

**L'impatto della direttiva 104/2014 sul *private antitrust enforcement*.
Profili applicativi di diritto della concorrenza e problemi aperti**

**La base giuridica della direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il
regolamento n° 1/2003**

The legal basis of EU Directive 2014/104 and its interplay with Regulation n° 1/2003

Paolo Iannuccelli¹

1. Introduzione

Ringraziamenti.

Non vi è certo bisogno di andare a cercare i lavori preparatori del regolamento n° 1/2003 per rendersi conto del *favor* di cui godeva il *private enforcement* già nel momento della c.d. Modernizzazione delle regole di concorrenza dell'Unione.

Tra le altre numerose occasioni in cui di tale favor vi è traccia nella legislazione antitrust dell'Unione, basti qui ricordare il **settimo** considerando del regolamento n° 1/2003.

Tale considerando riconosce che “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”.

Tuttavia, la Modernizzazione non ha espressamente disciplinato, a livello europeo, l'esercizio del diritto al risarcimento del danno. Tra l'altro, non esiste, in quel contesto, una disposizione chiara che attribuisca ai privati il diritto al risarcimento del danno

¹ Referendario alla Corte di giustizia dell'UE. Le opinioni espresse sono strettamente personali.

antitrust. Sotto questo aspetto, la Modernizzazione è stata timida ed ha preferito rinviare alla creazione giurisprudenziale, ormai peraltro avviata in quella direzione. Forse tale timidezza è dovuta all'esitazione della Commissione di abbandonare, oltre alla propria competenza esclusiva, anche l'impostazione classica del diritto della concorrenza come diritto squisitamente pubblico.

Nel frattempo, comunque, la giurisprudenza della Corte, come noto, ha desunto il diritto al risarcimento direttamente dal trattato ed ha precisato la portata e delineato le caratteristiche principali di un'azione di risarcimento nazionale che si voglia conforme al diritto dell'Unione.

Le pronunce della Corte, intervenute con chirurgico tempismo, hanno fornito alla Commissione la possibilità di mantenere viva la riflessione su un argomento tra i più spinosi del diritto della concorrenza.

Finalmente, nel 2013 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva al Parlamento, che, con emendamenti, l'ha approvata in prima lettura. Il testo della Direttiva 2014/104 finalmente approvato dal Consiglio è entrato in vigore il 25 dicembre 2014 e, ai sensi del suo articolo 21, gli Stati membri devono recepirla entro il 27 dicembre 2016.

L'attesa è stata forse lunga, ma ha dato i suoi frutti su una serie di questioni importanti. Io mi limiterò ad esaminare rapidamente 2 soli aspetti, lasciando agli altri oratori le questioni di loro competenza. Mi soffermerò, in particolare, da una parte, sulla base giuridica della Direttiva 2014/104 e, dall'altra, su 4 punti che riguardano i rapporti tra la Direttiva 2014/104 e il regolamento n° 1/2003, in particolare sul valore probatorio della decisione amministrativa, sull'accesso al fascicolo, sulle modifiche al regolamento n° 773/2004 di esecuzione del regolamento n° 1/2003 e sulla pubblicazione della decisione della Commissione.

2. Gli obiettivi e la base giuridica della Direttiva 2014/104

La Direttiva 2014/104 è basata sugli articoli 103 e 114 TFUE.

Come noto, la scelta della base giuridica di un atto dell'Unione non è una mera formalità, ed anzi la giurisprudenza ribadisce il principio secondo cui “nell’ambito del sistema della ripartizione delle competenze comunitarie, la scelta della base giuridica di un atto dev’essere fondata su circostanze obiettive tra cui figurano gli obiettivi dell’atto di cui trattasi”².

Al fine di cogliere le ragioni della scelta del legislatore, occorre quindi innanzitutto indagare le **finalità** della Direttiva 2014/104.

La relazione alla proposta della Commissione è molto chiara nell’indicare gli obiettivi espressi e questi sono stati ripresi nei molteplici considerando del testo ora in vigore. Essi sono due e consistono, da un lato, nell’ottimizzare l’interazione fra l’applicazione a livello pubblico e a livello privato del diritto della concorrenza e, dall’altro, nel garantire che i soggetti danneggiati da infrazioni delle norme UE sulla concorrenza possano ottenere un pieno risarcimento per il danno subito³.

È chiaro fin dall’inizio delle spiegazioni contenute in tale relazione che la necessità del **primo** obiettivo è legata alla difficoltà di conciliare il programma di clemenza con le conseguenze ascrivibili all’esercizio del diritto al risarcimento. In effetti, la Commissione ribadisce che un’impresa non può sapere, al momento della sua cooperazione, se i danneggiati avranno accesso alle informazioni che essa ha volontariamente fornito all’autorità garante della concorrenza, visto che la Corte, nella sentenza *Pfleiderer*, ha ritenuto che spetti al giudice nazionale decidere se consentire o meno la divulgazione di tali informazioni. Questo potrebbe portare a discrepanze fra gli Stati membri e l’incertezza che ne risulterebbe quanto alla divulgabilità di tali informazioni potrebbe influenzare la scelta di un’impresa di avvalersi di un programma di clemenza. La perdita di attrattiva, e quindi di efficacia, di tali programmi sarebbe da evitare, poiché essi “rappresentano un importantissimo strumento per l’applicazione a livello pubblico delle norme UE sulla concorrenza”.

² (International Fund for Ireland) C-166/07, Parlement/Conseil, arrêt de la Cour du 3 septembre 2009, p. 42

³ V. p. 3-5 della relazione alla proposta della Commissione e, in particolare, i considerando 3 e 6 della Direttiva 2014/104.

