

Scuola Superiore della Magistratura, Università degli Studi di Genova e Ordine degli  
Avvocati di Genova

Progetto JUECON

Genova, 20 Novembre 2015

**“L’impatto della Direttiva 104/2014 sul private *enforcement*. Profili applicativi di  
diritto della Concorrenza e problemi aperti”**

**“Il rapporto tra private e public *enforcement* nel diritto della concorrenza,  
aspetti generali ed istituzionali”**

Gabriella Muscolo

Componente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

## **I. La cooperazione dal Regolamento CE 1/2003 alla Direttiva 2014/104 UE**

Il “popolo dell’*antitrust*” europeo - così definito da Giuseppe Tesauro in traduzione della ricorrente locuzione “*antitrust community*”- ha atteso a lungo l’adozione della Direttiva 2014/104 UE sulle azioni di risarcimento del danno (di seguito anche “Direttiva”).

In particolare - in un contesto di crescente consapevolezza, da parte di questa comunità, della complementarità tra *public* e *private enforcement* del diritto *antitrust* per l’effettiva applicazione delle regole di concorrenza - le aspettative hanno riguardato i meccanismi di cooperazione tra Commissione europea e Autorità Nazionali della Concorrenza (di seguito anche “ANC”) da un lato e Corti Nazionali dall’altro.

Lo stesso *Considerandum* 6 della Direttiva ricorda come: “*per garantire un efficace applicazione a livello privatistico [...] e un’efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza*”, e il sistema è stato definito nella relazione di accompagnamento e in varie sedi come a “*due pilastri*”.

Il principio di cooperazione era invero già affermato nel Regolamento CE 1/2003 sulla modernizzazione della concorrenza ed invero negli artt. 15 e 16 del medesimo, rispettivamente rubricati “Cooperazione con le giurisdizioni nazionali” e “Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza”: tuttavia la non piena applicazione in tutti gli Stati membri degli strumenti ivi previsti ha ingenerato la necessità di istituire nuovi modelli di collaborazione tra *public* e *private enforcers*.

Il recepimento della Direttiva in Italia è in fase avanzata. E’ stata infatti istituita una Commissione in seno al Governo la quale ha già esaminato il testo ed individuato i nodi critici. Il 9 luglio 2015 è stata inoltre approvata la legge n. 114 con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, i decreti legislativi per l’attuazione, tra le altre, della Direttiva sulle azioni di risarcimento del danno.

In questo contesto, l’implementazione delle nuove norme sulla cooperazione tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche “Autorità” o “AGCM”) e Tribunali dell’impresa (e Corti di Appello) costituisce una delle principali sfide per il legislatore nazionale. L’Autorità è intensamente impegnata anche nella c.d. fase “discendente” della adozione di queste norme.

## **II. Gli strumenti di interazione tra *public* e *private enforcement* previsti dalla Direttiva 2014/104 UE**

Il primo gruppo di strumenti di cooperazione si situa nel sottosistema di diritto delle prove nel processo antitrust e dunque nella sezione intitolata “Divulgazione delle prove”. La prima norma rilevante è quella dell’art. 6, para 7, che prevede la possibilità per le Corti di richiedere l’assistenza delle ANC nell’accertamento della natura delle informazioni di cui al para 6 come effettivamente attinenti a programma di clemenza e a impegni e quindi inclusi nella c.d. *black list*, a cui è fatto divieto assoluto di accesso, a scopo di protezione dell’effettività del *public enforcement*, che in un bilanciamento tra il diritto alla prova della parte e la riservatezza delle informazioni fa prevalere quest’ultima.

La seconda norma rilevante a proposito è quella del medesimo art. 6 para 11, per cui le ANC possono spontaneamente presentare osservazioni alle Corti nazionali sul test di proporzionalità della *discovery*, nuovo mezzo di prova previsto dalla Direttiva quale facilitatore dell’accesso alla prova e strumento per attenuare l’asimmetria informativa delle parti, sul modello di *disclosure* europea già

offerto dalla direttiva 2004/48 sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale. Si tratta di una declinazione della facoltà di presentare osservazioni come *amicus curiae*, già prevista dall'art. 15 para 3 del Regolamento CE 1/2003, richiamato anche dal *considerandum* 30 della Direttiva. Tale norma tuttavia richiede, per essere effettiva, l'implementazione di un meccanismo di informazione circa la pendenza del processo e la presentazione dell'istanza di ostensione, onde non incorrere nella sua non applicazione, come già accaduto in Italia con il citato art. 15 para 3. Attualmente, infatti, la legislazione italiana non prevede alcun flusso di informazioni e l'Autorità non è in grado di sapere quando intervenire nel test di proporzionalità.

