



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

ASSETTI ISTITUZIONALI
E PROSPETTIVE APPLICATIVE
DEL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*
NELL'UNIONE EUROPEA

Atti del VI Convegno biennale Antitrust
Facoltà di Giurisprudenza
Trento, 6-8 aprile 2017

a cura di
Gian Antonio Benacchio
e
Michele Carpagnano

2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

37

2018

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2018*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-826-3
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-477-2.

Dicembre 2018

ASSETTI ISTITUZIONALI
E PROSPETTIVE APPLICATIVE
DEL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*
NELL'UNIONE EUROPEA

Atti del VI Convegno biennale Antitrust
Facoltà di Giurisprudenza
Trento, 6-8 aprile 2017

a cura di

Gian Antonio Benacchio

e

Michele Carpagnano

Università degli Studi di Trento 2018

INDICE

	Pag.
Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano <i>Presentazione del VI volume</i>	1
Gian Antonio Benacchio <i>Introduzione</i>	5
Gabriella Muscolo <i>Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement</i>	11
Rosa Perna <i>Il sindacato del giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement</i>	27
Roberto Chieppa <i>Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la complementarità tra private e public enforcement</i>	39
Roberto Pardolesi <i>Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo</i>	49
† Aldo Frignani <i>Il whistleblowing nella concorrenza: la Commissione elimina un ostacolo alla sua espansione</i>	69

	Pag.
Massimo Scuffi	
<i>Le azioni risarcitorie da illecito antitrust: il nuovo quadro creato dal d.lgs. 3/2017 di recepimento della direttiva UE 104/2014 e le ulteriori prospettive europee</i>	81
Lionel Lesur	
<i>Novità nel private antitrust enforcement in Francia.....</i>	99
Jacques Moscianese	
<i>Le sfide della direttiva private antitrust enforcement per l'in-house lawyer</i>	113
Carlo Biasior	
<i>Private antitrust enforcement: la prospettiva dei consumatori.....</i>	123
Ciro Favia	
<i>Private antitrust enforcement: la prospettiva delle imprese</i>	129
Aurora Saija	
<i>Un nuovo scenario: le implicazioni e l'esigenza di garanzie</i>	141
Michele Ainis	
<i>Nuovi assetti istituzionali delle Autorità di concorrenza in Europa ..</i>	149
Antonio Matonti	
<i>Nuovi assetti istituzionali dell'Autorità di concorrenza in Europa: la prospettiva del mercato</i>	155
Fabio Cintioli	
<i>Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia.....</i>	169
Mattia Melloni	
<i>An overview of due process in competition proceedings before the Luxembourg Competition Council.....</i>	199

PRESENTAZIONE DEL VI VOLUME

È con particolare soddisfazione che diamo alle stampe il Volume che raccoglie gli atti del VI Convegno Antitrust di Trento dedicato alla *Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea* tenutosi a Trento il 6, 7 e 8 aprile 2017.

La sesta edizione del Convegno, come le precedenti del 2007, del 2009, del 2011, del 2013 e del 2015, si inserisce nella più ampia attività di divulgazione ed alta formazione ideata e realizzata dall'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento e rivolta a tutta la comunità *antitrust* nazionale ed internazionale.

In occasione dell'edizione del 2017 abbiamo celebrato i dieci anni di attività dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza.

Dieci anni passati in fretta in cui l'Osservatorio, anche grazie alla dedizione costante del *team* di collaboratori, quotidianamente (con l'attività di ricerca), settimanalmente (con la *newsletter* del mercoledì), mensilmente ed annualmente (con le varie attività di formazione, promozione della cultura della concorrenza e collaborazioni istituzionali in Italia ed all'estero) si è progressivamente affermato come un punto di riferimento indipendente in materia *antitrust*. C'è ancora tanto lavoro da fare e ci auguriamo che i prossimi dieci anni di attività passino altrettanto in fretta come sono passati i primi dieci.

L'edizione del 2017 del Convegno si pregia, come ormai consueto, del patrocinio e del fondamentale supporto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Autorité de la Concurrence francese, della Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia spagnola, del Conseil de la Concurrence del Gran Ducato di Lussemburgo oltre che della Provincia autonoma di Trento.

Il Convegno ha potuto altresì contare sul prezioso contributo di Intesa Sanpaolo e di MLex per quanto riguarda la parte stampa e comunicazione.

Il presente Volume, oltre a rendere fruibili in forma cartacea i risultati emersi dalle giornate del Convegno (la cui registrazione è visibile *on line* sul sito dell'Osservatorio Antitrust www.osservatorioantitrust.eu, nella sezione Formazione - Convegno Biennale di Trento - 2017), è stato pensato per essere un utile strumento di approfondimento per gli studiosi e gli operatori del diritto *antitrust* per una condivisione di nozioni e di esperienze italiane ed europee.

L'edizione del 2017 rafforza lo spirito internazionale e multidisciplinare del nostro Convegno che caratterizza da sempre il diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione: nelle pagine che seguono il lettore troverà prestigiosi contributi scritti da giuristi (accademici e pratici), magistrati, funzionari delle istituzioni nazionali e dell'Unione preposte al *public antitrust enforcement* ed alla *public policy*, ma anche da economisti ed esponenti della *business community*.

Durante i lavori del Convegno del 2017 abbiamo potuto analizzare e commentare le legislazioni nazionali di recepimento della Direttiva 2014/104/UE relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno per violazioni del diritto *antitrust* nazionale e dell'Unione.

Tali diversità di esperienze e di percezioni di un unico (complesso) fenomeno sono essenziali, a nostro avviso, al fine di contribuire ad incrementare e consolidare una matura "cultura della concorrenza" e delle sue modalità di *enforcement* nel nostro Paese ed in Europa, possibilmente anche al di là della comunità degli studiosi e degli "addetti ai lavori", fino a ricomprendere ogni livello della società civile e del tessuto imprenditoriale.

I contributi di seguito riportati ripercorrono le tematiche principali della VI edizione del nostro Convegno: i) il nuovo assetto istituzionale del *private antitrust enforcement* in Italia e nella Unione Europea; ii) l'analisi comparata delle esperienze applicative negli Stati membri; iii) la prospettiva del mercato e degli operatori economici e iv) i nuovi assetti istituzionali delle Autorità di Concorrenza in Europa. Tutte tematiche che continuano ad essere di grande attualità e su cui, ne siamo convinti, ci sarà ancora da discutere e confrontarci nelle prossime edizioni del Convegno Antitrust di Trento.

Nel dare alle stampe il presente Volume, desideriamo riservare un breve ricordo alla prestigiosa figura del Prof. Aldo Frignani, recentemente scomparso, che con i suoi numerosi ed importanti Studi ha contribuito a diffondere, tra i primi in Italia, la cultura del diritto *antitrust*. Ricordiamo, in particolare, la sua partecipazione, sempre attiva ed entusiasta, sia come relatore sia come componente del Comitato Scientifico, a tutte le edizioni del nostro Convegno.

Concludiamo questa introduzione con un doveroso ringraziamento ai collaboratori dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza che quotidianamente fanno sì che il nostro sito *internet* possa contribuire a divulgare con tempestiva efficacia e semplicità la conoscenza del diritto *antitrust* nazionale (non solo in Italia ma anche in altre giurisdizioni) e dell'Unione. Non possiamo non ricordare con gratitudine, inoltre, che a margine della VI edizione del Convegno si è tenuto il consueto *workshop* dei collaboratori dell'Osservatorio Antitrust. Il *workshop* è un evento a cui crediamo molto perché concepito come un momento di confronto ed approfondimento dedicato ai giovani studiosi della materia e ai talenti emergenti.

Siamo sinceramente grati, inoltre, all'allora Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Prof. Giuseppe Nesi, per aver pienamente colto il valore del Convegno di Trento nella comunità *antitrust* nazionale ed internazionale ed averne condiviso lo spirito e supportato la realizzazione.

Ringraziamo infine tutto il personale amministrativo e tecnico della Facoltà di Giurisprudenza, che con grande impegno ha contribuito a una ottimale riuscita del Convegno. Un ringraziamento particolare va alla dott.ssa Giorgia Sartori per l'impegno e la professionalità che ha dimostrato nell'organizzazione del Convegno ed alla dott.ssa Valentina Lucatti per l'attenta cura redazionale del presente Volume.

Trento, 12 Novembre 2018

Gian Antonio Benacchio e Michele Carpagano

INTRODUZIONE

Gian Antonio Benacchio
Università di Trento

L'odierna edizione biennale del Convegno internazionale trentino in materia Antitrust che si svolge ormai da dodici anni presso la Facoltà di Giurisprudenza, e divenuto tradizionale appuntamento per gli studiosi della materia, coincide con la ricorrenza di due date significative.

In primo luogo quest'anno celebriamo il *decimo* anniversario della nascita dell'*Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza*, che io e Michele Carpagnano abbiamo ideato e costruito a partire proprio dal 2007 e che poi Michele ha magistralmente curato e seguito in tutti questi anni grazie anche ad un gruppo di collaboratori estremamente validi e capaci. Li ringrazio di cuore, anche da parte della Facoltà, perché senza di loro l'*Osservatorio* non avrebbe potuto avere lo sviluppo che ha avuto in questi anni e non sarebbe così diffusamente conosciuto ed apprezzato, sia in Italia che all'estero, per la ricchezza e la qualità dei contenuti.

In secondo luogo, non si può non ricordare che quest'anno è il 60° anniversario della firma del Trattato di Roma. E per noi, che ci occupiamo di diritto antitrust, questa ricorrenza riguarda molto da vicino, dato che senza l'impulso dell'Unione europea probabilmente non avremmo avuto un diritto antitrust così evoluto e così al passo con i tempi, in grande sintonia con l'Europa e i Paesi europei, nostri principali *partners* ma anche *competitors*.

Basti pensare alla Legge 287/90, che è stata fortemente voluta dalla Commissione UE, alle numerose fonti emanate dall'Unione (in *primis* il reg. 1/2003), sia di *hard* che di *soft law* ma anche e soprattutto all'attività della Corte di giustizia sulle cui decisioni, alcune di importanza estrema, si sono fondati anche in Italia i pilastri della disciplina *antitrust* nazionale.

È noto che in questi primi sessant'anni di Comunità e di Unione europea, il diritto comunitario si è evoluto all'insegna del suo principale obiettivo: creare un *diritto uniforme*. Per fare questo però bisognava abbattere consolidati principi e regole, nazionali, che impedivano o quanto meno rallentavano il raggiungimento di quell'obiettivo.

Da una parte le istituzioni comunitarie, e in particolare la Commissione, hanno pazientemente costruito nel tempo un vero e proprio sistema intorno alle scarse disposizioni degli articoli 101 e 102 del Trattato e hanno dato vita ad un modello europeo di diritto *antitrust* dettando i criteri interpretativi delle disposizioni normative ai fini di una loro *uniforme interpretazione*.

Ma senza il fondamentale apporto della Corte di giustizia probabilmente questi risultati non si sarebbero potuti raggiungere.

Dalla sentenza *Costa c. Enel* degli anni '60 (diretta applicabilità del Trattato e dei regolamenti), al caso *Simmmenthal* del 1978 (disapplicazione immediata della legge incompatibile), al caso *Ratti* del 1979 (efficacia diretta delle direttive non attuate), al caso *Francoovich* del 1991 (responsabilità dello Stato-legislatore), al caso *Faccini Dori* del 1983 (interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario), al caso *Traghetti del Mediterraneo* del 2006 (responsabilità del giudice), passando attraverso la sentenza *Courage* del 2001 (la "madre" di tutte le sentenze in materia di risarcimento del danno antitrust), tanto per citare solo alcuni dei casi più noti, è stato un susseguirsi di soluzioni e di principi estremamente innovativi, per certi versi anche eversivi, che hanno rivoluzionato il sistema delle fonti e intaccato la nozione stessa di sovranità nazionale.

Tutte queste sentenze, così come moltissime altre non citate, hanno un *comune denominatore*: rendere uniforme l'applicazione concreta del diritto comunitario, creare un mercato unico europeo, un mercato governato dalle stesse regole operative, concrete, trasformando quella che è la semplice uniformità delle regole antitrust europee, in un diritto davvero unificato, interpretato ed applicato in modo uniforme in tutti gli Stati membri.

In effetti, in tutti questi anni la Corte di giustizia si è battuta contro quegli strumenti che gli Stati utilizzavano per arginare, limitare, o quanto meno rallentare gli effetti delle regole prodotte a Bruxelles, riva-

lutando e responsabilizzando il ruolo del giudice nazionale nell'attribuirgli (di fatto) poteri che il nostro sistema costituzionale non gli aveva mai attribuito (art. 101 Cost.) (si pensi al tema della disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto comunitario senza adire la Corte costituzionale, al principio della diretta applicabilità delle direttive non attuate, al principio dell'interpretazione conforme, e così via).

Allo stesso tempo, però, sempre in nome dell'uniforme applicazione del diritto all'interno dell'UE, la Corte di giustizia ha dovuto limitare i poteri dei giudici nazionali sancendo il principio della vincolatività e obbligatorietà delle interpretazioni effettuate dalla stessa Corte, non solo per il giudice a quo (rinvio pregiudiziale) ma per tutti i giudici di tutta l'Unione.

Anche nell'ambito specifico delle regole *antitrust* un importante *vulnus* all'autonomia e indipendenza del giudice nazionale è stato portato, sul piano normativo, dal regolamento 1/2003 e in particolare dall'art. 16 che permette alle vittime di una violazione delle regole *antitrust* di portare in giudizio davanti al proprio giudice nazionale, come prova vincolante, la decisione della Commissione europea.

Era però rimasto scoperto il nodo del valore *vincolante* delle decisioni delle varie Autorità garanti nazionali, lacuna che il legislatore europeo contava di poter colmare con la direttiva sul *private enforcement*. Nel *Libro bianco* del 2008 la Commissione aveva in effetti suggerito questa conclusione, quale garanzia di uniforme applicazione delle regole antitrust e di certezza del diritto. Si trattava di una soluzione peraltro già prevista in alcuni Stati, come ad esempio la Germania, nell'art. 33 del BGW.

Estendere tale effetto vincolante anche alle decisioni delle Autorità garanti degli altri Paesi membri avrebbe significato la chiusura del cerchio della pregiudizialità (decisione della Commissione, sul fronte comunitario e decisioni delle Autorità garanti di altri Paesi sul fronte nazionale) e il completamento dei presupposti per una applicazione uniforme del diritto antitrust.

Ma, sotto la pressione di alcuni Stati più recalcitranti, l'art. 9 della direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno (e così art. 7, c. 2 del d.lgs. n. 3/2017 che ne dà attuazione), ha dovuto ripiegare su una solu-

zione meno drastica, utilizzando la nota espressione “valore di prova *prima facie*” da attribuire alla decisione (definitiva e inappellabile) di una Autorità garante di un altro Stato, espressione che esprime, a mio avviso, tutto il disagio della Commissione per il mancato obiettivo.

Così, allo stato attuale, mentre le decisioni della Commissione (Reg. 1/2003), della Corte di giustizia e dell’Autorità garante del proprio Stato membro (purché definitive) (art. 7, c. 1 decreto legislativo n. 3/2017), sono vincolanti, non lo è altrettanto la decisione di una Autorità garante di un altro Paese.