Il **secondo** obiettivo, da perseguire essenzialmente attraverso l'uniformizzazione delle modalità procedurali di gestione dell'azione risarcitoria, è strettamente legato all'effettività del diritto al risarcimento. La Commissione aggiunge inoltre che “se aumenta la probabilità che gli autori delle infrazioni agli articoli 101 o 102 del trattato debbano sostenere i costi della violazione commessa, non solo sarà possibile evitare dei costi ai soggetti danneggiati da comportamenti illegali, ma si incoraggerà una maggiore osservanza delle norme UE sulla concorrenza”. La Commissione fa quindi ancora affidamento sulla vecchia idea degli effetti positivi del *private enforcement* sul *public enforcement*, il che emerge anche dai considerando 3 e 5 della Direttiva 2014/104.

Questi due obiettivi principali descritti nella Relazione sono ripresi dai considerando 2-6 che, in sostanza, spiegano l'importanza del ruolo delle autorità pubbliche e dei giudici, su istanza dei privati, nel garantire l'applicazione ed il rispetto della legislazione antitrust dell'Unione, di modo che le azioni risarcitorie devono essere regolamentate in maniera coerente al fine di assicurare l'efficacia tanto delle azioni risarcitorie quanto del controllo pubblico.

Si noti l'enunciato del considerando 4 che lega la necessità di garantire l'effettività del diritto al risarcimento di matrice europea con l'obbligazione che incombe sugli Stati membri in virtù tanto dell'articolo 47 della Carta che dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE di assicurare una protezione giurisdizionale effettiva. Se, infatti, tale enunciato sembra voler sottolineare l'importanza di una protezione assoluta del diritto al risarcimento, esso è immediatamente temperato dai due considerando che seguono e, in particolare, dal considerando 6, il quale introduce l'esigenza di un coordinamento coerente con l'applicazione a livello pubblico del diritto della concorrenza. Si tratta della prima avvisaglia di una tensione che percorre tutto il testo della Direttiva 2014/104 e ne costituisce il tallone d'Achille.

Ed infatti, dall'enunciazione stessa degli obiettivi della Direttiva 2014/104 emerge una contraddizione.

Se, da un lato, i programmi di clemenza devono essere protetti attraverso una divulgazione limitata delle informazioni di cui dispone l'autorità⁴ e, dall'altro, un maggior grado di efficacia dell'azione privata deve essere raggiunto a beneficio degli stessi

⁴ V. considerando 19.

interessi pubblici, questi due aspetti sono destinati a scontrarsi, visto che l'accesso a tali informazioni è particolarmente utile proprio per aumentare il grado di effettività della tutela privata. Non solo, la protezione dei programmi di clemenza, auspicata nel quadro del primo di questi obiettivi, contraddice il secondo, nella misura in cui riduce la probabilità che gli autori delle infrazioni sostengano i costi della violazione commessa.

La Commissione precisa poi che il modello di azione risarcitoria da perseguire ha una mera natura compensativa, il che giustifica “la scelta di non proporre misure quali le *class actions* di impronta americana, la divulgazione predibattimentale oppure il risarcimento cumulativo dei danni, che perseguirebbero principalmente uno scopo deterrente”⁵. Tuttavia, anche questa precisazione mal si concilia con la ragion d'essere dell'azione risarcitoria. Se, infatti, l'azione per danni esiste principalmente in quanto strumento complementare all'azione pubblica e merita protezione nella misura in cui permette di perseguire gli obiettivi di tale azione – e questa è, in sostanza, la tesi della Commissione -, sembra artificiale escludere ogni valore all'effetto deterrente che l'azione privata è suscettibile di produrre. Anzi, affidare al *private enforcement* anche una valenza deterrente avrebbe sicuramente contribuito al perseguimento degli obiettivi di carattere pubblico della disciplina della concorrenza.

Queste considerazioni di carattere programmatico sono state seguite nella redazione delle disposizioni della Direttiva 2014/104 in materia di divulgazione delle prove, a cui possono essere mosse critiche dello stesso segno e che fanno emergere le debolezze maggiori di quella direttiva.

Infine, nel considerando 6 è poi precisato il legame tra il coordinamento tra le due forme di applicazione del diritto della concorrenza e il corretto funzionamento del mercato interno.

Questa precisazione è importante, sia da un punto di vista sostanziale che da un punto di vista procedurale.

Da un punto di vista sostanziale, in effetti, l'ancoraggio della disciplina al mercato interno segnala ancora una volta che la materia della concorrenza rimane un caposaldo del

⁵ La Commissione conferma l'approccio risarcitorio nel suo commento all'articolo 2 (relazione, p. 15).

mercato interno, appunto⁶. Contrariamente alla posizione tradizionale (che è stata via via abbandonata), il legame è stato costruito in negativo, nel senso cioè di sottolineare come sia l'assenza di una regolamentazione uniformatrice a pregiudicare l'esercizio delle libertà fondamentali. In effetti, come descritto ai considerando da 7 a 9, poiché i soggetti danneggiati spesso scelgono il foro del loro Stato membro di stabilimento per presentare la domanda di risarcimento del danno, le discrepanze fra le norme nazionali portano a condizioni disomogenee per quanto riguarda le azioni per il risarcimento del danno e possono incidere sulla concorrenza nei mercati in cui operano tali soggetti e le imprese autrici della violazione. Peraltro tali imprese sono stabilite e operanti in Stati membri diversi e sono quindi soggette a norme procedurali che incidono fortemente sulla misura in cui possono essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento può portare ad un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 o 102 del TFUE e può disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace.

Da un punto di vista procedurale, l'aspetto della disciplina legato al mercato interno esclude che la direttiva possa essere adottata sulla sola base dell'articolo 103 TFUE⁷, ma esige, come indicato dal considerando 8, che essa sia ugualmente basata sull'articolo 114 TFUE⁸, il che implica l'adozione del testo attraverso la procedura legislativa ordinaria e, quindi, un'implicazione piena del Parlamento, di cui, invece, l'articolo 103 TFUE prevede la semplice consultazione.