Il terzo meccanismo in cui si inverte il principio di cooperazione è quello previsto nella sezione della "Quantificazione del danno" dall'art. 17, para 3 sulla assistenza delle ANC alle Corti nella determinazione dell'ammontare del danno. L'assistenza è prevista a richiesta della Corte - con cui esclusivamente si instaura l'interlocuzione della Autorità anche nel caso in cui il giudice abbia nominato quale ausiliario un consulente tecnico - ed è rimessa alla discrezionalità del *public enforcer* che decide sulla opportunità dell'intervento e, in collaborazione col giudice, sul suo ambito.

La norma ha una grande importanza anche sotto il profilo probatorio, da un lato essendo la quantificazione del danno uno degli elementi di maggiore asimmetria informativa delle parti nel processo *antitrust*, e d'altro canto potendo la assistenza qualificata della Autorità costituire un mezzo per garantire il rispetto di un elevato *standard* probatorio.

Il quarto meccanismo di cooperazione, ed il più noto, è quello regolato nel Capo III, nella sezione "Effetto delle decisioni nazionali, termini di prescrizioni e responsabilità in solido" dall'art. 9 della Direttiva che prevede l'effetto vincolante delle decisioni delle ANC per le Corti ed è su quest'ultima che si concentrerà in particolare il mio intervento.

### **III. Gli effetti delle decisioni delle Autorità Nazionali di Concorrenza**

Prima dell'adozione dell'articolo 9 della Direttiva, la questione degli effetti vincolanti delle decisioni delle ANC nei confronti delle Corti nazionali è stata oggetto di un acceso dibattito. Senza pretesa di esaustività in tale contesto, si ricorda che le due tesi, a favore e contro, erano così argomentate.

La tesi a favore trovava il suo grimaldello sull'economia processuale, dal momento che l'effetto vincolante della decisione nei casi di *follow-on actions* avrebbe fatto venir meno la necessità di svolgere nuove indagini per accertare la presunta infrazione ed inoltre avrebbe dato un incentivo alle imprese a transigere invece che a litigare.

La tesi contraria invece sottolineava come nell'ordinamento europeo e in quello di molti Stati membri le violazioni antitrust venissero accertate attraverso sistemi inquisitori e per tanto vi era il rischio che le azioni di risarcimento sarebbero meno "eque" se avessero dovuto considerare vincolanti le conclusioni di tali indagini/decisioni senza poterle mettere in discussione.

Nel sistema di diritto italiano previgente nessuna norma prescriveva l'effetto vincolante delle decisioni dell'AGCM per le Corti. Per contro la giurisprudenza di legittimità ormai costante, a partire dalla sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305, fino alla sentenza del 23 luglio 2014, n. 16786, ha affermato la valenza probatoria di dette decisioni, creando la figura della c.d. "prova privilegiata"

In una recente sentenza (COMI e altri c. Cargest, Corte di Cassazione n. 11564 del 4 giugno 2015)<sup>1</sup>, i giudici di legittimità hanno ribadito l'efficacia di prova privilegiata della decisione dell'AGCM e, andando oltre, hanno affermato che nei giudizi non preceduti da un accertamento o da una decisione dell'AGCM l'applicazione meccanica del principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* determina il venir meno della tutela effettiva del diritto al risarcimento del danno subito dalle imprese lese dalla condotta anticoncorrenziale della Società che detiene la posizione dominante sul mercato di riferimento a causa delle difficoltà probatorie e di allegazione.

Nel contesto della argomentazione la Corte ha rilevato tra l'altro come i poteri istruttori delle ANC siano più efficaci e maggiori rispetto agli strumenti probatori forniti dal codice di rito ai privati. I Giudici di legittimità infine hanno stabilito che, nel rispetto del principio comunitario di cooperazione tra i Giudici nazionali e le ANC, dettato dall'art. 15 del Regolamento CE n. 1/2003 e dalla Direttiva, il Giudice della causa deve acquisire dati ed informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile per l'esercizio dei poteri d'indagine anche officiosi, in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e di consulenza tecnica di ufficio.