La soluzione della direttiva (e dell’articolo 7 del decreto di attuazione) non garantisce l’uniformità di applicazione delle regole antitrust nel mercato europeo, ma lascia al giudice il potere di decidere quale rilevanza dare, in termini di prova, alla decisione straniera. Ma questo vuol dire anche che la direttiva attribuisce alla giurisprudenza nazionale il compito e la responsabilità di evitare giudizi discordanti o contraddittori.

Il complesso prisma dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, che si è via via sviluppato e arricchito di nuove soluzioni e principi grazie ai numerosi interventi della Corte di giustizia, questa volta si arricchisce, finalmente, di norme armonizzate in materia di risarcimento del danno antitrust, ma senza creare tutti i presupposti per garantire una uniformità di applicazione con le decisioni rese da Autorità di altri Stati.

Tutto viene messo nelle mani del giudice, il quale potrà decidere in autonomia se e fino a che punto si possa dare credito ad una decisione proveniente da un altro Stato membro ed evitare così imbarazzanti divergenze di decisioni tra Autorità, amministrative e giurisdizionali, di diversi Paesi.

È una grande responsabilità quella che oggi, grazie alla direttiva e al decreto legislativo n. 3/2017, è stata attribuita ai nostri giudici, che richiede da parte loro quindi una grande competenza e conoscenza della materia. Infatti, la valutazione che il giudice vorrà dare alla prova costituita da una decisione straniera dovrà avvenire “in chiave comunitaria” (come dice la sentenza Faccini Dori sull’interpretazione conforme) in funzione cioè degli obiettivi della direttiva e del diritto *antitrust* comunitario più in generale.

Non mi stupirei se tra qualche anno la Corte di giustizia fosse chiamata, magari in via pregiudiziale, ad interpretare il significato di quel *prima facie* contenuto nella direttiva, che non so quanto possa corrispondere esattamente alla nozione di “prova valutabile insieme ad altre prove” contenuta nell’art. 7, c. 2 del decreto di attuazione.

Solo qualora la Corte si pronunciasse su questo punto, tutti i giudici di tutti gli Stati dell’Unione potranno avere un criterio uniforme per dare il peso e il valore alla decisione definitiva resa in un altro Paese.

Sono proprio la delicatezza e l’importanza dei temi trattati nella direttiva e nel decreto di attuazione, oggetto di questo Convegno, che ci hanno portato ad invitare relatori molto qualificati e di grandissima esperienza che potranno suggerire e motivare le soluzioni più corrette ai numerosi problemi legati al risarcimento del danno *antitrust*.

IL NUOVO ASSETTO ISTITUZIONALE DEL
PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA:
LA COOPERAZIONE TRA
PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT

Gabriella Muscolo

Componente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La cooperazione tra public e private enforcement.* 3. *La cooperazione tra public e private enforcement nell'accesso alle prove.* 4. *La cooperazione nella quantificazione del danno.* 5. *Cenni sull'efficacia vincolante delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Con la pubblicazione della Direttiva 2014/104 UE (di seguito anche la "Direttiva") si è concluso un lungo processo, iniziato nel 2005 con il c.d. Libro Verde, continuato nel 2008 con il c.d. Libro Bianco e culminato nella proposta di Direttiva dell'11 luglio 2013¹.

* Le opinioni espresse sono strettamente personali e non possono essere riferite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ringrazio il dott. Paolo Caprile dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per il lavoro di ricerca che è alla base della redazione di questo contributo.

¹ *Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672, 19.12.2005, e *Libro Bianco della Commissione Europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165, 02.04.2008, disponibili al sito http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html. La menzionata proposta di Direttiva COM(2013) 404-final è invece disponibile alla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>. La Commissione aveva già affrontato queste tematiche a partire dagli anni '60. Si veda al riguardo la pubblicazione *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli*

L'obiettivo della Direttiva, ribadito nei suoi *Considerandum* e nella Relazione di accompagnamento, è la promozione in Europa del *private enforcement* delle regole di concorrenza, storicamente poco radicato nei sistemi di diritto continentale.

Il recepimento della Direttiva è finalmente avvenuto in Italia con il decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017 (di seguito anche d.lgs. 3/2017)².

2. La cooperazione tra public e private enforcement

A livello europeo, il sistema del diritto *antitrust* è caratterizzato da un doppio binario di tutela: il c.d. *public enforcement*, affidato alla Commissione dell'Unione Europea e alle Autorità garanti della concorrenza nei vari Stati membri (di seguito anche "ANC") e il c.d. *private enforcement*, affidato ai Tribunali nazionali.

L'articolo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003 (di seguito Regolamento 1/2003) ha previsto infatti che i giudici nazionali siano direttamente competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito "TFUE").

In tale contesto si è inserita la Direttiva che, oltre a prevedere una serie di rimedi procedurali atti a promuovere l'utilizzo del *private enforcement*, mira anche a ottimizzarne il rapporto con il *public enforcement*.

Dalla Direttiva emerge comunque la volontà del legislatore che questi siano e restino strumenti rimediali aventi *rationes* diverse: il primo deve tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza, mentre il secondo deve tutelare specifiche situazioni giuridiche soggettive³.

articoli 85 e 86 del Trattato che istituisce la CEE, in *Collana Studi*, Serie Concorrenza, n. 1, Bruxelles, 1966.

² In Italia è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un tavolo di lavoro per l'attuazione della direttiva, a cui, insieme alle Amministrazioni centrali, ha partecipato anche l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato. Il 9 luglio 2015 è stata adottata la legge n. 114 con la quale è stata demandata al governo la trasposizione di una serie di Direttive, tra cui era compresa, appunto, anche la Direttiva 2014/104 UE.

³ A livello eurounitario, possiamo citare la sentenza "Courage" del 2001, dove la Corte di giustizia, attraverso il ricorso all'art. 10 del Trattato, ha ritenuto che le norme

Mentre nel *public enforcement* le sanzioni hanno funzione “tipicamente punitiva e dunque deterrente”⁴, rimane fermo nella Direttiva il principio che il risarcimento dei danni *antitrust* debba avere una funzione non punitiva⁵, bensì tipicamente compensativa⁶. Al riguardo, il *considerandum* 13 della Direttiva è chiaro nell’affermare che il diritto al pieno risarcimento non deve mai comportare una sovra-compensazione, sia essa a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura.

Nonostante il *public e private enforcement* perseguano obiettivi differenti essi sono ritenuti dalla Direttiva complementari nell’assicurare una maggiore efficacia complessiva delle norme *antitrust*; il risarcimento dei danni in sede civile contribuisce, infatti, non solo ad aumentare i livelli di deterrenza e dunque al mantenimento di una concorrenza effettiva⁷, ma anche ad avvicinare i singoli soggetti a una cultura della concorrenza e dunque indirettamente ad aumentare i livelli di *compliance* in materia *antitrust*.

antitrust, così come formulate, abbiano portata immediatamente precettiva e conferiscano senz’altro in capo ai singoli un diritto soggettivo all’azione di nullità e al risarcimento danni nei confronti di altri soggetti privati. Cfr. Corte giust., 20 settembre 2001, causa C 453/99, *Courage c. Crehan*. La decisione nel caso “Courage” si basa su una consolidata giurisprudenza delle Corti comunitarie sulla necessità che la tutela dei diritti derivanti dall’ordinamento comunitario da parte dei giudici nazionali sia effettiva. A livello nazionale per il riconoscimento del principio si può fare riferimento a Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

⁴ Inter alia, CdS, VI, sent. 6469/07 e 4773/2014; 695/08; Cass. V, sent. 5050/10, Corte giust., sent. 11.06.2009, C-429/07.

⁵ Cass., I, 1183/07. Più di recente, è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, il 5 luglio 2017, per affermare che nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto, che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non appare, pertanto, ontologicamente incompatibile per il Supremo Consesso l’istituto del risarcimento dei danni punitivi. Ciò a condizione che il legislatore intervenga con apposita legge ordinaria a riconoscerli espressamente.

⁶ Cass. III, 2305/07; art. 3 Dir. 2014/104/UE; art. 1.2, d.lgs. 3/2017.

⁷ Nel medesimo senso v. anche: Corte giust., sent. 20.09.2001, C-453/99; sent. 13.07.2006, C-295, 298/04; Cass. SU sent. 2207/05.

Pertanto, una ricostruzione ottimale del sistema dovrebbe fondarsi sul principio di coordinamento fra Tribunali e ANC. Si tratta di un principio già affermato dal Regolamento 1/2003, che individuava nella complementarità tra *public* e *private enforcement* il modo per rafforzare l'efficacia del diritto *antitrust*.

Il Regolamento 1/2003 ha previsto infatti due meccanismi aventi lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto eurounitario della concorrenza, ma anche al contempo idonei a ridurre al minimo i costi di applicazione della normativa *antitrust*.

L'articolo 15, comma 1, del Regolamento 1/2003 ha previsto infatti che la Commissione sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi a oggetto questioni sussumibili all'interno degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto *antitrust* europeo.

Inoltre, il Regolamento 1/2003 con l'articolo 15, comma 3, ha previsto che la Commissione possa formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali al fine di garantire una coerente applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE⁸.

Il sistema proposto dalla Direttiva rafforza ora tale impostazione a "due pilastri", ma resta pur sempre orientato a garantire la centralità del *public enforcement*. Ne è prova il fatto che la Direttiva manifesti chia-

⁸ È opportuno sottolineare come sia la Commissione sia i giudici nazionali si sono dimostrati restii al ricorso a tali meccanismi. Si rifletta sul fatto che, fino al 2006, si erano registrati in tutti gli Stati membri solo una ventina di richieste di pareri o di informazioni e da allora la situazione non sembra essere sensibilmente mutata. L'istituto è stato recentemente "rivitalizzato" dall'AGCM, che nel 2017 è intervenuta in qualità di *amicus curiae* nel procedimento cautelare che interessava i servizi offerti dalla compagnia Uber. Il 6 aprile scorso, il Tribunale di Roma aveva accolto la richiesta cautelare di alcune cooperative di tassisti tradizionali di ordinare lo stop pressoché immediato del servizio UberBlack su tutto il territorio nazionale, in attesa di una regolamentazione della materia. Sennonché, i giudici aditi da Uber in sede di appello hanno dapprima sospeso e poi, il 26 maggio u.s., annullato nel merito l'ordinanza cautelare del Tribunale di Roma poiché hanno ritenuto non sussistere tanto i requisiti legali quanto di urgenza per tale provvedimento. In questo giudizio di appello è intervenuta appunto anche l'AGCM come *amicus curiae*.

ramente l'esigenza che non sia compromessa indebitamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte di un'Autorità garante della concorrenza⁹.

E in effetti questa opzione appare ragionevole in una fase di transizione in cui il *private enforcement* non ha chiaramente ancora avuto una piena evoluzione in tutti gli Stati Membri.

Ciò nonostante, l'interprete dovrebbe evitare una ricostruzione del sistema come fondato su un mero parallelismo di *public* e *private enforcement*, intesi come strumenti che operano come due linee rette destinate a incontrarsi soltanto eccezionalmente, con il conseguente indebolimento di entrambi i profili di tutela.

Il coordinamento tra *public* e *private enforcement* è infatti espressamente contemplato nell'articolo 1, comma 2, della Direttiva¹⁰. A tale principio si richiamano poi altre disposizioni contenute nella Direttiva: si fa riferimento all'articolo 6, commi 7 e 11 in tema di accesso alle prove e all'articolo 17, comma 3, in materia di quantificazione del danno.

Come vedremo di seguito tutti questi meccanismi di cooperazione hanno trovato puntuale recepimento a livello nazionale.

3. La cooperazione tra public e private enforcement nell'accesso alle prove

Il primo gruppo di strumenti di cooperazione si situa nel sottosistema del diritto delle prove nel processo *antitrust* e dunque nella sezione intitolata "Divulgazione delle prove".

La Direttiva, sul modello di *disclosure* europea già offerto dalla Direttiva 2004/48/CE sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale, ha cercato di facilitare l'accesso da parte dell'attore a una serie di do-

⁹ Si veda il *considerandum* 21 della Direttiva.

¹⁰ "La presente direttiva stabilisce norme per il coordinamento fra l'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza e l'applicazione di tali regole nelle azioni per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali".

cumenti pur da esso non singolarmente specificati nell'istanza di ostensione.

Nel caso di documenti contenuti nel fascicolo della Commissione o delle ANC, la Direttiva ha inteso tuttavia salvaguardare l'effettività del *public enforcement* codificando dei meccanismi di cooperazione tra giudici e ANC nella fase di accesso alle suddette informazioni.

Il rischio, infatti, è quello di compromettere lo svolgimento dell'attività istituzionale. In particolare la preoccupazione è che la possibile divulgazione delle ammissioni fatte da coloro che presentano richiesta di trattamento favorevole possa avere un effetto negativo sulla qualità delle loro dichiarazioni o addirittura dissuadere coloro che abbiano commesso un'infrazione dal presentare una richiesta di partecipare al programma di clemenza.

Pertanto, l'articolo 6, comma 7, della Direttiva prevede la possibilità per le Corti di richiedere l'assistenza delle ANC nell'accertamento della natura delle informazioni come effettivamente attinenti a programmi di clemenza e a proposte di transazione e quindi inclusi nella c.d. *black list*.

Tale articolo è stato recepito compiutamente dall'articolo 4, comma 5, del d.lgs. 3/2017¹¹.

La seconda norma rilevante, al riguardo, è quella dell'articolo 6, comma 11, della Direttiva, in base al quale le ANC possono spontaneamente presentare osservazioni alle Corti nazionali sul test di proporzionalità della richiesta di *disclosure*.

¹¹ "Il giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate. In ogni caso l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p). Gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti. In nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando il giudice accerta che il contenuto delle prove non corrisponde alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p), ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6".

Si tratta evidentemente di una declinazione della facoltà di presentare d'ufficio osservazioni come *amicus curiae*, già prevista dall'articolo 15, comma 3, del Regolamento 1/2003, sopra richiamato.

Anche l'articolo 6, comma 11, della Direttiva è stato puntualmente recepito dall'articolo 4, comma 7, del d.lgs. 3/2017.

La questione che emerge sul punto riguarda l'oggetto delle osservazioni dell'Autorità, cioè se l'Autorità possa presentare osservazioni solo se la richiesta di esibizione riguarda prove contenute nel fascicolo dell'Autorità stessa o se la norma abbia una portata più ampia. La risposta appare fornita sempre dal *Considerandum* 30 della Direttiva, il quale fa riferimento unicamente all'ipotesi in cui la persona che richiede l'esibizione o alla quale è richiesta l'esibizione sia coinvolta in un'indagine dell'Autorità¹². Sembra dunque che l'ambito di intervento possa essere così circoscritto esclusivamente ai documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità.

La cooperazione sul test di proporzionalità delle richieste di *disclosure* richiede, per essere effettiva, l'implementazione di un meccanismo efficace di scambio di informazioni circa la pendenza del processo e la presentazione dell'istanza di ostensione. Il d.lgs. 3/2017 ha dunque previsto espressamente che il giudice sia tenuto a informare la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti¹³.

¹² Letteralmente, l'ultimo capoverso del Considerandum 30 prevede che "Gli Stati membri dovrebbero poter istituire un sistema in base al quale un'autorità garante della concorrenza sia informata delle richieste di divulgazione delle informazioni qualora la persona che richiede la divulgazione o la persona alla quale è richiesta la divulgazione sia coinvolta nell'indagine di tale autorità relativa alla presunta violazione, fatte salve le norme nazionali sulle procedure senza contraddittorio".