La doppia base giuridica di un atto dell'Unione non è usuale ed anzi la giurisprudenza della Corte tende a guardare alla pratica di fondare un atto su due disposizioni di diritto

⁶ Il che appare già chiaramente nell'enunciato del considerando 1, ai sensi del quale gli articoli 101 e 102 TFUE "sono una questione di ordine pubblico e occorrerebbe provvedere alla loro applicazione efficace in tutta l'Unione per garantire che la concorrenza nel mercato interno non venga distorta".

⁷ "1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo [...]"

⁸ "1. Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. [...]"

primario con un certo sfavore. In effetti, secondo la Corte, il criterio di scelta della base giuridica dovrebbe essere quello della finalità o componente dell'atto che, sulla base di elementi oggettivi, appaia "principale o preponderante" rispetto alle altre⁹. L'adozione di due basi giuridiche è quindi ammessa solo "in via eccezionale, ... ove si tratti di un atto che persegue contemporaneamente più scopi o che ha più componenti tra loro inscindibili, senza che l'uno sia accessorio all'altro"¹⁰ o "senza che l'uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro"¹¹. Nel caso della Direttiva 2014/104 la Commissione ha motivato la sua scelta con gli argomenti che si sono appena ricordati. Ci si potrebbe chiedere se il ricorso al solo articolo 114 TFUE sarebbe stato sufficiente.

In effetti, in primo luogo, la scelta dello strumento della direttiva si presta a perseguire finalità di armonizzazione, ed infatti l'articolo 103 TFUE – benché ne contempli espressamente la possibilità – non è mai stato usato per fondarne una.

In secondo luogo, la materia della concorrenza è intimamente collegata con il mercato interno, di modo che l'armonizzazione delle regole sulle azioni risarcitorie avrebbe innegabilmente un effetto positivo per la realizzazione degli obiettivi di cui all'articolo 26 TFUE¹², come richiesto dall'articolo 114 TFUE.

Peraltro, la scelta di questa base giuridica avrebbe assicurato il rispetto delle prerogative del Parlamento, dal momento che l'articolo 114 TFUE prevede la procedura legislativa ordinaria.

Tuttavia, è anche vero che la scelta politica di adottare una direttiva che faciliti le azioni di risarcimento per le violazioni del diritto della concorrenza rientra nella politica affidata all'Unione di tutelare la concorrenza e, proprio perché la Commissione ancora considera il *private enforcement* come un alleato del *public enforcement* ed a questo strumentale,

⁹ V., in particolare, CG 11 settembre 2003, *Commissione c. Consiglio*, C-211/01.

¹⁰ V. CG 27 settembre 1988, *Commissione c. Consiglio*, 165/87, CG 19 settembre 2002, *Huber*, C-336/00, CG 12 dicembre 2002, *Commissione c. Consiglio*, C-281/01, CG 6 novembre 2008, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-155/07.

¹¹ V. CG 8 settembre 2009, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, C-411/06.

¹² "1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.
2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.
3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati."

sarebbe difficile sostenere che la Direttiva 2014/104 non applichi i principi di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, come richiesto dall'articolo 103 TFUE. Benché quindi sarebbe forse stato possibile fondare quella direttiva sul solo articolo 114 TFUE (mentre l'articolo 103 TFUE da solo probabilmente non sarebbe stato sufficiente a coprire le finalità di armonizzazione dei diritti nazionali), sembra comunque plausibile ritenere, come lo ha fatto il legislatore, che le due finalità della Direttiva 2014/104 dovevano essere basate su entrambe le disposizioni del trattato e che erano quindi inscindibili.

Vale comunque la pena ricordare che, in ogni caso, il ricorso contemporaneo a più basi giuridiche non è di per sé motivo di illegittimità dell'atto che ne deriva. A tal fine bisognerebbe ancora dimostrare che le procedure decisionali previste relativamente all'una o all'altra base giuridica sono incompatibili, nel senso che la loro applicazione combinata determini un'alterazione della posizione delle istituzioni coinvolte nel processo decisionale¹³. Se infatti l'applicazione congiunta di più basi giuridiche non produce quell'alterazione della posizione rispettiva delle istituzioni, il vizio dell'atto sarà da ritenere comunque solo formale e quindi non suscettibile di determinare di per sé l'illegittimità dello stesso¹⁴. L'incompatibilità delle procedure decisionali non è evidente da stabilire. Ma nel caso degli articoli 103 e 114 TFUE si tratta di due procedure che si limitano a riconoscere un ruolo diverso al Parlamento, senza che quello del Consiglio, che decide a maggioranza qualificata per gli atti di cui all'articolo 103 TFUE ma anche nel quadro della procedura legislativa ordinaria, ne sia in realtà compromesso. Al riguardo è utile ricordare che la Corte ha escluso l'incompatibilità nel caso di un'applicazione congiunta della procedura di consultazione con voto a maggioranza qualificata del Consiglio e di quella di co-decisione, per il solo fatto che non ne sarebbero messi a repentaglio i diritti del Parlamento europeo, il quale ne ricaverebbe anzi una più rilevante partecipazione all'adozione dell'atto di cui trattasi¹⁵. Esattamente come è avvenuto nel caso della Direttiva 2014/104.

¹³ V. CG 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, 300/89, CG 25 febbraio 1999, *Parlamento c. Consiglio*, C-164/97, CG 10 gennaio 2006, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, C-178/03.

¹⁴ V. CG 9 settembre 2004, *Spagna e Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio*, cause riunite C-184/02 e C-223/02, e CG 14 dicembre 2004, *Swedish Match*, C-210/03.

¹⁵ V. CG 10 dicembre 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, CG 10 gennaio 2006, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, C-178/03, e CG 6 novembre 2008, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-155/07.

Detto questo, la contestazione della base giuridica da parte di istituzioni e Stati membri in via diretta è ormai esclusa, visto che i termini per introdurre un ricorso per annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE contro la Direttiva 2014/104 sono scaduti. Parlando agli avvocati in sala, segnalo che invece non è ancora esclusa la possibilità di sollevare un'eccezione di illegalità ai sensi dell'articolo 277 TFUE. Al riguardo, le recenti conclusioni dell'AG Cruz Villalón nella causa ancora pendente *National Iranian Oil Company*¹⁶ si sono pronunciate proprio sulla questione dell'interesse ad agire di un privato che fa valere, nell'ambito di un'eccezione d'illegalità, l'errore nella scelta della base giuridica dell'atto in questione, problematica che non è ancora stata affrontata dalla Corte ma che l'AG risolve in senso positivo.

