rimane da vedere come alcune previsioni del tutto nuove si inseriranno nella prassi applicativa, e come gli operatori del diritto le valuteranno.