¹³ "Al fine di consentire all'autorità garante della concorrenza di esercitare la facoltà di cui al periodo precedente, il giudice informa la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile".

4. La cooperazione nella quantificazione del danno

Anche nella disciplina concernente la quantificazione del danno contenuta nella Direttiva, vi è una disposizione che si ispira al principio della cooperazione (tra *enforcement* pubblico e privato).

Da una parte l'articolo 16 della Direttiva ha previsto che la Commissione emani linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto¹⁴. Dall'altra, l'articolo 17, comma 3, della Direttiva ha addirittura codificato le regole sull'assistenza da parte delle ANC nella determinazione dell'ammontare del danno da parte del giudice.

Al riguardo è interessante notare come la disposizione dell'articolo 17, comma 3, non fosse presente nella proposta di direttiva della Commissione. Essa è caratterizzata da ampia discrezionalità da ambo i lati, sia dal lato del giudice che ha assoluta discrezionalità nel richiedere l'assistenza dell'Autorità, sia dal lato dell'Autorità che può decidere se prestare o meno assistenza al giudice, in funzione delle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Si tratta chiaramente di una formula piuttosto ampia.

L'effetto dell'articolo 17, comma 3, è comunque quello di promuovere un innalzamento dello standard probatorio in sede di liquidazione del danno, codificando un processo di assistenza delle ANC alle Corti – su richiesta dalle Corti e a discrezionalità delle ANC – nella fase di determinazione del suo ammontare.

Tutto ciò appare coerente con l'ormai risalente pubblicazione da parte della Commissione di un documento di orientamento e di una guida pratica sulla quantificazione del danno¹⁵.

¹⁴ Lo studio più recente che è stato predisposto da RBB ECONOMICS e CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA per la Commissione è stato pubblicato nel 2016: *Study on the Passing-on of Overcharges*, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/actionsdamages/quantification_en.html.

¹⁵ Il documento di orientamento della Commissione e la Guida Pratica di accompagnamento sono stati pubblicati nel 2013 e sono disponibili alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html.

In quel caso la scelta fu di una raccomandazione non vincolante alle Corti, in modo cioè da fornire dei criteri di mero orientamento tra i diversi modelli econometrici da utilizzare per la liquidazione del *quantum*.

Nella Direttiva (e nel decreto legislativo di recepimento)¹⁶ si immagina infatti un ruolo di assistenza e di orientamento dell'Autorità, che è ben distinto da quello del consulente tecnico d'ufficio, che infatti non potrà richiedere l'assistenza dell'Autorità.

D'altronde il compito dell'Autorità è chiaramente altro. Essa accerta l'esistenza di illeciti *antitrust*, sanziona e diffida i soggetti che ne sono autori (es. le parti del cartello, talvolta con i loro controllanti; soggetti terzi che hanno svolto un ruolo organizzativo del cartello; associazioni di imprese).

¹⁶ L'articolo 14, comma 3, del d.lgs., che recepisce l'art. 17, comma 3, della Direttiva recita: "Il giudice può chiedere assistenza concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima".

¹⁶ Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio, come è noto, è stato peraltro molto esteso dalla giurisprudenza nostrana. Si fa riferimento alla nota sentenza n. 9522 del 1996 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la quale è stato sostenuto che "il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte deduca quantomeno il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento".

Viceversa l'Autorità non si pronuncia sui profili civilistici (es. validità dei contratti/clausole; risarcimento dei danni)¹⁷, né svolge funzioni transattive o arbitrali.

I suoi provvedimenti non sempre accertano i concreti effetti sul mercato degli illeciti *antitrust*, essendo sufficiente la loro idoneità a produrli, ma in ogni caso si tratta di accertamento diretto alla ricostruzione dell'illecito e non alla determinazione dell'esistenza e dell'ammontare del danno.

Tuttavia, possibili criticità potrebbero insorgere laddove la richiesta di cooperazione avvenga: (i) nel caso in cui l'Autorità abbia archiviato un caso in ragione della sua priorità d'intervento, (ii) nel caso in cui il procedimento *antitrust* è in fase pre-istruttoria o ancora in corso; (iii) nel caso del procedimento *antitrust* concluso senza accertamento dell'infrazione, ma con *accettazione di impegni* (art. 14-ter, legge n. 287/90); (iv) nel procedimento *antitrust* concluso senza accertamento dell'infrazione per *insufficienza degli elementi disponibili* – ex art. 5 Regolamento 1/2003; (v) nel caso in cui la richiesta pervenga in relazione ad una decisione *antitrust* annullata o sospesa in primo grado ancorché appellata.

A ben vedere, queste situazioni potrebbero diventare anche altrettanti parametri per l'esercizio della discrezionalità dell'Autorità cui si è fatto precedentemente cenno.

Nel caso in cui l'Autorità deliberi di non intervenire, si pone pur sempre la questione della motivazione del diniego, il cui dovere discende dalla stessa natura discrezionale dell'attività. Al riguardo, non appare comunque necessario fissare apposite linee guida.

Nel caso, invece, in cui l'Autorità deliberi di intervenire, si pongono altrettante questioni: (i) il grado di precisione della richiesta del giudice (non quesiti, data la citata differenza dalla CTU); (ii) la discrezionalità nella determinazione dell'ambito dell'intervento; (iii) la delimitazione dell'ambito e della modalità di partecipazione al processo (all'udienza, come *amicus curiae*, con osservazioni orali o con osservazioni scritte); (iv) e di instaurazione del contraddittorio tecnico con le parti e i loro

¹⁷ Cfr. articolo 33.2, legge n. 287/90; v. anche articolo 37-bis e 67 Cod. Cons.

consulenti; (v) il coordinamento col ruolo del consulente (che dovrebbe essere ad opera del giudice, unico interlocutore dell'Autorità).

Quanto alle questioni strettamente legate alla quantificazione del danno, ricordo comunque che a tal fine occorre sempre costruire uno scenario contro-fattuale e che questo è sempre necessariamente frutto di una stima, che deve essere la migliore possibile¹⁸.

Non essendovi ancora casi concreti, si può immaginare in astratto che l'Autorità potrà essere chiamata a fornire il proprio orientamento in merito all'adeguatezza di una determinata metodologia a quantificare il danno *antitrust* in uno specifico caso. In tale contesto, alcuni fattori potrebbero acquisire rilevanza.

Quanto alla scelta di un adeguato bilanciamento tra accuratezza e praticità del metodo prescelto, la soluzione di tale *trade off* dipenderà necessariamente dalle caratteristiche del caso specifico che sarà portato all'attenzione dell'Autorità, anche in termini di dati disponibili.

È noto che esistono due principali categorie di effetti dannosi derivanti da infrazioni *antitrust*: vi sono quelle violazioni che portano in via diretta a un aumento dei prezzi (cartelli o abusi di sfruttamento) e quelle che mirano in primo luogo all'esclusione dei rivali (abusi di posizione dominante come *margin squeeze* o prezzi predatori oppure intese verticali presenti anche nel mondo online).

Da queste due categorie discende la tipologia di variabili economiche da stimare (principalmente, ad esempio, prezzi, quantità, margini); in alcuni casi, sarà possibile individuare metodologie che siano allo stesso tempo pratiche e accurate.

Ad esempio, nell'ambito della stima del danno, in generale, approcci comparativi basati sull'utilizzo di *benchmark* adeguatamente scelti (di natura temporale o geografica) potranno risultare particolarmente utili.

L'utilizzo di cosiddetti modelli strutturali – ossia modelli in cui lo scenario controfattuale viene definito attraverso la teoria economica

¹⁸ Oltre agli studi già citati, altri studi sono stati preparati per la Commissione su questi temi. Si veda ad esempio lo studio pubblicato nel 2009 e coordinato da Oxera, *Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts*, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

(applicata) – potrebbero invece risultare preferibili solo in casi eccezionali¹⁹.

Passando poi al livello di robustezza statistica che si intende perseguire, qui dovrà acquisire rilevanza il concetto di intervallo di confidenza, ovvero dovrà essere scelto il livello di probabilità desiderato in base al quale il valore stimato ricadrà in un determinato intervallo di valori.

Si dovrà, comunque, sempre tenere conto anche della robustezza per così dire economica di una determinata soluzione: è, infatti, possibile ottenere evidenze molto significative statisticamente, specialmente se si lavora con campioni di dati di grandi dimensioni, ma non anche signifi-

¹⁹ Sempre sul sito della Commissione Europea sono pubblicati una serie di studi elaborati nell'ambito di due *workshop* organizzati nel febbraio 2011 e nel gennaio 2010 dalla Direzione Generale per la Concorrenza per l'elaborazione della Guida Pratica. A. LOFARO, *Quantifying harm from exclusionary practices*, L. COPPI, *Harm from increased prices*, H. FRIEDERISZICK, *Comments on the EU draft Guidance Paper – Quantification of harm*, R. STILLMAN, *Quantifying damages in exclusionary conduct cases – lessons from the US*, J.C. BEYER, *Are Global Cartels More Effective Than “National” Cartels?*, Z. BIRO, *Some observations on damages to competitors arising from unlawful exclusionary practices*, P. BUCCIROSSI, *Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases*, J. DELGADO, E. PEREZ ASENJAO, *Quantification of damages from competition infringements in Spain*, H.W. FRIEDERISZICK, L.-H. RÖLLER, *Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements – the German experience in cartel cases*, C. FUMAGALLI, J. PADILLA, M. POLO, *Damages for exclusionary practices*, P. HOFER, *Interface between econometric conventions and burden/standard of proof*, M. IVALDI, *Empirical evaluation of impacts of antitrust practices*, F. JENNY, *A French perspective on the quantification of antitrust harm*, I. LIANOS, *Observations of Ioannis Lianos*, M. MARTINEZ-GRANADO, G. SIOTIS, *Sabotaging entry: an estimation of damages in the directory enquiry service market*, L. PROSPERETTI, *Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national Courts' experience*, D.L. RUBINFELD, J. MCCRARY, *Measuring Benchmark Damages in Antitrust Litigation*, D.L. RUBINFELD, *Antitrust Damages*, M.P. SCHINKEL, *Introductory remarks on Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements*, M.P. SCHINKEL, M.A. HAN, J. TUINSTRAN, *The Overcharge as a Measure for Antitrust Damages*, U. SCHWALBE, *Welfare Effects of Partial Cartels. Some results from the theoretical literature*, T. VAN DIJK, F. VERBOVEN, *A practical guide to computing damages in private cartel enforcement*. Tutti questi contributi sono disponibili alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economist_workshop.html.

cative economicamente. In altri termini occorre sempre tenere conto delle circostanze concrete del caso, senza mai perdere il senso della realtà.

Ogni metodologia si basa in effetti su presupposti diversi e necessita di dati diversi. In base alle scelte che saranno effettuate in termini, tra l'altro, di *trade off* tra accuratezza e praticità del metodo o di intervallo di confidenza prescelto, sarà possibile fornire un orientamento adatto al caso concreto, non esistendo un approccio migliore in assoluto.

5. *Cenni sull'efficacia vincolante delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza*

Nell'attuale sistema di doppio binario di *enforcement*, durante il decorso dell'istruttoria da parte delle competenti ANC, o anche nelle more dell'impugnazione del provvedimento finale innanzi agli organismi deputati a tale sindacato, può accadere che siano instaurati procedimenti giudiziari ordinari riguardanti identiche questioni di diritto e di fatto.

In questi casi è necessario che la società massimizzi i benefici derivanti dagli sforzi già profusi da parte delle Autorità amministrative nell'indagine dei comportamenti devianti. Se l'attore fosse nuovamente chiamato a dimostrare l'illiceità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni, i costi processuali di tali azioni di seguito resterebbero inevitabilmente alti, rendendo troppo oneroso l'accesso alla giustizia.

L'articolo 9 della Direttiva ha optato per questo tipo di coordinamento, prevedendo che una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'ANC 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 contempo le medesime decisioni da parte di Autorità di altri Stati membri costituiscono dinanzi ai propri giudici nazionali una prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza.

D'altronde già il Regolamento 1/2003 aveva previsto all'articolo 16 che i giudici nazionali quando si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato (ora articoli 101 e 102 TFUE) che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione²⁰. Sempre ai sensi del medesimo articolo, esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati.

A livello nazionale rimaneva però, secondo i consolidati principi della Suprema Corte, che in materia *antitrust* gli atti del procedimento, in esito al quale l'AGCM ha accertato la sussistenza dell'illecito anti-concorrenziale e irrogato una sanzione a una determinata impresa, fossero qualificati come una prova privilegiata (quando non una presunzione) dell'anticoncorrenzialità della condotta e del danno patito dal singolo consumatore/utente²¹.

L'articolo 7 del d.lgs. 3/2017 muta questa situazione andando dunque a recepire l'articolo 9 della Direttiva²². Al riguardo va segnalato

²⁰ Ciò era in linea del resto con quanto precedentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Masterfoods*. Cfr. Corte giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/98.

²¹ Cfr. *ex multis* la sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 del 2 febbraio 2007.

²² “1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta a impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. 2. La decisione definitiva con cui un'autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e terri-

che in fase di recepimento, così come previsto dal *considerandum* 34 della Direttiva, è stato precisato che quanto previsto riguarda solo la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

D'altronde si tratta pur sempre di una norma speciale contenuta in un *corpus* normativo la cui *ratio* principale è quella piuttosto di facilitare l'accesso alle prove di fatti che sono nella disponibilità del convenuto nell'ambito di accertamenti molto complessi quali sono gli accertamenti *antitrust*.

6. Conclusioni

In conclusione dunque, per affrontare nel modo migliore le questioni di interpretazione e applicazione del nuovo sistema di cooperazione, sarebbe auspicabile e opportuno istituire un tavolo di lavoro comune tra *enforcers*.

Tale tavolo di lavoro dovrebbe avere il fine di identificare delle *best practices* proprio in tema di cooperazione. Altri importanti contesti di confronto sul punto si possono sicuramente rinvenire, a livello istituzionale nell'*European Competition Network* per le Autorità Nazionali e la Commissione europea, e per i giudici a livello associativo²³.

toriale, valutabile insieme ad altre prove. 3. Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

²³ Come ad esempio avviene nell'ambito dell'*Association of European Competition Law Judges*.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
ITALIANO SULLE DECISIONI DELL'AUTORITÀ
GARANTE DELLA CONCORRENZA
NEL NUOVO ASSETTO ISTITUZIONALE DEL
PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

Rosa Perna

Consigliere Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

Il recente Decreto legislativo n. 3/2017, che traspone nel nostro ordinamento giuridico la Direttiva 2014/104/UE in tema di “azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea”, è destinato a riaccendere il dibattito, peraltro mai sopito, sulla questione del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell’autorità nazionale garante della concorrenza.

La nuova disciplina, rispettivamente articolo 9 della Direttiva e articolo 7 del decreto legislativo, prevede il c.d. effetto vincolante, in sede di giudizio civile risarcitorio, delle decisioni di constatazione delle violazioni antitrust, divenute definitive, adottate dalle autorità nazionali di concorrenza o dalle giurisdizioni di ricorso.

Si tratta, in effetti, di uno dei profili di maggiore impatto del nuovo regime, destinato a semplificare in modo sensibile e significativo l’esercizio delle azioni di risarcimento dei danni causati da violazioni anticoncorrenziali.