3. I rapporti tra la Direttiva n° 2014/104 e il regolamento n° 1/2003

Il fatto stesso che uno degli obiettivi espressamente (e ripetutamente¹⁷) dichiarati della Direttiva 2014/104 sia quello di assicurare il coordinamento tra l'applicazione a livello pubblicistico e quella a livello privatistico del diritto della concorrenza lascia intendere abbastanza chiaramente che questi due “canali”, se, appunto, non regolati in modo specifico, non sono in grado di procedere parallelamente ed autonomamente. Ed infatti, essi hanno piuttosto la tendenza a scontrarsi e, pur perseguendo entrambi finalità compatibili e complementari, possono presentare aspetti contraddittori.

È indubbio, certo, che, sotto molti profili, essi si rafforzano reciprocamente. Da una parte, è evidente che il rischio di esporsi al pagamento di risarcimenti del danno è tanto più elevato quanto più efficace è la regolamentazione delle relative azioni giudiziarie, rischio che ha necessariamente un impatto sulle scelte strategiche delle imprese, prima fra tutte quella di violare il diritto della concorrenza. Da qui, gli effetti anche deterrenti della responsabilità civile in questa materia, effetti che, pur non dovendo essere confusi con le finalità di tale responsabilità, sono innegabili e contribuiscono a rafforzare l'azione delle autorità della concorrenza volta principalmente a prevenire le infrazioni, sanzionandole laddove esse siano constatate. Dall'altra parte, anche l'azione pubblica è un alleato dei

¹⁶ Causa C-440/14, conclusioni del 3 settembre 2015, punti 61-75.

¹⁷ V., in particolare, il considerando 6.

danneggiati che intendono chiedere il risarcimento, nella misura in cui, potendo affidarsi a strumenti e poteri di carattere pubblico, più facilmente può arrivare alla constatazione dell'esistenza di una violazione che, per i noti motivi, è difficile provare per il consumatore, vittima abituale di tale violazione. Anche in questo caso si tratta di effetti positivi dell'azione pubblica sull'azione privata, da non confondersi con la sua finalità, che non è ovviamente quella di facilitare le azioni di risarcimento del danno bensì quella di perseguire e sanzionare le infrazioni constatate, così prevenendo infrazioni future a tutela del bene pubblico protetto dal diritto della concorrenza.

Di questo profilo la Direttiva 2014/104 tiene conto nella regolazione degli effetti delle decisioni amministrative sui procedimenti giudiziari aventi per oggetto delle azioni per risarcimento, dalla quale comincia proprio il coordinamento tra l'azione pubblica e quella privata.

a) Il valore probatorio della decisione amministrativa

A questo proposito una prima distinzione deve essere fatta tra le decisioni (definitive) della Commissione e quelle delle autorità nazionali di concorrenza.

Le prime, infatti, come chiarito fin dalla giurisprudenza *Delimitis*¹⁸ e *Masterfoods*¹⁹, nonché dell'articolo 16 del regolamento n° 1/2003, spiegano degli effetti vincolanti in merito alla constatazione di un'infrazione alle regole antitrust dell'Unione tanto sulle autorità nazionali di concorrenza che sui giudici.

Per quanto riguarda invece le decisioni delle autorità nazionali, queste non possono vincolare la Commissione, come specificato dalla sentenza *Masterfoods*, ma allo stesso tempo i loro effetti sull'apprezzamento dei giudici nazionali rimaneva una questione di diritto nazionale. E questo anche in applicazione del regolamento n° 1/2003.

A questo riguardo, la Direttiva 2014/104 introduce una disciplina specifica, attribuendo effetti diversi alle decisioni, a seconda che siano prodotte davanti ad un giudice dello stesso Stato membro dell'autorità che le ha adottate ovvero di un altro Stato membro.

¹⁸ CG 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89.

¹⁹ CG 14 dicembre 2000, *Masterfoods*, C-344/98.

Più specificamente, l'articolo 9, paragrafo 1, esige che una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale di uno Stato membro sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali dello stesso Stato membro ai sensi degli articoli 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto della concorrenza nazionale.

A ciò, il Parlamento ha anche aggiunto che una decisione definitiva emessa in un altro Stato membro possa, conformemente alla rispettiva legislazione nazionale, rappresentare per i 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 altri elementi presentati dalle parti.

L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali sulle azioni giudiziarie per danni non è tuttavia senza limiti. Infatti, il considerando 34 della Direttiva 2014/104 precisa ancora che esso dovrebbe riguardare “soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”.

Ma su questa questione mi fermo qui, perché i dettagli verranno precisati più tardi da Igor Taccani.

Mi limito solo ad aggiungere che l'articolo 9, che del resto codifica regole già esistenti in alcuni ordinamenti nazionali, è essenzialmente finalizzato ad alleggerire l'onere probatorio dell'attore. A riprova dell'efficacia di regole che attribuiscono un valore privilegiato alla decisione amministrativa sta il fatto che, ad oggi, la maggioranza delle cause di risarcimento introdotte davanti ai giudici nazionali sono del tipo *follow-on*²⁰.