Circa la *ratio* di economia processuale può richiamarsi l'ordinanza della Corte di Cassazione del 16 gennaio 2013, n. 5327 che tuttavia pare proporre un'estensione del vincolo extra-sistema. L'ordinanza in questione, infatti, oltre a ribadire che la decisione dell'AGCM costituisce una prova privilegiata, stabilisce che: (i) l'accertamento di una violazione del diritto della concorrenza fonda una presunzione a favore del ricorrente e inverte l'onere della prova ponendolo a carico del convenuto; (ii) la presunzione copre anche l'esistenza del nesso di causalità e l'esistenza e l'ammontare dei danni per il consumatore; (iii) il convenuto non può superare la presunzione attraverso gli stessi argomenti e prove già usati davanti all'AGCM; (iv) le argomentazioni e le prove

---

<sup>1</sup> La Corte ha cassato la sentenza della Corte di Appello di Roma che aveva rigettato la domanda di condanna al risarcimento del danno di alcuni esercenti attività di commercio all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli per mancato assolvimento dell'onere probatorio su un fatto costitutivo dell'illecito dell'abuso di posizione dominante, ovvero il mercato rilevante.

devono riferirsi all'impresa convenuta e non possono essere basate sulla situazione generale del mercato. Questa decisione si espone a facili critiche.

Nella giurisprudenza italiana gli effetti della decisione dell'AGCM riguardano lo standard degli elementi di prova che devono essere valutati dalla Corte nella sua decisione, ma non invertono l'onere della prova che continua a gravare sulla parte attrice. Inoltre, le decisioni dell'AGCM non riguardano i danni e il nesso di causalità tra il cartello e i danni causati al consumatore. Infine, da un lato nessuna argomentazione e nessuna prova sui danni e sul nesso di causalità viene proposta dinanzi all'AGCM e dall'altro la parte convenuta ha in ogni caso il diritto di portare nuovamente le sue argomentazioni e le prove innanzi alla corte. In conclusione, il contenzioso *antitrust* non può tollerare una semplificazione eccessiva sulle questioni relative alle prove, anche a seguito delle azioni *follow-on* presentate dai consumatori.

Il para 1 dell'articolo 9 prevede che “[g]li Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza”.

Al paragrafo 2 invece è attribuita efficacia di prova *prima facie*, dinanzi ai propri giudici nazionali, alle decisioni definitive “*ai sensi del paragrafo 1*” adottate in un altro Stato membro. Pertanto ai giudici nazionali è consentita la possibilità, e non l'obbligo quindi, di utilizzare la decisione di una ANC straniera come prova dell'illecito, unitamente alla prove da questi raccolte nell'ambito del procedimento nazionale. Si tratta in ogni caso di una presunzione relativa e che pertanto ammette sempre prova contraria. Da ultimo, bisogna ricordare che tale previsione ha carattere di “*minimum harmonization*” e che pertanto gli Stati membri sono lasciati liberi di prevedere norme più stringenti, come ad esempio accordare valore di prova *prima facie* anche ad una decisione non ancora definitiva e così via.

L'art. 9 ha a modello quella dell'articolo 16 del Regolamento CE 1/2003, che porta il divieto per le Corti Nazionali di prendere decisioni in conflitto con le decisioni della Commissione. Inoltre, vale la pena ricordare che alcuni ordinamenti di Stati membri già prevedevano la vincolatività delle decisioni dell'ANC del medesimo Stato, si tratta in particolare del Regno Unito (sezione 58 Competition Act) e della Germania (sezione 33 Competition Act), con la particolarità che quest'ultima si spinge ancora oltre prevedendo un'efficacia vincolante anche per le decisioni di ANC di altri Stati membri.

Le ragioni d'essere dell'art. 9 della Direttiva, che ha natura pluridirezionale, sono sia l'aumento di efficienza del complessivo sistema di *enforcement* delle norme a tutela della

concorrenza che consegue al divieto di duplicazione dell'accertamento dell'illecito, sia l'alleggerimento dell'onere della prova del fatto costitutivo della pretesa per la parte attrice nelle azioni *follow on*.

L'esclusione dell'effetto *cross border* del vincolo e l'effetto meramente probatorio delle decisioni di ANC di altri Stati membri invece si fonda sulla attuale non uniformità di esperienze nei diversi sistemi. L'“*Explanatory Memorandum*” della Commissione illustra, inoltre, come il controllo giurisdizionale delle decisioni delle ANC elimini il rischio di diminuire la tutela giurisdizionale per l'impresa coinvolta e di violare il suo diritto di difesa e del giusto processo come espresso nell'articolo 48 c. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nell'articolo 6 della CEDU.