Per l’effetto, nelle azioni *follow-on* per il risarcimento del danno antitrust, il ruolo del giudice amministrativo, specularmente a quello dell’Autorità, risulterà enfatizzato dal carattere vincolante della constatazione della violazione anticoncorrenziale, sia pure nei rigorosi termini definiti dall’ultimo periodo del primo comma dell’articolo 7 del decreto legislativo citato, che limita il vincolo a quanto riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale. Resta, invece, impregiudicata ogni valutazione in ordine al nesso di

causalità e all'esistenza del danno, che costituiscono il *proprium* dell'accertamento dell'autorità giudiziaria ordinaria in seguito investita dell'azione risarcitoria che tragga titolo da una violazione del diritto antitrust.

Tuttavia, per venire al tema del nostro intervento, nel secondo periodo del primo comma, l'articolo 7 in esame presenta un inciso, riguardante il sindacato del giudice del ricorso sulla decisione impugnata dell'autorità nazionale antitrust, che recita come segue:

Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti (tema delle prove) posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.

Tale periodo incidentale – che qui si tratta di intendere correttamente anche per apprezzarne le possibili ricadute – nel fare riferimento ai “profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità”, parrebbe aver riguardo ai soli accertamenti tecnici, vale a dire a quelle operazioni, più o meno complesse, basate sull'applicazione di una scienza esatta al fine di ottenere un risultato, sicuro e incontrovertibile nella sua oggettività, ove corretto; mentre lascerebbe fuori dall'ambito del *judicial review* le valutazioni tecnicamente complesse e gli apprezzamenti discrezionali, non riconducibili all'applicazione di regole tratte dalle scienze esatte e quindi aventi margini di opinabilità, i quali, peraltro, costituiscono il *core* delle decisioni dell'Autorità antitrust.

L'inciso in esame non trova tuttavia corrispondenza in omologhe previsioni della direttiva 2014/104/UE né fondamento nella legge delega 114 del 2015; esso – pur essendo stato, verosimilmente, inserito al fine di meglio calibrare e contenere l'effetto di vincolo della pronuncia del giudice amministrativo nel conseguente giudizio civile per il risarcimento dei danni, in quanto rimesso a una giurisdizione diversa – nella misura in cui inerisce ai poteri del giudice amministrativo, viene a cadere su materia propria del processo amministrativo e, come tale, avente altra collocazione normativa, ponendo anche problemi di coordinamento con le disposizioni che tale processo governano, per come applicate e sviluppate dalla giurisprudenza amministrativa la quale, per parte

sua, sovente si è fermata a riflettere sul proprio sindacato, al fine di meglio definirlo ed interpretarlo.

Osserviamo, infatti, che lo sbarramento che sembrerebbe ora posto al giudice del ricorso in ordine alla verifica dei profili tecnici relativi a una decisione dell'autorità antitrust, aventi un oggettivo margine di opinabilità, non è, per vero, ricavabile dal diritto vigente, mentre risulta contraddetto – è il caso di dire – dal diritto vivente.

Nel codice del processo amministrativo, le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (articolo 133, comma 1, lett. 1, c.p.a.), la quale – a differenza della giurisdizione di merito, che conosce della sanzione pecuniaria (articolo 134 c.p.a.) – trova il proprio limite esterno in ciò, che nell'esercizio di essa il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione.

Se questo è il limite esterno posto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che conosce delle decisioni dell'autorità antitrust, ne discende che non si rinviene nel sistema un limite legale che consenta la verifica giudiziale dei soli “profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità”, come sembra prevedere l'inciso del nuovo articolo 7; d'altra parte, non può sottacersi che, nel tempo, l'elaborazione giurisprudenziale e la stessa prassi giudiziaria sono venute riempiendo di corposi contenuti il sindacato giudiziale sugli atti delle autorità indipendenti e, nella specie, dell'Autorità nazionale garante della concorrenza.

A questo punto, peraltro, una premessa s'impone, quanto all'oggetto del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità antitrust¹. Tale giurisdizione, si noti, ancorché esclusiva, è pur sempre una

¹ Per approfondimenti sul punto, si rinvia a R. CHIEPPA, *Jurisdictional control over the decisions of the antitrust Authorities*, in *Antitrust between EC law and National law*, 2005; R. PERNA, *Appeals against NRAs' decisions in the electronic communications sector: lessons to be learned from appeal procedures in parallel matters*, in *Predictable market, regulation and effective right of appeal. The role of the judiciary to contribute to legal certainty*, Commissione europea, Bruxelles, 26 Novembre 2012 (in <http://www.aej.org>; <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Giustamm.it, febbraio 2013); ID., *The judicial review in the field of telecommunications: case law examples of confirmations*

giurisdizione sulla legittimità del provvedimento amministrativo e non sul merito della scelta discrezionale contenuta nella decisione dell'autorità, nel senso che al giudice non sarebbe consentito di assumere la decisione in luogo e vece dell'autorità amministrativa.

Questa affermazione, corretta se resa in termini generali, abbisogna tuttavia di talune specificazioni alla luce di peculiari e specializzanti aspetti che connotano la materia del diritto della concorrenza, nella quale le conoscenze giuridiche, le conoscenze tecniche e quelle economiche sono così interrelate che al giudice è richiesto di verificare la legittimità del provvedimento impugnato sulla base di un contesto economico e tecnico correttamente inquadrato e definito.

Difatti, considerando che nella materia antitrust il potere amministrativo è caratterizzato dalla c.d. discrezionalità tecnica – quella, cioè, connotata dall'applicazione di regole delle scienze non esatte aventi un certo grado di opinabilità, e per le quali non è predicabile la verità o la falsità, come nelle scienze esatte, ma, semmai, l'attendibilità o l'inattendibilità – il giudice si trova a dover interpretare regole in settori rispetto ai quali difetta di competenze specifiche.

Inoltre, la materia in esame, a livello legislativo come pure amministrativo, si caratterizza per il frequente ricorso ai c.d. concetti giuridici indeterminati (si pensi, ad es., alle nozioni di abuso di posizione dominante, mercato rilevante, restrizioni della concorrenza, scala degli investimenti, etc.), i quali vengono ad essere riempiti di contenuti definiti in sede di concreta applicazione della disposizione rilevante; e, questo, perché le norme del diritto europeo e nazionale danno giuridico rilievo a concetti appartenenti alla scienza economica, di tal che il diritto della concorrenza viene a connotarsi, fondamentalmente, come un diritto di fonte ampiamente giurisprudenziale².

of NRA decisions, annulment of NRA decisions, Commissione Europea – TAIEX, Belgio, 28-29 gennaio 2013 (in <http://www.aej.org>; <http://iwww.giustizia-amministrativa.it>; Giustamm.it, aprile 2013).

² R. PERNA, *The role of courts in reconciling competition, non-competition and constitutional imperatives: the Italian experience*, European University Institute, Firenze, 13-14 luglio 2012, p. 7 ss.; (in *European Competition Law-Annual 2012, Competition, Regulation and Public Policies*, edited by Phip Lowe e Mel Marquis, 2014, pp. 397-415; <http://iwww.giustizia-amministrativa.it>; Giustamm.it, dicembre 2012); ID., *La*

Quanto, dunque, all'estensione e ai limiti del sindacato in esame, va considerato che, nel corso del tempo, le corti nazionali sono definitivamente pervenute ad affermare la legittimità di un più forte ed incisivo sindacato del giudice, orientato ad una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in controversia. Questo intrinseco sindacato del giudice è stato in tempi più vicini ritenuto tale da includere anche il riesame delle valutazioni tecniche fatte dall'Autorità come pure dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati utilizzati³, facendo ricorso a regole e conoscenze tecniche appartenenti alle stesse discipline applicate dall'amministrazione, anche con l'aiuto di esperti, se reputato necessario⁴.

In particolare, la passata distinzione tra sindacato giudiziale "forte" e "debole" è stata abbandonata, nella misura in cui si è percepita e sottolineata l'importanza di uno scrutinio tendente ad un modello comune a livello Europeo: nel quale il giudice assolva il suo compito, non già esercitando poteri amministrativi in prima persona e in luogo dell'Amministrazione, bensì verificando, senza alcuna limitazione intrinseca, se il potere conferito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.

Nell'esercizio di questo compito, il giudice può peraltro contare su uno strumento "peculiare", il suo prudente apprezzamento (*margin of appreciation*), per modellare i concetti economici implicati dai testi giuridici; e, nel fare ciò, può ricontrollare la scelta tecnica dell'amministrazione ed applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla controversia al suo esame⁵.

L'applicazione di tali principi ha, all'evidenza, trovato positivo riscontro anche da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha ritenuto il sindacato del giudice amministrativo nazionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza conforme ai parametri previsti dal-

concorrenza e il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze al vaglio del giudice amministrativo, TAR Campania, Napoli, 22-23 marzo 2013 (in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Dike, luglio-agosto 2013, pp. 117-121; Giustamm.it, ottobre 2013).

³ Cons. St., VI, 20.02.2008, n. 595; 08.02.2007, n. 515.

⁴ Cons. St., VI, 23.04.2002, n. 2199.

⁵ Cons. St., VI, 02.03.2004, n. 926.

la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare all'articolo 6, che riconosce a ogni persona il diritto a un equo processo⁶.

E, invero, nel famoso caso Menarini (sentenza del 27.09.2011), la corte di Strasburgo ha ritenuto che – contrariamente agli assunti della parte ricorrente, destinataria di una pesante sanzione pecuniaria per una supposta intesa nel settore farmaceutico – i giudici amministrativi avessero compiutamente scrutinato le censure della società in fatto e in diritto, così come le prove sulle quali si basava la decisione dell'autorità antitrust; di conseguenza, essi non si erano limitati ad un semplice sindacato esterno di legalità della decisione, poiché, nelle particolari circostanze del caso, avevano verificato l'uso appropriato del potere da parte dell'Autorità e la correttezza e la proporzionalità delle sue scelte, in tal modo verificandone anche gli accertamenti tecnici.

Inoltre, le corti amministrative italiane avevano una giurisdizione piena con riguardo all'ammontare della sanzione imposta a Menarini, di tal che le stesse ben avrebbero potuto modificare quest'ultima, ove l'avessero reputata inadeguata o sproporzionata rispetto alla violazione antitrust in questione.

In conclusione, la decisione dell'autorità nazionale antitrust era stata assoggettata allo scrutinio di autorità giurisdizionali aventi poteri di pieno sindacato giudiziale, sicché non poteva individuarsi alcuna violazione del ripetuto articolo 6(1) della Convenzione.

Alla luce di quanto sin qui esposto in tema di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza quale si è venuto affermando nel diritto vivente, non sembra inutile, a questo punto, enunciare in positivo – traendole dalla diretta esperienza della quotidiana cognizione dei casi di *competition law* – le differenti e, tra di

⁶ M. SIRAGUSA, F. MARINI BALESTRA, A. SETARI, *The ECtHR Judgement in Case A Menarini Diagnostics Srl v Italy and its Implications for Private Enforcement of EU Competition Law*, in *Global Competition Litigation Review*, 4, 2012; R. PERNA, *Full Judicial Review: Menarini Practical Experiences and Beyond*, EJTN, in *Fines and crimes in the European Competition law before Judges*, Barcellona, 25-27 giugno 2014, p. 3 e ss. (in <http://www.aej.org>; [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 luglio 2014); ID., *Le système italien de contrôle judiciaire des décisions des ARN à la suite de l'affaire Menarini*, EJTN, Uned.es, Barcellona, 15 maggio 2014, p. 3 e ss. (in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; [Giustamm.it](http://www.giustamm.it), giugno 2014).

esse, complementari operazioni logiche che sostanziano il contenuto del *judicial review* e danno effettività allo scrutinio compiuto dal giudice amministrativo⁷. Consideriamo, a tal riguardo:

- l'esame e la verifica dei fatti allegati dalle parti del giudizio;
- la valutazione dei mezzi di prova offerti dalle parti medesime;
- l'ordine all'Autorità garante di esibire i documenti necessari a completare il quadro probatorio allegato dalla parte ricorrente (sulla base del metodo dispositivo-acquisitivo);
- la verifica delle censure e delle richieste, in fatto e in diritto, avanzate dalla parte ricorrente;
- la ricerca, anche d'ufficio, e l'applicazione delle norme giuridiche rilevanti (per il principio *jura novit curia*), dando – ove necessario – una diversa interpretazione o applicazione del diritto, senza tuttavia arrivare a mutare il fondamento giuridico della decisione sanzionatoria (altrimenti il giudice si sostituirebbe, inammissibilmente, all'Autorità);
- il riesame delle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, come pure dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati dalla stessa utilizzati, con il ricorso a regole e conoscenze tecniche delle stesse discipline applicate, anche con l'ausilio di esperti;
- su domanda della parte ricorrente, la rideterminazione *in melius* dell'ammontare della sanzione, sulla base di valutazioni diverse rispetto a quelle operate dall'Autorità (non, però, *in pejus*, a tanto ostando il principio della domanda e la natura dispositiva del processo amministrativo).

A fronte di un siffatto contenuto, tanto articolato e pregnante, occorre allora domandarsi se, e in quale momento, il *judicial review* incontri un limite nel riesame delle valutazioni tecniche dell'Autorità aventi un certo margine di opinabilità.

Come autorevolmente affermato dalla Corte di Cassazione in tema di limiti esterni della giurisdizione, il solo limite che il giudice amministrativo incontra nel riesaminare le valutazioni tecniche operate dall'Autorità antitrust e connotate dall'applicazione di regole tratte da scienze non esatte aventi un certo margine di opinabilità, consiste in ciò, che nel

⁷ ID., *Full Judicial Review*, cit., p. 8 ss.

verificare la ragionevolezza, logicità e coerenza del ragionamento seguito nella decisione impugnata, egli non potrà sostituire una valutazione opinabile dell’Autorità con una valutazione propria.

E tanto, perché, “assumendo che le valutazioni tecniche proprie di un settore hanno un certo margine di opinabilità, il giudice amministrativo censurerà la sola valutazione che cada al di fuori dell’ambito dell’opinabilità; agendo diversamente, egli sostituirebbe l’apprezzamento opinabile dell’amministrazione con il suo proprio ed altrettanto opinabile apprezzamento”⁸.

Insomma, diversamente operando, il giudice del ricorso si troverebbe a valicare la sfera della scelta di merito, delle opzioni squisitamente amministrative, che resta riservata all’azione amministrativa perché connaturata alla funzione dell’Autorità.

Pertanto, non sembra inutile osservare che il limite testé delineato inerisce al ruolo stesso che il giudice del ricorso svolge, che è quello di garante della legalità della funzione amministrativa; così che, più che un limite estrinseco, più che un confine tracciato *ab externo*, quello individuato dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza amministrativa con essa coerente, è quasi un effetto naturale della giurisdizione, la vera essenza della quale è la sostanziale verifica della legalità delle scelte dell’amministrazione e non anche, e non già, l’effettuazione di scelte in prima persona, in luogo e vece dell’autorità garante della concorrenza, nelle vesti di una sorta di “super autorità”.