Resta tuttavia il fatto che, anche così, l'onere della prova incombente sul preteso danneggiato è ancora molto difficile da assolvere, considerato, in particolare, che anche se la violazione è accertata e, quindi, provata, gli altri elementi probatori necessari per sostanziare un'azione risarcitoria – riguardanti soprattutto il nesso di causalità e l'ammontare del danno – devono spesso essere ricercati altrove che nella decisione amministrativa. La difficoltà di reperire questi elementi risiede nel fatto che le violazioni

²⁰ Si veda, al riguardo, la relazione della Commissione alla sua proposta di direttiva nonché l'*impact assessment* (Doc. SWD(2013)203 def. 11 giugno 2013), punto 30, entrambi disponibili sul sito internet della DG Concorrenza.

sono segrete e le relazioni tra danneggiante e danneggiato si caratterizzano per un'elevata asimmetria informativa a favore dell'impresa danneggiante. La Direttiva 2014/104 prevede una disciplina specifica dell'accesso alla prova improntata, in linea di principio, all'obiettivo di facilitare il compito del danneggiante per correggere tale asimmetria, pur preservando la confidenzialità, in particolare, delle dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza.

b) L'accesso al fascicolo

Le disposizioni che riguardano l'accesso al fascicolo sono principalmente gli articoli da 5 a 7 della Direttiva 2014/104. In sostanza, ne risulta una disciplina improntata alla cautela. Infatti, ai sensi dell'articolo 5, che regola la divulgazione in generale delle prove, i soggetti assertivamente danneggiati non hanno un diritto d'accesso diretto al fascicolo amministrativo²¹, poiché solo il giudice adito di una domanda risarcitoria può, constatato il *fumus boni iuris* alla base della domanda, ordinare la divulgazione delle prove o di elementi di prova al convenuto (o all'attore se la domanda proviene dal convenuto) o a terzi (incluso, come precisato dal considerando 15, le pubbliche autorità). Ai fini dell'ottenimento di un ordine di divulgazione, la domanda attorea deve contenere una "giustificazione motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno". Inoltre, il giudice accoglie la domanda nei limiti del principio di proporzionalità e tutelando, in particolare, le informazioni riservate. Dalla definizione di "prove" contenuta nell'articolo 2, *sub* 13, si deduce che la domanda di ingiunzione può avere ad oggetto "tutti i tipi di mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale adito".

Questa regola così ampia è in realtà già temperata dallo stesso articolo 5 che, come anticipato dai considerando 22 e 23, vi impone la considerazione del principio di proporzionalità, di modo che il giudice possa ordinare la divulgazione solo dei documenti realmente utili, sulla base della richiesta motivata del richiedente, e senza pregiudicare le informazioni riservate delle imprese coinvolte. In proposito, il paragrafo 5 dello stesso articolo ribadisce che l'interesse delle imprese a evitare azioni per il risarcimento del

²¹ Il che, come visto *supra*, secondo la giurisprudenza della Corte potrebbe escludere un tale diritto anche ai sensi del regolamento n° 1049/2001.

danno in seguito a una violazione del diritto della concorrenza non costituisce un interesse meritevole di tutela.

Ma la regola dell'articolo 5 è soprattutto limitata dal successivo articolo 6, specificamente dedicato alla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo amministrativo. La redazione di questa disposizione ha subito diverse modifiche in sede di approvazione parlamentare e risulta particolarmente complessa. Tuttavia, per quanto riguarda l'aspetto cruciale dell'accesso ai documenti di cui l'autorità amministrativa è venuta in possesso in virtù di un programma sul trattamento favorevole, la soluzione scelta rimane invariata ed è di netta chiusura.

Infatti, ai sensi del paragrafo 6, “[g]li Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non possano in alcun momento ingiungere a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie: a) dichiarazioni di imprese legate a un programma di trattamento favorevole; e b) proposte di transazione”. Invece, la divulgazione può essere ordinata, ma solo dopo che l'autorità della concorrenza ha chiuso il suo procedimento, per a) informazioni preparate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che le autorità garanti della concorrenza hanno preparato e trasmesso alle parti nel corso del procedimento; c) proposte di transazione ritirate²².

Quanto all'idoneità degli articoli 5 e 6 della Direttiva 2014/104 a perseguire i loro obiettivi, occorre ricordare che, ai sensi del considerando 21, l'efficacia e la coerenza dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza richiedono un approccio comune a livello di Unione per quanto riguarda la divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza. Ci si può chiedere se l'articolo 6 garantisca tale approccio comune, nella misura in cui esso esclude categoricamente che un terzo possa ottenere l'accesso ai documenti ottenuti nell'ambito di un programma di clemenza o di una transazione. Invece, la presunzione generale di confidenzialità che la giurisprudenza, in

²² I successivi articoli 7 e 8, che concretizzano il considerando 32, prevedono, rispettivamente, la sanzione diretta dell'inammissibilità nei giudizi risarcitori delle prove ottenute in violazione dei limiti posti dall'articolo 6 nonché la possibilità, indiretta, che i giudici dispongano delle sanzioni per l'uso improprio di tali prove.

particolare, da ultimo, la sentenza *EnBW* ha riconosciuto in virtù dei rapporti tra il regolamento n° 1/2003 e il regolamento n° 1049/2001 sulla trasparenza e che copre gli stessi documenti contenuti nel fascicolo della Commissione, è solo relativa e può essere vinta, a seguito di una ponderazione caso per caso degli interessi in gioco, proprio qualora la divulgazione di un dato documento sia necessaria per l'introduzione di una causa risarcitoria²³. Ponderazione che infatti la sentenza *Donau Chemie* esige anche dal diritto nazionale.