Quest'ultima è una delle questioni più dibattute in Italia ed è stata oggetto di una importantissima pronuncia della CEDU nel caso MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIA (N. 43509/08). L'origine della questione risiedeva in un provvedimento con il quale l'AGCM aveva comminato alla società una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 6 milioni di euro per un'intesa vietata dall'art. 2 della Legge n. 287/1990 (I461 – Test diagnostici per il diabete). Il provvedimento veniva confermato sia dal TAR Lazio che dal Consiglio di Stato. La società proponeva quindi un'azione dinanzi alla CEDU volta ad contestare l'adeguatezza del sindacato di legittimità svolto da parte dei giudici amministrativi italiani sui provvedimenti connotati da “discrezionalità tecnica” quali sono quelli assunti dall'AGCM.

Nel valutare lo standard del controllo giurisdizionale sul provvedimento sanzionatorio emesso nei confronti della Menarini, la Corte europea ha evidenziato come – nella fattispecie – i giudici italiani si siano adeguatamente soffermati ad esaminare gli elementi di fatto e di diritto posti a base della sanzione, l'uso dei poteri discrezionali dell'AGCM in relazione alle peculiarità del caso concreto, e la fondatezza e proporzionalità delle decisioni adottate dall'AGCM anche in relazione all'applicazione delle nozioni di ordine tecnico.

Con particolare riferimento alla sanzione, inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea nota che i giudici amministrativi italiani hanno svolto un controllo di “*pleine jurisdiction*” (giurisdizione estesa al merito), in quanto avrebbero potuto procedere alla riquantificazione della sanzione stessa qualora avessero accertato un'eventuale violazione del principio di proporzionalità. Su tali basi, la Corte europea conclude che il provvedimento assunto dall'AGCM nei confronti della Menarini è stato oggetto di un adeguato controllo da parte di “*organes judiciaires de pleine jurisdiction*”, con ciò dovendosi escludere la violazione dell'art. 6 §1 CEDU.

In tale contesto merita menzionare la Sentenza n. 1013 del 20 gennaio 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nel confermare che il sindacato di legittimità del Giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a

fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici - il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento -, hanno affermato che quando tali profili tecnici includono valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, consta di un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, e della verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Quest'ultima pronuncia invero non cita le precedenti posizioni espresse dalla Corte di Giustizia europea (C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione*, del 18 Luglio 2013 e C-510/11, *Kone oyi e altri c. Commissione*, del 24 Ottobre 2013) che, adeguando la propria giurisprudenza allo standard di piena giurisdizione definito dalla CEDU, ha stabilito che la discrezionalità amministrativa non è immune dalla *full judicial review*.

La disposizione pone poi una serie di questioni interpretative, in parte già deliberate nell'applicazione dell'art. 16 Reg. 1/2003 citato. La prima è quella dell'ambito di denotazione del vincolo: appare pacifico che questo si limiti all'accertamento dell'infrazione, ma non si estenda al nesso di causalità tra questa e i danni e all'esistenza e ammontare dei danni stessi, elementi estranei - se non per *obiter dicta* - alle decisioni del *public enforcer*. Più controverso è invece se il vincolo copra soltanto l'accertamento dei fatti o anche la loro qualificazione giuridica; discussa è anche la definizione di azione *follow-on*, con particolare riferimento al suo ambito soggettivo.

#### **IV. Conclusioni.**

In conclusione, il sistema proposto è stato conclamato come a “due pilastri”, fondato cioè sia sul *public enforcement* sia sul *private enforcement*, ma resta pur sempre centrato sul primo: le norme cruciali a proposito sono quelle sull'accesso alle informazioni in possesso delle AN e sull'effetto vincolante delle decisioni di queste per le Corti.

Questa opzione appare ragionevole in una fase di transizione, in cui il *private enforcement* non ha ancora avuto una piena evoluzione in tutti gli Stati Membri; ma l'interprete dovrebbe evitare una ricostruzione del sistema come fondato su un mero parallelismo di *public* e *private enforcement*, che operano come due linee rette destinate a incontrarsi soltanto eccezionalmente, con il conseguente indebolimento di entrambi i profili di tutela.

Per contro la ricostruzione ottimale del sistema dovrebbe fondarsi sul principio di coordinamento tra Corti e ANC, già affermato implicitamente dal Regolamento CE 1/2003, in un contesto di complementarità tra *public e private enforcement* che solo può rafforzare l'attuazione del diritto *antitrust*.

Il presente testo è provvisorio, può essere utilizzato a uso studio e non può essere citato.