Torniamo, dunque, all’inciso di cui all’articolo 7 del decreto legislativo, che rappresenta il *focus* della nostra indagine. Esso sembra limita-

⁸ Così, di recente, Corte di Cassazione, Sez. Un., 20.01.2014, n. 1013; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673 - A437 Esselunga/CoopEstense; 4 novembre 2014, n. 5423 - I740 Comune di Casal Maggiore - Gara per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas; 21 maggio 2013, n. 2722 - A383 Mercato del cartongesso, nonché, tra le tante, Tar del Lazio, 26 giugno 2008, n. 6215, TPL Comune di Roma, confermata, sul punto, da Consiglio di Stato, 3 aprile 2009, n. 2089; Tar del Lazio, 6 giugno 2008, n. 5578, Dispositivi per stomia, confermata, sul punto, da Consiglio di Stato, 3 aprile 2009, n. 2092; Tar del Lazio, 30 marzo 2007, n. 2798, Eni-TTPC; Consiglio di Stato 12 febbraio 2007, n. 550, Cassa Depositi e Prestiti; Consiglio di Stato, 10 febbraio 2006, n. 1271, Telecom; Tar del Lazio, sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12314 e a., Listino prezzi della pasta, sul punto confermate da Consiglio di Stato, 9 febbraio 2011, n. 896.

re la verifica del giudice del ricorso, oltre che ai fatti, “ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità”; e, tuttavia, non trova alcun ancoraggio nel descritto sistema ordinamentale, anzi, va in direzione opposta, essendo manifestamente contraddetto anche dalle recentissime pronunce del giudice amministrativo, che in materia di *judicial review* sugli atti delle autorità di regolazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3173, nella materia regolatoria delle comunicazioni elettroniche), apertamente ribadiscono, nei confronti delle valutazioni tecnico-discrezionali delle Autorità indipendenti, la necessità di un sindacato pieno e penetrante, che si estrinsechi nella possibilità di accertare se l’atto si ponga al di fuori dell’ambito di esattezza o attendibilità, perché non risultano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti giurisprudenziali consolidati o dottrinari dominanti; e precisano, altresì, che

Qualora residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, la valutazione compiuta dall’Autorità non può ritenersi viziata se la stessa, attraverso le motivazioni esposte, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative.

E, a proposito della comprensibilità ed intelligibilità delle motivazioni, osserva ancora la recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, nella materia regolatoria del settore energia e gas) che la

scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell’attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l’utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell’esercizio della regolazione [*n.d.r.: e, mutatis mutandis, nell’esercizio della potestà sanzionatoria*].

A fronte di valutazioni tecnicamente complesse, ammonisce lo stesso giudice, il sindacato giurisdizionale deve, dunque, avvenire “con gli occhi dell’esperto”, ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche im-

piegate dall’Autorità: senza confondere il piano della difficile intelligibilità con quello dell’irragionevolezza o dell’inadeguatezza della motivazione dell’atto dell’Autorità.

Venendo alle conclusioni, l’*excursus* normativo e giurisprudenziale compiuto dimostra quanto lunga sia la strada sinora percorsa dal giudice del ricorso, con l’approdo ad un sindacato pieno ed effettivo sugli atti dell’autorità nazionale garante della concorrenza e, in genere, delle autorità indipendenti; e quanto, per converso, sia maldestro e confusivo il tentativo da ultimo compiuto dal legislatore – in difetto di una delega legislativa e al di fuori della *sedes materiae* più appropriata per ragionare in merito ai poteri del giudice del ricorso – di effettuare una ricognizione dell’esistente, un tentativo inidoneo a catturare e a fissare il percorso descritto, forse anche per la fisiologica inettitudine della formula, fredda e schematica, della legge, a cristallizzare il moto ondoso della giurisprudenza; se questa voleva essere una sistematizzazione, un *restate-ment* dei poteri del giudice del ricorso, ne risulta, tuttavia, una ridefinizione che non attinge lo scopo in quanto operante per difetto: essa, più che riconoscimento di attribuzioni, è un pesante elemento di detrazione.

A seguire pedissequamente la poco perspicua dizione normativa del legislatore delegato, si segnerebbe un arretramento di quindici anni rispetto alla evoluzione meditata e consapevole che la dottrina del *judicial review* elaborata dalla stessa giurisprudenza ha conseguito.

Per non intralciare lo sviluppo evolutivo della giurisprudenza che alimenta il diritto vivente, l’inciso in parola necessiterà, quindi, di una interpretazione orientata con i principi della Corte EDU, della Corte di Cassazione e della stessa giurisprudenza amministrativa, proprio per non segnare un insensato passo indietro in un momento in cui, nel nuovo assetto istituzionale del *private antitrust enforcement*, la constatazione dell’illecito ad opera del giudice del ricorso diventa momento topico, considerati gli effetti di vincolo dalla nuova disciplina introdotti; con la conseguenza che, semmai, ci si attenderà un sindacato ancor più pregnante sul provvedimento antitrust rispetto a quello ad ogni conosciuto dalla prassi giudiziaria e validato dalle tante e autorevoli pronunce giurisprudenziali richiamate.

Insomma, proprio per garantire la compatibilità del nuovo sistema con i principi fondamentali in tema di giusto processo, già pienamente

realizzati nel *judicial review* sugli atti delle autorità indipendenti, è essenziale che le decisioni dell'Autorità possano continuare ad essere oggetto di un sindacato completo e approfondito in sede giurisdizionale, così come l'evoluzione della giurisprudenza ha ad oggi conosciuto.

I giudici del ricorso, dunque, dovranno fare uno sforzo verso un sindacato di sempre maggiore attendibilità, a fronte delle esigenze del mondo reale che, inevitabilmente, premeranno nel senso della pienezza dello scrutinio del Giudice amministrativo, essendo, questo, l'unico momento giudiziale di verifica dell'illecito antitrust, nel quale, auspicabilmente, il libero convincimento del giudice, dispiegandosi, dovrà compiutamente realizzarsi.

IL NUOVO ASSETTO ISTITUZIONALE
DEL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA:
LA COMPLEMENTARIETÀ TRA
PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT

Roberto Chieppa

*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato,
Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri,
già Segretario Generale dell'Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

SOMMARIO: 1. *Premessa: complementarità tra private e public enforcement.* 2. *La situazione in Italia: scarsa consapevolezza, qualche passo in avanti?* 3. *Il decreto legislativo n. 3/2017 con particolare riferimento all'efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità.* 4. *Conclusioni.*

1. Premessa: complementarità tra private e public enforcement

La Direttiva sulle azioni risarcitorie per violazioni delle norme di concorrenza rappresenta l'epilogo di un lungo processo, iniziato già nel 2005 con il Libro Verde¹ e continuato nel 2008 con il Libro Bianco², mirante a sopperire alle carenze riscontrate in materia di azioni risarcitorie da danno antitrust e volto all'armonizzazione delle regole nazionali in tema di *private enforcement*.

In questo contesto, l'approvazione della Direttiva e il suo recepimento nell'ordinamento italiano (decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3)³ non costituiscono un punto di arrivo, ma un punto di partenza. Al

¹ COM(2005) 672 def.

² COM(2008) 165 def.

³ Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del

riguardo, occorre tener presente le finalità che hanno spinto l'Unione europea a intervenire in questo settore, intervento giustificato dalla sproporzione che si registra in tema di utilizzo del *private* e del *public enforcement* nel sistema europeo rispetto ad altri modelli, in *primis* quello statunitense. In quest'ultimo, infatti, la situazione è caratterizzata da un 95% di azioni civili private volte al risarcimento dei danni, laddove, in Europa, viceversa, lo strumento predominante è quello del *public enforcement*, con stime che toccano il 90%.

Peraltro, il sistema europeo è caratterizzato da una realtà profondamente differenziata e disomogenea sia tra singoli Stati membri, sia tra tipologia di ricorrente: le azioni risarcitorie per violazioni della normativa antitrust sono state per lo più incardinate in alcuni Stati Membri, prevalentemente nelle giurisdizioni di Regno Unito, Germania e Olanda, notoriamente sistemi giuridici dotati di regole procedurali tendenzialmente meno complesse e più favorevoli ai soggetti danneggiati⁴; va poi tenuto in considerazione che la quasi totalità delle azioni è stata intentata da imprese di dimensioni medio-grandi.

Tali disparità hanno costituito un'ulteriore spinta al potenziamento del *private enforcement*, che va considerato complementare all'azione posta in essere dall'Autorità: laddove non arriva il *public enforcement* può arrivare il *private* ovvero possono utilmente ed efficacemente integrarsi a vicenda. Non esiste infatti alcun dualismo tra i due strumenti quanto piuttosto la necessità di una loro interazione in un unico *enforcement*, composto sia dal *private* sia dal *public*. Tale interazione si rende necessaria perché non sempre le Autorità nazionali di concorrenza, a prescindere dalla loro collocazione nell'assetto istituzionale, possono arrivare a contrastare efficacemente le pratiche più pregiudizievoli per il corretto funzionamento del mercato. Ogni Autorità opera infatti secondo delle priorità e non è dunque assimilabile al pubblico ministero che ha l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Pertanto, nei

diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in *GU* 19 gennaio 2017, n. 15.

⁴ A. ITALIANER, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*, 12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, giugno 2013.

casi in cui quelle priorità non coincidono con l'interesse del singolo, che si assuma leso da una condotta anticoncorrenziale, vi deve essere la possibilità di esercitare in modo pieno l'azione *stand alone* dinnanzi a un giudice civile, agevolata per ciò che concerne la ricerca della prova.

Peraltro, le Autorità sono fatte di uomini e camminano sulle gambe degli uomini, circostanza che può determinare la sussistenza di errori e/o possibili debolezze nell'*enforcement*, cosicché vi possono essere stagioni in cui le Autorità sono più o meno interventiste ed efficaci e stagioni in cui, come è accaduto in Italia, si fa un maggiore utilizzo delle decisioni di chiusura dei procedimenti mediante l'accettazione di impegni. In queste situazioni, le azioni civili di risarcimento possono "compensare" una minore azione del *public enforcer*.

Ed è proprio in questa prospettiva che la Direttiva non si limita a facilitare le azioni *follow on* con una serie di previsioni relative al meccanismo della vincolatività delle decisioni, ma agevola anche l'accesso alle prove, detenute dall'Autorità o da terzi, al fine di un maggiore sviluppo anche delle azioni *stand alone*.

2. *La situazione in Italia: scarsa consapevolezza, qualche passo in avanti?*

In Italia, i dati sul *private enforcement* non sono completi. Non vi sono a disposizione strumenti di monitoraggio capillari e affidabili sulle azioni giudiziarie antitrust: nessuno sa con certezza quante siano le azioni incardinate presso le giurisdizioni nazionali, nessuno ha il testo integrale di tutte le sentenze in materia, non esiste un data base ufficiale né a livello nazionale, né comunitario. Ciò nonostante la previsione del Regolamento n. 1/2003 che impone agli Stati membri l'obbligo di trasmettere "senza ritardo" alla Commissione copia delle sentenze emesse dai tribunali nazionali pronunciatisi sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (art. 15, comma 2, Reg. n. 1/2003). Tale previsione è di fatto rimasta inattuata: le sentenze di giudici italiani riportate sul sito della Commissione sono meno di una decina. L'esiguità di tale dato dimostra, in tutta evidenza, che la trasmissione di tali sentenze è stata il frutto di un'iniziativa volenterosa dei singoli giudici.

Altri dati si rintracciano sul sito dell'Osservatorio dell'Università di Trento, da cui risulta che in Italia tra il 1990 e il 2010 ci sono state oltre 150 azioni giudiziali antitrust, il 75% delle quali *stand alone*. Questo dato è significativo perché smentisce il convincimento, comune a molti, della netta prevalenza dei giudizi *follow on*.

I dati citati mostrano un limitato ricorso all'azione civile risarcitoria per violazione delle norme comunitarie antitrust dovuto, secondo quanto emerge dallo Staff Working Paper della Commissione allegato al Libro Verde, a ragioni relative all'onerosità delle spese di giudizio e degli onorari professionali, alle difficoltà probatorie che l'attore incontra nel corso di un'azione civile, all'elevato tasso di specializzazione e di conoscenze di carattere economico che tale materia richiede.

Con specifico riferimento ai consumatori, studi di settore, commissionati dalla Commissione europea, danno conto della circostanza per cui solo lo 0,1% dei consumatori che ha subito un danno a seguito di una violazione del diritto della concorrenza chiede il risarcimento dello stesso.

In tale scenario, uno degli obiettivi prioritari della Direttiva è quello di accrescere nei soggetti lesi la consapevolezza della possibilità di proporre azioni di risarcimento del danno. È proprio la mancanza di tale consapevolezza a costituire l'elemento di debolezza che ha portato a sottostimare l'opportunità offerta dall'ordinamento comunitario di agire profittevolmente per ottenere la rifusione dei danni sofferti. Al riguardo va infatti considerato che i soggetti danneggiati non sono solo le grandi imprese che agiscono nei confronti dell'*incumbent* e che sono provviste di tutte le risorse idonee a reagire, ma anche e soprattutto i consumatori, le associazioni di consumatori, le piccole-medie imprese e la stessa pubblica amministrazione.

In relazione a quest'ultima, il Ministero della Salute ha annunciato di aver richiesto ad alcune società farmaceutiche, a seguito di alcune decisioni dell'Autorità Antitrust, il risarcimento dei danni sia patrimoniali sia non patrimoniali subiti dal Servizio Sanitario Nazionale⁵. Allo stesso modo si potrebbe immaginare un'azione del Ministero della pub-

⁵ Comunicato Stampa del Ministero della Salute, n. 68 del 28 maggio 2014, http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_4_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=salastampa&p=comunicatistamp&id=4230.

blica istruzione per il maggior costo sopportato nel caso Consip, in cui l'Autorità con proprio provvedimento⁶, poi confermato in sede giurisdizionale, ha accertato una collusione tra diverse imprese partecipanti alla gara relativa servizi di pulizia nelle scuole, in assenza della quale il costo di tali servizi sarebbe stato inferiore per la p.a.

È importante dunque che si diffonda questa consapevolezza in tutti i soggetti danneggiati, primi fra questi i consumatori, anche alla luce della circostanza che il *private enforcement* è caratterizzato dalla presenza di una parte debole con evidenti difficoltà di accesso alla prova e al conseguente risarcimento del danno, difficoltà che la Direttiva prova ad arginare.

3. Il decreto legislativo n. 3/2017 con particolare riferimento all'efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità

La disposizione che prevede il cosiddetto effetto vincolante delle decisioni definitive dell'Autorità antitrust (non impugnate o definite con sentenze passate in giudicato), di cui all'art. 7 del decreto legislativo n. 3/2017, è indubbiamente una delle novità maggiormente significative introdotte dal decreto. Come è noto, la vincolatività del giudicato riguarda la natura della violazione, la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale. La ratio della disposizione, come esplicitata al considerando 34 della Direttiva, risiede nella necessità di assicurare l'efficacia e la coerenza nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFEU da parte della Commissione e delle autorità di concorrenza nazionali.

L'effetto vincolante non costituisce una novità assoluta. Al riguardo, già l'art. 16 del Regolamento n. 1/2003 ha definito un sistema in cui è stata data prevalenza alle decisioni della Commissione rispetto ai procedimenti delle giurisdizioni nazionali che abbiano ad oggetto la medesima fattispecie, prevedendo che i giudici non possono assumere decisioni in contrasto con quelle adottate o contemplate in procedimenti

⁶ 1785 – *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle scuole*, decisione del 22 dicembre 2015.

avviati dalla Commissione (con possibilità di sospensione del giudizio sotto un profilo procedurale).