I dubbi principali in merito all'articolo 6 riguardano, tuttavia, le ragioni che sono invocate dal legislatore per giustificare la regola di chiusura assoluta. I considerando della Direttiva 2014/104 infatti spiegano con dovizia tali ragioni che, in sostanza, sono le stesse che la Commissione²⁴ – nel suo ruolo di autorità della concorrenza – ha difeso davanti alla Corte. L'approccio della direttiva tradisce quindi ancora una certa deferenza verso l'applicazione a livello pubblicistico (ovvero il *public enforcement*) del diritto della concorrenza. Tale deferenza è già presente nel considerando 24 ai sensi del quale i giudici possono considerare l'interesse all'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza allorquando ordinano la divulgazione di prove di qualsiasi tipo, diverse dalle dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza e dalle proposte di transazione. Per quanto riguarda invece queste ultime, è il legislatore stesso che opera un bilanciamento a priori ed assoluto, sulla base delle considerazioni espresse al successivo considerando 26. In sostanza, la confidenzialità degli elementi di prova ottenuti attraverso i programmi di clemenza e le procedure di transazione si giustifica in ragione del fatto che tali strumenti sono “importanti per l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza dell'Unione, poiché contribuiscono ad individuare e perseguire efficacemente e sanzionare le violazioni più gravi di tali norme” e servono altresì gli interessi dei danneggiati poiché spesso le azioni risarcitorie sono successive alle decisioni adottate dalle autorità proprio sulla base di richieste di clemenza. Visto che le “imprese potrebbero essere dissuase dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza nell'ambito di programmi di clemenza e di procedure di transazione se dichiarazioni contenenti prove

²³ CG 27 febbraio 2014, *Commissione c. EnBW*, C-365/12 P, punti 107 e 108.

²⁴ Per la quale v. anche la Relazione alla proposta di direttiva, disponibile sul sito della DG Concorrenza, in cui si chiarisce che esse sono previste “per impedire che la divulgazione di prove comprometta l'applicazione a livello pubblico delle norme in materia di concorrenza” (p. 16).

autoincriminanti, quali le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione predisposte soltanto ai fini della collaborazione con le autorità garanti della concorrenza venissero divulgate”, tale divulgazione “comporterebbe il rischio di esporre le imprese che collaborano o il loro personale con funzioni di amministrazione o direzione a responsabilità civile o penale a condizioni peggiori di quelle dei coautori della violazione che non collaborano con le autorità garanti della concorrenza”.

I giudici dell’Unione, quando non hanno semplicemente respinto queste considerazioni, si sono limitati a considerarle sufficienti solo per invertire l’onere probatorio ed esigere dal richiedente maggiori informazioni sulla reale necessità degli elementi di prova di cui è richiesto l’accesso. In nessun caso la Corte, che sia nell’ambito della giurisprudenza avente ad oggetto l’interpretazione del regolamento n° 1049/2001 ovvero degli articoli 101 e 102 TFUE, ha ammesso che tali considerazioni di carattere generale, anche a volerle considerare fondate, siano sufficienti per giustificare una regola di totale chiusura per tutte le informazioni non pre-esistenti ottenute dalle autorità nell’ambito di un programma di clemenza.

In effetti, contrariamente alla Commissione, la Corte, pur riconoscendo che i programmi di clemenza sono strumenti utili per l’applicazione del diritto della concorrenza²⁵, non li considera come degli strumenti indispensabili né in linea generale né, a fortiori, così come previsti dalla Comunicazione²⁶ della Commissione. Ancora nella sentenza *Kone*, infatti, essa ha affermato, in risposta all’argomento di una parte secondo cui le azioni risarcitorie sono tali da dissuadere le imprese interessate a cooperare con le autorità in materia di concorrenza nell’istruzione delle pratiche, che il programma di clemenza è un programma attuato dalla Commissione con la propria comunicazione, che è sprovvisto di forza legislativa e non è vincolante nei confronti degli Stati membri²⁷. Conseguentemente, “tale programma di clemenza non può privare i singoli del diritto di ottenere, dinanzi ai giudici

²⁵ CG 14 giugno 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, CG 6 giugno 2013, *Donau Chemie e.a.*, C-536/11, e CG 27 febbraio 2014, *Commissione c. EnBW*, C-365/12 P.

²⁶ Comunicazione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GUUE 2006, C 298/17).

²⁷ CG 14 giugno 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, punto 21

nazionali, il risarcimento del danno subito a seguito di una violazione dell'articolo 101 TFUE”²⁸.

Tale ultima affermazione, mal si concilia con l'ultima frase del considerando 26 della Direttiva 2014/104 ai sensi del quale, come si è visto, per assicurare che la deroga all'accesso non interferisca in modo indebito con il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati, essa dovrebbe essere circoscritta alle dichiarazioni volontarie e autoincriminanti legate a un programma di clemenza e a proposte di transazione. Sembra, infatti, potersi intendere il messaggio della Corte nel senso inverso e cioè che, proprio per assicurare l'esercizio effettivo del diritto al risarcimento, anche le informazioni ottenute tramite un programma di clemenza dovrebbero poter essere divulgate, almeno a determinate condizioni.

Il postulato principale su cui ruotano le limitazioni all'accesso agli elementi di prova (e alla responsabilità solidale delle imprese condannate) è quello dell'importanza fondamentale dei programmi di clemenza. Al riguardo, pur riconoscendo – come ha fatto la Corte stessa in più occasioni – che i programmi di clemenza sono uno strumento utilissimo nella lotta ai cartelli perché permettono di far venire alla luce accordi segreti che altrimenti sarebbe oltremodo difficile individuare, varrebbe la pena chiedersi, prima di concedere a tali programmi una protezione particolarmente estesa a detrimento dei danneggiati, se tale importanza è davvero provata e, in caso affermativo, se non sia auspicabile modificare il sistema generale della lotta ai cartelli in modo tale che la dipendenza del controllo pubblico dalla cooperazione delle imprese cartelliste sia almeno ridotta. In proposito la Commissione non ha ancora fornito elementi molto convincenti. Nei documenti della proposta, ma anche davanti ai giudici dell'Unione, essa si è sempre limitata a ribadire che senza i programmi di clemenza molti cartelli non sarebbero mai stati scoperti.

Questa posizione si presta a diverse considerazioni critiche. Mi limiterò a menzionarne due.

In primo luogo, la dipendenza della Commissione dai programmi di clemenza costituisce una stortura del sistema, almeno nella misura in cui determina, sebbene indirettamente, la

²⁸ CG 5 giugno 2014, *Kone*, C-557/12, punto 36.

direzione dell'attività repressiva della Commissione. Direzione che, necessariamente, non seguirà una linea politica precisa²⁹ volta ad intervenire in settori determinati o in ambiti particolarmente delicati o sensibili per i consumatori, ma sarà essenzialmente casuistica, nel senso che si attiverà in funzione della domanda di clemenza. Tale conseguenza rende quindi priva di reale contenuto e giustificazione la discrezionalità attribuita alla Commissione nella definizione della politica di concorrenza³⁰.

In secondo luogo, i cartelli in cui sono mature le condizioni necessarie affinché uno dei cartellisti decida di ricorrere al programma di clemenza sono, quasi necessariamente, cartelli in via di estinzione, ovvero cartelli che esistono già da tempo, in cui i rapporti tra cartellisti sono in mutazione e in cui almeno per uno dei cartellisti i vantaggi derivanti dalla partecipazione all'intesa non sono più sufficienti a giustificare la prosecuzione del cartello (mentre, presumibilmente, vi è stato un momento storico in cui la partecipazione al cartello era conveniente, altrimenti non sarebbe stato economicamente razionale per l'impresa aderirvi). Sono in altre parole cartelli ormai moribondi, che tuttavia possono aver già causato gravi danni al mercato. Se la Commissione si affida troppo alla clemenza, il rischio è che, in sostanza, il cartello funzioni perfettamente per le imprese, salvo avere una durata più breve di quanto sarebbe stata la sua vita naturale, ammesso che, secondo la teoria economica, tutti i cartelli tendono ad estinguersi.

Di fronte alla consapevolezza delle criticità tra le scelte della Direttiva e la giurisprudenza più recente, in particolare *EnBW* e *Donau Chemie*, la Commissione sembra che si sia mossa su due fronti.

c) Le modifiche al quadro regolamentare vigente

Da una parte, e vengo al mio terzo punto, essa ha avviato una riforma del quadro regolamentare attuale di diritto dell'Unione europea al fine di renderlo coerente con la Direttiva 2014/104. Le modifiche proposte riguardano, in sostanza, oltre ad alcuni aspetti minori e alla disciplina della transazione, proprio l'accesso ai documenti del fascicolo ottenuti nell'ambito del programma di clemenza della Commissione.

²⁹ Come invece dovrebbe, conformemente al trattato e così come risulta tanto dal punto 7 della Comunicazione sulla clemenza che dal punto 4 degli Orientamenti sul calcolo delle ammende.

³⁰ Senza cogliere la tensione indicata nel testo, si sofferma sulla discrezionalità della Commissione W.P.J. Wils, *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement*, in *World Comp.*, 2011, p. 353.

Il pacchetto di modifiche riguarda, in primo luogo, il regolamento n° 773/2004. Concretamente, la Commissione intende fornire una base giuridica di diritto positivo (hard law) al programma di clemenza che, da quando è stato introdotto nel 1996 è sempre stato disciplinato da comunicazioni. Inoltre, è aggiunto un nuovo Capo *Vibis* concernente i limiti all'uso delle informazioni ottenute nel corso del procedimento della Commissione.

In secondo luogo, la Commissione ha modificato la Comunicazione sull'accesso al fascicolo³¹, la Comunicazione concernente la transazione³², la Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali³³, ed infine la Comunicazione sulla clemenza³⁴.

In particolare, nella Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali è aggiunto un punto *26bis* ai sensi del quale la Commissione non trasmetterà in alcun momento alle giurisdizioni nazionali le dichiarazioni ufficiali d'impresa legate a un programma di trattamento favorevole ai sensi dell'articolo *4bis*, paragrafo 2, del regolamento n° 773/2004 ai fini del loro uso in azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione degli articoli 101 o 102 TFUE.

In conformità con questa modifica, il nuovo punto *35bis* della Comunicazione sulla clemenza prevede che “la Commissione non trasmetterà in alcun momento alle giurisdizioni nazionali dichiarazioni ufficiali d'impresa legate a un programma di trattamento favorevole ai fini del loro uso in azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione di dette disposizioni del trattato”.

Naturalmente, queste nuove regole essendo molto simili a quelle della Direttiva 2014/104 si espongono alle stesse critiche.

³¹ Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (*GUUE* 2005 C 325/7).

³² Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento n° 1/2003 nei casi di cartelli (*GUUE* 2008 C 167/1).

³³ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (*GUUE* 204 C 101/54).

³⁴ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (*GUUE* 2006 C 298/11).

Quello che sorprende, in questo contesto, è la diversa risposta che a problemi simili hanno dato la Commissione e il legislatore americano a cui, non bisogna scordarlo, la Commissione si è ispirata per introdurre la clemenza.

Come noto, il sistema degli Stati Uniti prevede un meccanismo di sanzioni di carattere pubblico diverso per natura e per tipologia, essendo previste, accanto alle sanzioni pecuniarie, quelle, di carattere penale, privative della libertà. A queste, poi, si aggiunge la triplicazione del danno. Ma se le sanzioni pecuniarie e le pene detentive sono volte a salvaguardare l'interesse pubblico all'osservanza delle regole antitrust, la triplicazione del danno, anch'essa di carattere pubblico, benché diretta a vantaggio del danneggiato, potrebbe considerarsi, sotto questo profilo, come una certa misura di *overdeterrence*, visto che già le prime due forme di sanzione sono previste a tutela del bene pubblico oggetto della legislazione antitrust. Ebbene, è proprio questa porzione della sanzione, rappresentata dalla triplicazione del danno, che rientra nel trattamento premiale della riforma allo Sherman Act intervenuta con l'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act³⁵. Questo, infatti, allo scopo di rafforzare la protezione pubblica, da una parte, ha aumentato la misura delle sanzioni di carattere pubblico³⁶ e, dall'altro, ha ridotto l'esposizione delle imprese alla porzione di danni "pubblici", escludendo la triplicazione per coloro che sono ammessi al programma di leniency. A questo proposito, però, la riforma americana si è ben guardata dal ridurre la responsabilità extracontrattuale delle imprese. In effetti, da una parte, l'immunità riguarda solo la triplicazione e non anche il risarcimento; la porzione compensativa dei danni resta quindi integralmente risarcibile. Dall'altra, e soprattutto, l'immunità stessa è condizionata all'impegno del richiedente di risarcire il danno³⁷.