La scelta compiuta a livello comunitario non è del tutto estranea neanche al nostro ordinamento. Infatti, già in più occasioni, la Cassazione aveva stabilito un legame via via più stringente tra la decisione adottata dall'Autorità e la prova nelle azioni di risarcimento del danno derivanti dall'illecito antitrust, fin dalla nota sentenza della Sezione Unite, sul caso *Rc Auto*⁷, nella quale è stato riconosciuto valore di prova privilegiata alle decisioni dell'Autorità, e dunque una forza probatoria rafforzata, idonea a fondare presunzioni semplici, con conseguente inversione dell'onere della prova contraria in capo al convenuto. La finalità perseguita dalla Cassazione era quella di rendere più agevole l'allegazione delle prove nei contenziosi civili volti ad accertare e quantificare il danno antitrust. Tuttavia, pur riconoscendo un valore di prova privilegiata all'accertamento dei fatti compiuto dall'Autorità, la Cassazione non si era spinta fino ad attribuire alla decisione di quest'ultima alcun effetto preclusivo o di un possibile diverso accertamento nel giudizio civile.

Non si tratta di una novità neanche per quegli ordinamenti, come quello tedesco, che da tempo hanno anticipato l'effetto vincolante introdotto dalla Direttiva rispetto alle decisioni delle autorità di concorrenza, sia nazionali sia degli altri Stati membri.

Pertanto, proprio al fine di migliorare la certezza del diritto e aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento del danno, la Direttiva sceglie di spingersi fino a conferire un effetto vincolante alla decisione di accertamento adottata dall'autorità di concorrenza divenuta definitiva. Come già anticipato, il giudice è vincolato dalla determinazione dell'autorità nazionale di concorrenza solo in merito ai profili che identificano l'illecito anticoncorrenziale: qualificazione come intesa restrittiva o abuso di posizione dominante, mercati inte-

⁷ Cass., SS.UU., 13 febbraio 2009, n. 3640. Talora la presunzione è estesa al nesso di causalità col danno e alla sussistenza di quest'ultimo, salvo prova contraria, come in alcune pronunce relative all'intesa *Rc Auto*: Cassazione, III, 21 marzo 2011, n. 6347, aggiunge infatti come, a fronte dell'accertamento dell'Autorità, "il danno deve darsi per esistente"; v. pure Cassazione 26 maggio 2011, n. 11610; 20 giugno 2011, n. 13486; 18 agosto 2011, n. 17362; 28 maggio 2014, n. 11904.

ressati, imprese responsabili, durata dell'infrazione (fermo restando che non è preclusa la possibilità di provare in giudizio che la violazione ha avuto una portata più ampia). Nessuna conseguenza discende invece dalla decisione/sentenza divenuta definitiva per quanto attiene agli altri elementi fondanti della responsabilità civile: resta quindi inalterato in capo all'attore l'onere di provare il verificarsi del danno e il rapporto di causalità tra l'infrazione commessa e il danno stesso, nonché di quantificare il risarcimento attraverso le diverse componenti del danno, salva la presunzione di esistenza del danno nei casi di cartelli.

In relazione a questi ultimi, è prevista un'inversione dell'onere della prova in capo al convenuto, essendo l'attore sollevato dall'onere di provare la sussistenza del danno. Tuttavia potrebbe sollevarsi un'obiezione tutte le volte in cui l'Autorità utilizzi la nozione di illecito per oggetto senza andare a dimostrare, in concreto, gli effetti che la condotta anticoncorrenziale abbia prodotto nel mercato, profilo che in qualche modo potrebbe incidere anche sulla quantificazione del danno attesa l'assenza di qualsivoglia parametro di riferimento su cui calibrare il risarcimento. In questa prospettiva, la prassi che sta adottando l'Autorità già da diverso tempo è quella di accertare, ove possibile, se l'illecito abbia prodotto effetti, ciò anche nei casi in cui potrebbe limitarsi a riconoscere la lesività oggettiva, fermo restando che spetta alla parte dimostrare il nesso di causalità tra l'illecito e il danno sofferto.

Se per un verso il suddetto effetto vincolante costituisce una novità significativa, per altro verso non è privo di problematicità l'inciso di cui all'art. 7 del decreto, laddove nel disporre che “il sindacato del giudice del ricorso (...) si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità (...)” sembra fare un passo indietro rispetto all'affermazione, oramai pacifica, di un sindacato “pieno” del giudice amministrativo anche sui profili tecnici che presentino un margine di opinabilità, ricorrenti nei provvedimenti dell'Autorità.

Tale inciso, che non trova riscontro nel testo della direttiva stessa, certamente non necessario e probabilmente poco opportuno, non può arrestare il processo di evoluzione della giurisdizione amministrativa e non può che essere interpretato alla luce della giurisprudenza della CEDU nel senso che l'inciso è idoneo a ribadire l'assenza di un potere diretto e sostitutivo da parte del giudice, ma non a escludere che le va-

lutazioni tecniche, anche opinabili, possano essere oggetto di sindacato, ovviamente nei limiti dei motivi proposti dalle parti. Pertanto all'interrogativo se le valutazioni economiche debbano essere giudicate solo in termini di generica attendibilità ovvero se il giudice debba spingersi a considerarne l'attendibilità rispetto alle alternative, anche proposte dalle parti, tale ultima soluzione è da considerarsi preferibile. Sul punto si è espressa la giurisprudenza del giudice amministrativo⁸ in relazione a controversie riguardanti l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nelle quali ha utilizzato la Ctu per verificare la correttezza delle analisi svolte dall'Autorità, affermando che il sindacato pieno è utile a evitare che le soluzioni tecniche complesse possano essere annullate perché poco comprese.

4. Conclusioni

La Direttiva, nonostante alcune criticità, rappresenta un'opportunità per il nostro Paese e tale opportunità va sfruttata. Bisogna costruire un sistema che aiuti pienamente il complessivo *enforcement* antitrust e aiuti in concreto le parti deboli che propongono un'azione di risarcimento ad avere maggiore opportunità di vedersi riconosciuti i loro diritti, così evitando che i soggetti danneggiati debbano rivolgersi ad altre giurisdizioni per ottenere tutela, come a volte accaduto in passato.

L'interazione tra le due forme di *enforcement* si rende allora necessaria in quanto le Autorità nazionali di concorrenza agiscono in un contesto vincolato da risorse scarse, attivandosi secondo determinate priorità. Nei casi in cui quelle priorità non coincidono con l'interesse del sin-

⁸ Con riferimento all'AEEGSI, il Consiglio di Stato ha di recente in più occasioni ritenuto di disporre una ctu per esercitare un sindacato intrinseco sugli accertamenti tecnici. A titolo di esempio, (i) in una controversia avente ad oggetto un provvedimento per il recupero somme percepite, per verificare "sia l'attendibilità dei criteri di calcolo applicati sia la correttezza intrinseca del calcolo eseguito dall'AEEG" (Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 7 marzo 2016, n. 899); in un caso in cui l'AEEGSI aveva accertato il mancato rispetto delle condizioni per la spettanza degli incentivi economici, al fine di valutare "se le misurazioni e le quantificazioni disposte dall'AEEGSI siano conformi ai requisiti di buona tecnica" (Consiglio di Stato, Sez. VI, con ordinanza 28 ottobre 2016, n. 4544).

golo lesa da una condotta anticoncorrenziale, a quest'ultimo – come già detto – deve essere offerta una possibilità concreta di esercitare in modo pieno le azioni stand alone dinnanzi a un giudice civile.

L'auspicio è che il progressivo sviluppo del *private enforcement* promuova l'affermarsi di condizioni maggiormente uniformi tra ordinamenti giuridici nazionali. Ciò a garanzia di un effettivo esercizio del diritto a un pieno risarcimento del danno e dunque, in ultima analisi, dell'effetto utile delle norme comunitarie in materia di concorrenza.

**IL PRIVATE ENFORCEMENT
DEL DIRITTO ANTITRUST:
UN ANIMALE FANTASTICO, E DOVE TROVARLO**

Roberto Pardolesi
Università Luiss, Roma

I.- La possibilità, per i soggetti che abbiano patito le conseguenze di una condotta vietata dalla disciplina antitrust – ossia quella traiettoria che, per mancanza di termini autoctoni ci siamo rassegnati a indicare con l’etichetta di *private enforcement*¹ – è insita nel sistema. Presente, dunque, dall’inizio, ossia dalla sottoscrizione del Trattato di Roma, di cui si sono celebrati da poco i sessant’anni. Gli artt. 101 e 102 TFUE (per meglio dire, i loro equivalenti, data la volubilità numerica dei referenti normativi) erano lì, con tutte le conseguenze connesse: ivi compresa l’applicabilità ad opera degli Stati membri, anche sul piano del ristoro dei danni provocati da attività anticompetitive. A partire dal 1973 la stessa Commissione ha ripetutamente espresso il convincimento che le azioni promosse dai privati avrebbero potuto fornire un prezioso contributo al suo compito di *public enforcer*.

Nondimeno, per un lungo periodo – fuori dai denti, fino alla fine del millennio – si è persino dubitato della percorribilità di una siffatta traiettoria da parte dei privati. Si stentava, cioè, a riconoscere che le vittime di condotte distorsive della concorrenza potessero vantare un diritto al risarcimento dei danni. A questo tendenziale scetticismo contribuiva non poco l’interpretazione dichiaratamente pubblicistica della disciplina: volta a tutelare le virtù del mercato e, quindi, la concorrenza come istituzione/processo, piuttosto che l’operare parcellizzato dei sog-

¹ Citare l’alluvionale letteratura sul tema sarebbe, in epoca di data base allargati, impresa più inutile che defatigante. Per non far torto a nessuno, ma senza alcuna vena di auto compiacimento, mi limiterò a rinviare, riassuntivamente, al mio *Private enforcement of Antitrust Law*, in TH. EGER, H.-B. SCHAEFER (a cura di), *Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham and o., 2012, 289.

getti attivi sul mercato. La violazione delle regole era vista come *vulnus* a un bene schiettamente super-individuale: di quelli, appunto, la cui tutela è vocationalmente affidata alla mano pubblica. Non sarà vano ricordare che ancora nel 2001 – e, quindi, a un di presso nel torno di tempo in cui la Corte di giustizia apriva la nuova frontiera con la pronunzia resa nel caso *Courage v. Crehan*² – la Cassazione ritenesse di poter ammettere, sul piano della legittimazione a far valere il pregiudizio per il mancato rispetto di un divieto antitrust inteso ad assicurare la disciplina del mercato, le sole imprese, sulla falsariga della normativa sulla concorrenza sleale³ (e c'è voluto almeno un lustro per scalzare questo convincimento e cominciare a tradurre in italiano l'indicazione che rinveniva da Bruxelles).

Proprio dal cuore dell'Unione, appena pochi anni più tardi, è venuta, peraltro, la nuova parola d'ordine: promuovere le azioni private – non solo quelle di danno – intese ad assicurare il rispetto dei precetti concorrenziali.

Non staremo a raccontare, una volta di più, una storia ormai nota e ricostruita nei minimi dettagli. Altri lo ha fatto in maniera egregia. Interessato, piuttosto, comprendere il perché di un equivoco, se davvero equivoco c'è stato; o se, viceversa, si debba toccare con mano il fatto che il *private enforcement* sconta, nell'ecosistema giuridico continentale, difficoltà strutturali atte a relegarlo al rango di figlio di un dio minore. Che potrà essere supportato e variamente incentivato, ma continuerà ineluttabilmente a misurarsi con un *handicap*, che lo ha penalizzato in passato e ne impedisce il decollo oggi.

II.- Provo a fare un po' di chiarezza, in modo plausibilmente riassuntivo: scelta indotta dal senso di disagio che rinviene dalla circostanza che del tema si parla ormai da tre lustri, sì che ricominciare tutto da capo suscita reazioni emotive di intolleranza pressoché assoluta.

² Corte giust. Ce 20 settembre 2001, in causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 75.

³ Cfr. Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121.

Sul piano teorico, non c'è margine per dubbi di sorta⁴. Il *private enforcement*, se messo in condizione di incidere con efficacia, porterebbe a risultati positivi, quali accresciuta probabilità di monitoraggio e repressione delle condotte illecite, accuratezza dei riscontri probatori, incremento di deterrenza, accresciuta competitività dei mercati. Se si rinuncia a indugiare nei tecnicismi, non ci vuol molto a fare l'inventario delle opportunità rese disponibili dalla corretta utilizzazione dell'attivismo dei privati. Per un verso, esso promette di assicurare la compensazione dei pregiudizi riportati dai singoli protagonisti delle vicende del mercato, siano essi consumatori o imprenditori (sembra cosa ovvia, ma, a dispetto della molta enfasi sul principio dell'integrale riparazione del danno, le smagliature sul punto non si contano). Proprio in virtù di questa incidenza compensativa, il *private enforcement* promette di (contribuire a) scoraggiare i comportamenti abusivi, perché si aggiunge alla minaccia, comunque avvertita come sostanziale, delle sanzioni amministrative dispensate a questo titolo. Inoltre, l'attivismo dei privati contribuisce ad alleviare gli oneri (e la pressione) a carico degli organi preposti a far rispettare la disciplina del mercato, ma non sempre dotati delle risorse necessarie per svolgere al meglio il loro compito. Insomma, le istanze risarcitorie dei privati si candidano come 'secondo pilastro' di una *policy* risolutamente pro-competitiva e, comunque, con minore enfasi ma più sano realismo, come strumento complementare di un afflato antitrust votato all'effettività. Su questo torno di argomentazioni, che si arricchisce di rilievi circa la maggiore disponibilità dei privati ad attivarsi in vista dei possibili ritorni positivi (motivazione evidentemente estranea all'attività dei funzionari pubblici) così come del convincimento che la loro vicinanza all'*ubi consistam* delle attività illecite consenta di portare in luce condotte altrimenti irraggiungibili; su questo torno di argomentazioni, dicevamo, esercita un fascino vistoso (sino a rivelarsi, come si dirà tra un momento, controproducente) il modello statunitense, dove, si sa, il peso dell'*enforcement* è per la più parte sulle spalle dei privati.

⁴ Un'appassionata difesa del *private enforcement*, "sotto assedio" negli US a dispetto del suo storico ruolo di "bulwark of the antitrust enforcement arsenal", in J.P. DAVIS, R.H. LANDE, *Restoring the Legitimacy of Private Enforcement, A Report to the 45th President* (American Antitrust Institute, 2017 Forthcoming), 82017, in www.ssrn.com.

Non mancano meditate obiezioni. Si è osservato, ad esempio, che quegli stessi fattori, da cui si attendono ricadute apprezzabili, rischiano di retroagire in senso negativo. Se le vittime della condotta monopolistica sono i consumatori, può essere che il pregiudizio non appaia punto ovvio ai loro occhi: capita di frequente che occorra la consulenza di esperti per portare in esponente taluni riflessi deteriori e, sotto questo profilo, l'autorità preposta all'*enforcement* pubblico è probabile risulti meglio informata o comunque in grado di procurarsi in modo più agevole i dati rilevanti. Inoltre, il fatto che il tipico pregiudizio monopolistico sia disperso fra un numero rilevante di soggetti incisi, con consistenze unitarie ridotte (ma cumulativamente responsabili di guasti sociali di cospicua entità) può giocare nel senso di scoraggiare anche il privato più avveduto e consapevole dall'idea di imbarcarsi in un contenzioso complesso e costoso. Per non dire che la maggiore sensibilità nei confronti delle azioni di danno antitrust potrebbe prestarsi a iniziative abusive, nel segno dei falsi positivi, da parte di rivali disinvolti e, alla fine, ritorcersi contro l'obiettivo di una sana concorrenza 'on the merits'.