Sembra pertanto utile ribadire che, pur senza trascurare la tutela di un certo grado di efficacia del programma di clemenza, l'osservanza del diritto della concorrenza deve essere prioritariamente condotto utilizzando lo strumento previsto dal trattato, cioè

³⁵ 118 Stat. 665, 668 (2004). Il nome stesso della legge richiama le intenzioni di potenziamento della tutela pubblicistica penale.

³⁶ L'ammenda massima per le imprese – che, tra l'altro, resta decisamente meno elevata che nel sistema europeo – passa da USD 10 milioni a USD 100 milioni; quella per le persone fisiche da USD 350.000 a 1 milione e la pena detentiva da 3 a 10 anni.

³⁷ Tra le condizioni cumulativamente previste per poter ricorrere alla *corporate leniency* è previsto che «where possible, the corporation makes restitution to injured parties».

l'ammenda. Questo, concretamente, significa che tra i diversi meccanismi astrattamente disponibili per tutelare e anche rafforzare il programma di clemenza come mezzo particolarmente utile per individuare i cartelli, occorre in primo luogo scegliere quelli che operano sulle sanzioni pecuniarie e solo in un secondo momento, qualora ve ne sia la necessità, su altri meccanismi come le azioni di danno (*rectius*, l'immunità dalla responsabilità extracontrattuale) che hanno come conseguenza quella di compromettere l'effettività del diritto al risarcimento delle vittime dell'infrazione.

d) La pubblicazione delle decisioni

Su un altro fronte, e vengo al mio quarto e ultimo punto, la Commissione ha agito facendo leva sull'articolo 30 del regolamento n° 1/2003 che prevede la pubblicazione delle decisioni, nel rispetto del segreto professionale.

Come noto, infatti, la Commissione ha recentemente intrapreso la pubblicazione (e a volte la ripubblicazione) di versioni non confidenziali di alcune decisioni che avevano constatato la violazione del diritto antitrust, versioni più dettagliate di quelle precedentemente pubblicate, o, comunque, particolarmente dettagliate. Questo allo scopo, ovviamente, di fornire già nella decisione la maggior mole possibile di elementi di prova da utilizzare per le azioni risarcitorie.

Naturalmente le decisioni del consigliere auditore, adito dalle imprese per contestare tale pubblicazione, sono state impugnate quando respingevano le opposizioni delle imprese e una giurisprudenza particolarmente interessante si sta formando, in particolare sulla base di alcune recenti sentenze del Tribunale³⁸. Tali sentenze non sono ancora definitive, ma è interessante osservare la posizione difesa dalla Commissione nelle relative cause. Posizione sensibilmente diversa e più aderente agli insegnamenti della Corte, nella misura in cui sembra meno deferente nei confronti dei programmi di clemenza.

Le due cause in questione hanno ad oggetto la decisione della Commissione di respingere una domanda di trattamento confidenziale avanzata da due imprese coinvolte in un cartello accertato da una precedente decisione della Commissione. La decisione di condanna era già stata pubblicata, conformemente all'articolo 30 del regolamento n° 1/2003, in versione non confidenziale, ma la Commissione aveva ritenuto opportuno

³⁸ Trib. 28 gennaio 2015, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, T-345/12 e *Evonik Degussa c. Commissione*, T-341/12.

pubblicarne una nuova versione, sempre non confidenziale, ma più dettagliata e contenente, in particolare, una serie di informazioni che la Commissione aveva ottenuto dalle due imprese ricorrenti nell'ambito del programma di clemenza. Non è necessario entrare nel dettaglio della motivazione, ma è sufficiente rilevare che la Commissione, per giustificare il rifiuto di mantenere la confidenzialità di tali informazioni (che quindi diventavano pubbliche anche in assenza di qualunque richiesta d'accesso) ha sostanzialmente sostenuto l'infondatezza di tutti gli argomenti avanzati dalle ricorrenti e che la Commissione stessa aveva costantemente sostenuto per difendere le sue decisioni che rifiutavano l'accesso ad informazioni dello stesso tipo. E così la Commissione esclude che la divulgazione di tali informazioni possa dissuadere le imprese dall'utilizzare in futuro il programma di clemenza, che quindi tale divulgazione non pregiudicava le attività d'indagine della Commissione né arrecava un serio danno alle imprese, tenuto conto del fatto che l'esposizione a cause risarcitorie non può essere considerato come un interesse degno di protezione (affermazione già contenuta nell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva) e che non era rilevante la circostanza che tale divulgazione disavvantaggerebbe in modo significativo le imprese che si sono avvalse del programma di clemenza rispetto a quelle che invece non vi hanno fatto ricorso.

Insomma, la Commissione sembra assumere una posizione speculare rispetto a quella difesa in materia di accesso al fascicolo. Se tale mutamento di posizione sarà confermato, ciò non potrà che essere considerato positivamente, nella misura in cui esso sarebbe compatibile con un'interpretazione della Direttiva 2014/104 – ed in particolare del suo articolo 6 – volta a rafforzare la separazione tra le due forme di responsabilità dell'impresa, amministrativa e civile. Separazione che, senza escludere la loro complementarietà, ne interrompe qualunque rapporto di strumentalità e, quindi, di immotivata deferenza.

Peraltro, per concludere sul punto, nella stessa Direttiva 2014/104 esiste almeno un altro possibile appiglio per confermarne un'interpretazione nel senso indicato, e si tratta dell'articolo 18, paragrafo 3, ai sensi del quale “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”. In effetti, tale regola costituisce un ponte tra le due responsabilità e implica che esse debbano essere tenute separate. Tale ponte però dovrebbe essere rafforzato rendendo obbligatorio per le imprese

impegnarsi a rendere effettivo e pieno il risarcimento per poter aspirare al trattamento favorevole.

Conclusioni