Le riserve si fanno anche più stringenti sul piano tecnico. Si ricorda, infatti, che la mano pubblica, investita del compito di presidiare il mercato, dispone di più stringenti poteri investigativi, può imporre sanzioni di grande impatto, modulandole nella maniera più adatta alle circostanze del caso di specie, e fornisce un contributo decisivo alla conformazione delle regole applicative. Con riguardo a quest'ultimo profilo, vale la pena di rimarcare che i precetti antimonopolistici, di là e di qua dall'Oceano Atlantico, sono formulati in chiave, a tutto concedere, generale (si è parlato, al riguardo, di "lawless norms"). Tocca alla giurisprudenza tradurre quelle indicazioni di massima in regole operative: compito usuale in ordinamenti di *common law*, ma largamente ricevuto anche in ambiente *civilian*. Orbene, la produzione di regole, destinate a valere anche al di là del ridotto perimetro del caso sottoposto a giudizio, è quindi un bene (anche conoscitivo) a disposizione dell'intera collettività. La mano pubblica persegue tale risultato; mentre il privato rimane indifferente all'ultrattività da precedente della decisione che lo concerne e sceglie, spesso e volentieri, scorciatoie transattive che soddisfano

le sue ragioni, ma lasciano irrisolto l'anelito alla specificazione di regole da applicare all'intera comunità⁵.

È questo, in soldoni, il quadro teorico che si presentava in Europa nel 2004, quando una ricerca commissionata dalle autorità di vertice portò alla sconcertante scoperta che il *private enforcement* era afflitto, nel quadrante Ue, da sconvolgente diversità e totale sottosviluppo: non più che un pugno di casi, una sessantina, tradottisi in appena 23 condanne risarcitorie⁶. L'affidabilità dello studio in questione è stata successivamente revocata in dubbio, sotto diversi profili. È bastato ricordare che: *i*) l'antitrust può servire, sì, come arma di offesa, ma anche come strumento di difesa per il promissario inadempiente che invochi la nullità della pattuizione; e, ancora, che *ii*) la dimensione rimediale non si limita al ristoro dei pregiudizi, ma annovera altre tecniche, di sicura rilevanza, per spianare la strada a contributi, specie di stampo teutonico⁷, che contavano i casi di *private enforcement* a centinaia anche in lassi temporali limitati. Ma siffatti esercizi, col retrogusto evidente di una ricostruzione apologetica, non sono riusciti a disperdere l'ormai diffusa convinzione che il settore fosse afflitto da una sorta di congenita asfissia. Il vero interrogativo era un altro: si trattava davvero di un peccato cui occorreva porre rimedio?

III.- La risposta era, ed è ancora oggi, ovvia; e positiva. Anche se non mancano, come si vedrà tra un momento, voci irriducibilmente dissenzienti.

La valutazione delle attività collusive impinge, pressoché ineluttabilmente, in una dimensione iniziatica, se non esoterica. Di crude cifre non se ne possono fare, perché i cartelli si tengono ben nascosti; e le

⁵ Insiste sul punto, non da oggi, W.J.P. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, (2016) in www.ssrn.com.

⁶ *Ashurst Study* (Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules - comparative report (2004), disponibile in <http://ec.europa.eu>).

⁷ S. PEYER, *Myths and untold stories. Private antitrust enforcement in Germany* (2010), in www.ssrn.com.

uniche stime possibili sono quelle, ipotetiche e tentative, derivanti dall'esame degli accordi restrittivi effettivamente scoperti. V'è chi, a questo tipo d'indagine, ha ispirato un'intera carriera professionale, macinando cifre, casi e plausibili proiezioni, fino a imbastire un *database* di proporzioni impressionanti. Si allude a John M. Connor, professore emerito della *Purdue University*, e al suo *Private International Cartel Database*⁸, che raccoglie i dati relativi all'attività cartellistica di rilievo transnazionale (intuitivamente, la più rilevante sul piano effettuale) nel periodo compreso fra il 1990 e il luglio del 2016. Spigolando a caso, si rinvencono cifre che vanno oltre le aspettative più pessimistiche. Negli ultimi sei anni la media delle maxi-collusioni venute alla luce è di 75 all'anno, mai così alta in precedenza. Il quarto di secolo scrutinato ha visto mettere sotto indagine 1336 coalizioni, 953 delle quali sono state condannate, mentre 296 sono ancora in attesa di decisione finale. Il tasso di condanne orbita intorno al 96% dei casi intentati. In riferimento al prodotto interno lordo, la cartellizzazione europea è tre volte quella statunitense. Il 60% delle imprese riconosciute responsabili ha il proprio quartier generale in Europa. Cifre da vertigine, si dirà. Nulla, però, se confrontate col riscontro dei volumi di vendite incisi nei cinque lustri considerati: un totale di 51 trillioni di dollari per quelli di cui si ha contezza e una proiezione complessiva di 76 trillioni.

Se tutto ciò non bastasse, altre ricerche hanno dimostrato che, per quanto alte siano le sanzioni – in Europa, in particolare, all'indomani della pubblicazione delle Linee guida del 2006 –, esse risultano sorprendentemente inefficaci. La testimonianza più evidente sul punto deriva dall'elevato tasso di recidivismo, che talvolta tocca il 54%⁹. È lecito desumere che se, quand'anche condannata duramente, un'impresa non di meno ci riprova, le aspettative di profitto da attività illecitamente restrittiva della concorrenza siano estremamente elevate e allettanti a dispetto del pericolo di sanzioni consistenti. A questo punto, tornano alla mente le stime – o, forse, le scommesse – degli economisti sull'entità media del sovrapprezzo imposto dal cartello, che si assume possa aggr-

⁸ *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-July 2016 (Revised 2nd Edition)*.

⁹ Cfr. C. VELJANOVSKY, *Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines*, (2011), in www.ssrn.com.

rarsi fra il 15 e il 20%, sulla vita media dell'intesa collusiva, che ci si aspetta copra l'arco di un settennio e, non ultimo, sulle aspettative in ordine alle probabilità che il cartello sia effettivamente scoperto e condannato, che i più inclinano a credere si attestino su un rapporto di uno a sette. Mettendo a sistema queste indicazioni, prende consistenza l'idea che l'attività pubblica di repressione degli illeciti antitrust sia lontana da un risultato accettabile; e che, d'altro canto, il tentativo di perseguire un siffatto obiettivo per il tramite dell'inasprimento delle sanzioni sia improvvido, per le ovvie resistenze, anche di tenore costituzionale, nei confronti di esazioni amministrative che potrebbero portare alla crisi dell'impresa condannata.

Di fronte a questo stato di cose, la prospettiva di un'attivazione dei privati, con conseguenti esborsi risarcitori atti a erodere i profitti illeciti, potrebbe sortire il risultato che sin qui, e salve aperture sul versante penalistico (che, dove attuate in Europa, stentano però a materializzarsi, come comprovato dall'esperienza britannica), l'*enforcement* pubblico non è riuscito a propiziare.

Come anticipato, non tutti concordano con la conclusione testé cenata. V'è, tanto per raccogliere alcune delle controdeduzioni, chi obietta che la piaga del recidivismo è semplicemente sopravvalutata¹⁰, perché, per un verso, individuata anche rispetto a violazioni che hanno luogo nello stesso turno di tempo di quello per il quale si è registrata la condanna ma che non perdurano dopo il verdetto, per l'altro denunciata anche al cospetto di illeciti di diverso tenore, anche se tutti riducibili alla comune matrice della restrizione della concorrenza; inoltre, si agitano dubbi e riserve sul massimo intervallo di tempo fra la data iniziale del nuovo illecito e quella della condanna, ventilando l'implicazione che un recidivismo più lontano nel tempo è meno inquietante. Da altro punto di vista, taluni studiosi opinano che le stime del sovrapprezzo cartellistico pecchino smaccatamente per eccesso (e andrebbero ridotte in funzione del riconoscimento del *mark-up* effettivamente operato in regime concorrenziale, oltre che compresse in vista di un'analisi dinamica) e suggeriscono che i *benchmarks* citati in precedenza andrebbero

¹⁰ W.J.P. WILS, *Recidivism in EU antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, (2012), in www.ssrn.com.

demoltiplicati per un fattore di dieci¹¹, il che indurrebbe a ritenere adeguato il livello sanzionatorio in atto nel quadrante europeo. Argomenti di tal genere meritano rispetto, va da sé; e devono essere presi sul serio. Non, però, fino al punto di mettere in seria discussione la precedente e diffusa analisi circa le difficoltà incontrate dall'ordinario approccio pubblicistico nel fronteggiare le spire soffocanti dell'attività collusiva.

IV.- Mentre, tra molte polemiche e giri di valzer, andava maturando la consapevolezza di quanto complicato, e bisognoso di interventi di supporto, fosse il quadro complessivo, la macchina legislativa europea si è messa in moto. Con i suoi tempi, quasi biblici. E, così, al Libro verde del 2005, che consacrava l'apparato risarcitorio come parte di una strategia complessiva intesa a rafforzare la deterrenza, seguì, dopo un intenso lavoro – cui mi è capitato di prendere parte, come membro di un manipolo di studiosi cui era stato commissionato il compito di vagliare le traiettorie atte a rendere più incisivo il *private enforcement* in Europa –, il Libro bianco del 2008, da cui sarebbe gemmata, all'inizio dell'anno successivo, un progetto di direttiva, destinato a perdersi nei meandri dell'euroburocrazia. Ci sarebbe voluto un altro lustro per approdare al momento decisivo, di cui diremo tra un momento. Ma, per quanto qui interessa, il passaggio cruciale era già compiuto; e così pure le scelte che contano. L'elaborazione del 2008 mandava, infatti, un segnale inequivoco, nel segno di un rigetto totale e risoluto del modello americano, accusato di: *a*) metter capo sin troppo spesso a esiti rimediabili davvero lucrativi in termini di compensi per gli avvocati, ma senza alcun reale beneficio per gli acquirenti gravati dal sovrapprezzo monopolistico; *b*) essere parassitico, quando non estorsivo e comunque “velenoso” (tanto da meritare l'accostamento agli infami “Salem witch trials”); *c*) risultare, comunque drammaticamente “overreaching”. Se mai vi è stato un ‘flirt’, un qualche trasporto verso quel possibile prodotto d'importazione, già nel 2008 si è messo in chiaro che si sarebbero

¹¹ M.-L. ALLAIN, M. BOYER, J.-P. POUSSARD, *The determination of optimal fines in cartel cases: Theory and practice*, in *Concurrences* N° 4-2011, 32.

battute altre vie: tanto per ciò che attiene alle azioni collettive, quanto per quel che riguarda i danni c.d. punitivi.

Le azioni collettive sono state reincardinate su un piano più generale¹², immaginando di poter forgiare un solco comune perseguibile in tutte le circostanze in cui siano coinvolti interessi allargati dei consumatori. Scelta di per sé apprezzabile, se non fosse per il fatto che per questa via, e in un sol colpo, ci si è assicurati che l'azione di classe fosse depotenziata, se non del tutto neutralizzata. La fortuna della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedures* e l'imponente bagaglio di iniziative dispiegate oltre Atlantico allo scopo di contenerne gli effetti applicativi¹³ – ultimo, in ordine di tempo e ancora lontano dal varo definitivo, nonché di più opinabile decifrazione, il *Fairness in Class Litigation Act of 2017*, H.C. 985 – sta tutta nel meccanismo dell'*opt-out*. L'apatia razionale dei consumatori, refrattari ad assumere rischi specie quando la posta in gioco sia relativamente limitata e, perciò, in ottica individuale, poco allettante, opera nel senso di far convergere masse sconfinite di *claims* dispersi, che nel loro insieme possono assumere contorni giganteschi: quanto basta per suscitare l'esecrazione di molti, inclini a dimenticare che proprio quelle sono le dimensioni dell'abuso lamentato. Niente paura, però, poiché rimedia a tutto il semplice espediente di affidarsi a un ineffabile garantismo per propiziare, con un colpo di bacchetta magica, la sostituzione di quel meccanismo 'oppressivo' (dal punto di vista di chi taglia il pubblico dei consumatori e lamenta, poi, di essere ricattato dai loro *self-appointed avangers*) con un più affidabile *opt-in*, in forza del quale il soggetto inciso andrà a popolare i ranghi dell'azione collettiva solo sulla base di una sua specifica determinazione al riguardo. Ed ecco, allora, che, con un semplice cambio di preposizioni, un *in* al posto di un *out*, per di più col supporto di molte buone ragioni in pro del rispetto della volontà individuale, si ottiene il risultato di rendere inoffensivo lo strumento (basti pensare al bilancio inglorioso dei primi sette anni di azione di classe all'italiana).

¹² Cfr., a mo' di riferimento, *Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law*.

¹³ V., riassuntivamente, S.B. BURBANK, S. FARHANG, *Rights and Retrenchment: The Counterrevolution against Federal Litigation*, Cambridge, 2017.

Quella stessa apatia, ineluttabilmente razionale, opererà infatti nel senso di svuotare i ranghi dei soggetti che si attivano per far valere le proprie ragioni. Ed è appunto questa l'opzione prevalente in Europa: al centro come in periferia (anche se qualcosa si muove: in Portogallo, nel Regno Unito, nei Paesi Bassi), si è manifestata un'indubbia predilezione per la formazione di aggregati secondo il criterio dell'*opt-in*. Di qui l'inoffensività pratica dello strumento.

Per i danni punitivi o esemplari, l'opposizione è stata, se possibile, ancora più drastica¹⁴. La logica correttiva/compensativa della tutela risarcitoria aborrisce l'idea che il ristoro accordato per via giudiziale possa trasformarsi in un'indebita locupletazione per la vittima dell'illecito. In nome del principio dell'integrale risarcimento del danno – non un cardine costituzionale, per cui vi si può senz'altro derogare al ribasso, quando le circostanze lo impongano –, si ergono autentiche barricate contro l'eventualità che, ad es., chi ha contratto una polizza di assicurazione contro il danno, corredata dalla rinuncia dell'assicuratore a valersi della surrogazione, possa al contempo ottenere il risarcimento del danno dall'autore dell'illecito (o dal suo assicuratore), trascurando senza complessi il fatto che un tale approccio rischia di mandare esente da esposizione risarcitoria l'autore della condotta pregiudizievole, con buona pace della deterrenza e, perché no?, anche del buon senso. Si ha un bel dire che i danni punitivi sono ormai in circolo nel nostro sistema; che è dato stilare inventari allargati di ipotesi, avallate da un legislatore men che preoccupato del principio di non contraddizione, in cui il ristoro non corrisponde al pregiudizio; la stessa corte di legittimità ha messo in dubbio che il risarcimento più-che-compensativo possa considerarsi contrario all'ordine pubblico¹⁵ (e siamo in attesa di una pronuncia a sezioni unite che, sfera di cristallo alla mano, ci permetterà di lasciare dietro le spalle la pretesa, alquanto obnubilata, che qualsiasi misura di risarcimento per equivalente la quale appaia eccedentaria rispetto al

¹⁴ Anche in questo caso le citazioni appaiono superflue. Ma vale la pena di segnalare la lucida ricognizione di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2016, 915.

¹⁵ Cass., ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016, I, 1973, cui ha fatto seguito, quando queste note erano ormai composte, Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *id.*, 2017.

pregiudizio effettivo costituisca un'inaccettabile offesa al senso comune di giustizia). Il suggerimento di replicare il meccanismo dei “treble damages”, che negli U.S. funge, già dai tempi del Clayton Act, da modalità d'incentivazione dell'iniziativa giudiziale dei privati, viene respinto in modo netto e sdegnoso. Né vale ricordare che, almeno per quanto attiene all'attività collusiva, essa non si svolge alla luce del sole – un tempo si evocava l'immagine della fumosa stanza d'albergo dove i cospiratori fissavano il sovrapprezzo monopolistico, oggi operano tecniche più sinuose di scambio d'informazioni sensibili, oppure trappole ancora più insidiose quali le “price-matching guarantee clauses” o quelle del cliente più favorito¹⁶ –, ma in forma nascosta o, comunque, sfuggente: quanto basta, in una logica benthamita, a giustificare un risarcimento aumentato per logica moltiplicativa (si è cennato, poc'anzi, al convincimento diffuso che di cartelli se ne scopra uno su sette...). Niente da fare. Su questo fronte, la linea di resistenza si è rivelata tetragona. Quando, infatti, al termine di una lunga gestazione, si è giunti al varo della Direttiva 2014/104/UE, l'art. 3 ha messo in chiaro, al comma 3, che “il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”.

V.- La direttiva testé evocata, tardo frutto di un esangue slancio europeo, ha ricevuto attuazione domestica col d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Il quale, non a caso, consacra, già all'art. 1 (e preoccupandosi di presidiare anche il versante delle azioni collettive), il diritto al pieno risarcimento, inclusivo di danno emergente, lucro cessante e interessi, ma con bando di ogni possibilità di sovracompensazione. La disciplina si snoda, poi, nel sostanziale rispetto della matrice comunitaria, accordando al giudice del risarcimento il potere di ordinare alle parti o a terzi l'esibizione di prove rilevanti ai fini della decisione (salvo riconoscere ai soggetti destinatari dell'ordine di esibizione il diritto a essere ascoltati dall'autorità procedente prima di ottemperare alla decisione) e preve-

¹⁶ Sulla problematica valutazione concorrenziale di queste clausole, v. la sofferta ricostruzione di P. AKMAR, *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured Customer Clauses*, 12 *J. Competition law & Economics* 781 (2016).

dendo che, qualora costoro non siano in grado di fornire la prova necessaria, il giudice possa acquisire documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il decreto disciplina, inoltre, i rapporti tra decisione di quest'ultima e procedimento indennitario, stabilendo altresì regole per il decorso della prescrizione; e introduce eccezioni al principio di responsabilità solidale dei coautori della violazione, prevedendo che l'art. 2055, comma 1°, c.c. non dispieghi effetti quando la condotta anticompetitiva sia imputabile a una PMI o al beneficiario di un'immunità nell'ambito di un programma di clemenza. Uno specifico capo è dedicato al c.d. *passing on*, travagliata ipotesi relativa alla possibilità che il sovrapprezzo monopolistico sia traslato, da chi lo subisce in prima battuta, sui successivi acquirenti e che questi ultimi, al contrario di quanto avviene, almeno a livello federale, negli U.S., si attivino a loro volta per far valere le proprie ragioni risarcitorie (con onere di provare l'avvenuta traslazione del prezzo incombente in linea generale sul convenuto, salva, in caso di azioni promosse da acquirenti indiretti, una presunzione di trasferimento, suscettibile di prova contraria, qualora l'attore dimostri la violazione da cui è conseguito il sovrapprezzo e l'acquisto di beni o servizi su cui è stato praticato l'overcharge). Un'unica disposizione è invece dedicata alla valutazione del danno, da quantificarsi secondo i parametri codicistici sul pregiudizio extracontrattuale o, in caso il giudice lo ritenga opportuno, chiedendo lumi all'Agcm sugli orientamenti riguardanti il *quantum* risarcitorio; da notare come, nell'ipotesi di cartello, scatti una presunzione di danno, con onere di prova contraria a carico dell'autore della violazione. Nel tentativo di incoraggiare il ricorso a meccanismi di risoluzione consensuale delle controversie, il legislatore ha trasposto integralmente nell'ordinamento nazionale il corrispondente capo della direttiva, regolando gli effetti dei diversi metodi di composizione stragiudiziale delle controversie sulla prescrizione del diritto al risarcimento e sul procedimento indennitario, nonché nelle ipotesi di responsabilità solidale. Fanno da sigillo conclusivo l'ampliamento delle competenze dell'Autorità di concorrenza, che potrà applicare in parallelo le norme interne e quelle del TFUE nel decidere casi di intese e di abusi di posizione dominante; e l'accentramento in capo ai soli tribunali delle imprese della com-

petenza decisoria sulle violazioni delle norme di concorrenza regolate del decreto.

Le smagliature rispetto all'archetipo eurounitario sono marginali e possono qui essere trascurate. Preme piuttosto approdare a una valutazione d'insieme. Le intenzioni, come sempre, sono – o si assumono siano, per definizione – le migliori; e talune correzioni di rotta appaiono ben temperate. Ma le prospettive di sconvolgere il quadro, elevando il *private enforcement* a strumento incisivo di *policy* antimonopolistica (e così riscattando la sua storica marginalità, che la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione, allestita di concerto allo schema di decreto, comprova, ricordando come l'inventario delle azioni di danno antitrust presso i tribunali dell'impresa annoveri 24 casi nel 2014, 33 nell'anno successivo e cinque nella prima metà del 2016), sono ridotte al lumicino. Ci si aspetta un qualche incremento delle azioni "follow-on", che possono proliferare, com'è avvenuto in materia assicurativa a mo' di ricaduta di un importante contenzioso portato avanti con successo dall'AGCM. E ci sarà qualche maggior margine di manovra per imprese che abbiano a lamentare, in prima approssimazione e, quindi, a livello di azione 'stand alone', pratiche preclusive fortemente pregiudizievoli. Tutte conseguenze, si è pronosticato, che possono essersi già materializzate in attesa della trasposizione della direttiva, come sogliono fare i mercati finanziari, che anticipano e assorbono per tempo le reazioni ai mutamenti preannunciati (se così fosse, dovremmo convenire che siamo allo scespiriano "much ado", molto rumore per nulla). Insomma, il botto, il riscatto dei consumatori offesi e sfruttati, quello non ci sarà. Perché il meccanismo divisato difetta dei presupposti che soli potrebbero propiziare quel risultato.

Alle corte. Di *private enforcement* si è molto discusso. Ma in modo equivoco. Perché si è assunto come implicito punto di riferimento una certa dimensione fenomenologica – il danno di massa che una pratica di mercato a compasso allargato è in grado di arrecare alla collettività –, mentre si andava forgiando una disciplina cui è completamente sottratta la capacità d'incidenza effettiva su quel genere di situazioni. Sotto questo profilo, prendendo a prestito il titolo di un recente lavoro di J.K. Rowling, si potrebbe convenire che il *private enforcement* è una *fantastic beast*, un animale fantastico, di cui tutti parlano ma che, in Europa, nes-

suno ha mai visto e, per quanto è lecito ipotizzare allo stato, nessuno avrà occasione di avvistare in futuro. Se proprio lo si vuole trovare, bisogna rassegnarsi a traversare l'Atlantico.

VI.- Voltiamo pagina e proviamo a raccontare una storia. Il perché di questo cambio di registro salterà agli occhi tra un momento. Ma dovrebbe risultare chiaro sin da subito che la narrativa di seguito abbozzata *per summa capita* meriterebbe invece di essere specificata nel dettaglio, perché le sue articolazioni si candidano a vero e proprio manuale pragmatico di antitrust dell'era digitale, non più suscettibile di essere governata, e per certi versi isolata, nel perimetro di mercati rilevanti individuati a colpi di "SSNIP test"¹⁷, ma alle prese con la prepotente trasversalità delle piattaforme, dei mercati a più versanti e dei "moli-gopolies" che costituiscono il c.d. GAFAM (il club dei giganti della nuova economia dei servizi di rete)¹⁸. Con la consapevolezza di una rivoluzione in atto, che viene stravolgendo i riferimenti tradizionali e disegna nuove tassonomie nel segno prevalente della virtualità competitiva, proviamo a ricomporre i lembi di una vicenda davvero sintomatica.

Il *first mover*, quello che innesca gli eventi che passeremo in rapida rassegna, è Amazon. L'impresa di Jeff Bezos è comparsa sul mercato nel 1994; ma, nel volgere di pochi anni, ha vestito i panni del gigante¹⁹. Oggi campeggia non solo quale *titanic retailer*, con una quota del mercato digitale statunitense stimata intorno al 46%, ma altresì come piattaforma commerciale, rete logistica, servizio di pagamento, casa d'aste,

¹⁷ L'acronimo, disperatamente impenetrabile, sta per *small but significant non transitory increase in price*, da applicare al più piccolo mercato concepibile per verificare se lo si possa considerare "rilevante". La sua introduzione si deve alle *Merger Guidelines* approntate dal DoJ nel 1982; il suo impiego pratico è diffusissimo, anche se non esente da critiche assai devastanti.

¹⁸ La palma dell'originalità, in questo ambito, spetta senza meno a Nicolas Petit, col suo *Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, (2016), in www.ssrn.com.

¹⁹ Sino a candidarsi al ruolo che fu, in passato, di Microsoft e che è poi passato a Google: cfr. O. BUDZINSKI, K.H. KÖHLER, *Is Amazon the Next Google?*, (2015), in www.ssrn.com.

editore di libri, produttore di programmi televisivi e di films, disegnatore di moda, produttore di hardware e fornitore di servizi in cloud, oltre che di capacità elaborativa computerizzata. Per anni non ha prodotto profitti; tutti i ricavi, o quasi, sono stati reinvestiti negli sforzi destinati ad assicurare la conquista di ulteriori quote di mercato. A dispetto di una così plateale indifferenza per le opportunità di guadagno, che l'hanno resa popolare agli occhi dei clienti, gli investitori hanno costantemente assicurato il loro apporto: le azioni di Amazon si vendono a un prezzo 900 volte superiore ai suoi *diluted earnings*. Sul finire del 2016, Amazon è riuscita nell'impresa di metter d'accordo quella che di lì a poco sarebbe divenuta la nuova presidenza a stelle e strisce²⁰ con i dubbi e le preoccupazioni degli ambienti *liberal*²¹: egualmente convinti che nella sua strategia allignino i semi di serie minacce alla viabilità del processo competitivo.

Ai nostri fini, però, è necessario fare un passo indietro. Tornare, quindi, al 2007, quando Amazon cominciò a commercializzare, a un prezzo stracciato, il proprio lettore di libri elettronici, il Kindle. Ancor prima che cominciasse questa campagna, Jeff Bezos aveva deciso che il prezzo di vendita degli *e-books* sarebbe stato di \$ 9.99, inferiore di tre dollari a quello di acquisto. In parole povere, testi digitali e apparato di lettura venivano rivenduti sotto costo, nell'indifferenza (mal gliene sarebbe incolto) del soggetto, Barnes & Noble, che sin lì aveva monopolizzato la distribuzione libraria. Il settore elettronico sembrava, del resto, poco rilevante, attestandosi intorno al 4% del mercato; il fatto che in quel ristretto perimetro si praticasse un prezzo tecnicamente predatorio non destò (neppure in prospettiva postuma) preoccupazioni nelle agenzie preposte all'*enforcement* della legislazione antitrust²², che vi hanno ravvisato un'evidente strategia da *loss leaders*, intesa a propiziare la crescita del mercato. Che, in effetti, ci fu: anche impetuosa. Nel giro di un biennio, le vendite di libri elettronici arrivarono a contare per

²⁰ Reuter 13 maggio 2016: "Donald Trump has launched a frontal assault on Amazon.com ... saying it has a huge antitrust problem".

²¹ V., significativamente, l'ampio scritto di L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale L. J.* 710 (2017).

²² Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment at 21, Apple, 952 F. Supp. 2d 638 (No. 12-CV-2826-DLC).

un quarto del mercato complessivo, assicurando ad Amazon una superdominanza nell'ordine del 90%.

I grandi editori statunitensi – e qui la storia si complica²³ – non ebbero di che compiacersi di questo stato di cose. Vendevano più o meno a \$12.99 ciò che Amazon avrebbe rivenduto, in perdita, a \$9.99. La circostanza sarebbe dovuta risultare, per loro, indifferente: se Amazon voleva imbarcarsi in una sorta di suicidio economico, era un problema di Bezos e dei suoi azionisti, gli editori ottenevano in ogni caso i margini richiesti. Ma c'era un problema, pressoché inconfessabile. La strategia di Amazon rendeva insostenibile il livello di prezzo da loro prescelto per la lucrosa vendita dei libri hard-cover, commercializzati intorno ai \$30. I tentativi congiunti di indurre il distributore a cambiare politica fallirono miseramente, a dimostrazione di quanto difficile sia creare un cartello: di fronte alla minaccia di Amazon di togliere i prodotti della singola casa editrice dalla propria offerta, anche i più determinati (a imporre tecniche di c.d. *windowing*, ritardo nella commercializzazione del libro elettronico rispetto al lancio di quello tradizionale) si ritraevano e rientravano nei ranghi.

Finché, e ora siamo al turno cruciale, non intervenne Steve Jobs. Con la potenza di fuoco di Apple e la novità dell'iPad, che schiudeva la via alla commercializzazione degli *e-books* con tecniche analoghe a quelle utilizzate per gli iTunes. Ciò che i *six bigs* non erano riusciti a costruire in precedenza – ossia, per farla corta, un cartello come si deve –, Apple fu in grado di orchestrare in poche settimane, attraverso una tecnica esemplare di negoziazioni individuali con i singoli editori (consapevoli, però, delle analoghe iniziative nei confronti dei loro pari: l'unico a non adeguarsi fu Random House) e il ricorso al sottile ricatto della clausola del cliente più favorito, una sofisticata struttura collusiva in forma di *hub and spoke*, col cartello implementato dall'esterno dall'unica impresa che, operando in un mercato verticalmente separato, non poteva parteciparvi²⁴. Amazon, per la prima volta alle prese col

²³ Ulteriori, diffusi ragguagli in A. GIANNACCARI, *Apple, Amazon e gli e-books: una storia illecita, pro competitiva*, in *MCR*, 2016, 79.

²⁴ Per un punto di vista più consonante con l'impostazione difensiva di Apple, ma pur sempre nel segno di un'analisi concettuale assai sorvegliata sensibile, v. B. KLEIN, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*, (2017), in www.ssrn.com.

pericolo che la sua intermediazione commerciale fosse sostituita da un concorrente, dovette arrendersi e convertirsi a un metodo distributivo basato sul contratto di agenzia, che lasciava il potere finale di determinazione del prezzo nelle mani dei preponenti, vale a dire gli editori. Missione compiuta, dunque, per questi ultimi. Ma senza troppa soddisfazione. Perché, è vero, dopo il ribaltone, il prezzo dei libri elettronici è salito a un livello medio di \$15; ma la porzione riservata agli editori si è ridotta a \$10 perché le provvigioni pretese da Apple si assestavano al 33%. La congruità del prezzo dei libri cartacei, però, era salva; e questo sarebbe dovuto bastare a chiudere la partita.

Ma non è andata così. Perché, per tagliar corto, nel 2012 sono decollate due azioni di classe, intese a denunciare la plateale violazione della normativa antitrust²⁵. E, subito dopo – ma è significativo che l’azione pubblica sia intervenuta in seconda battuta –, il Department of Justice è partito lancia in resta con un’azione intesa a delibare l’illiceità delle condotte tenute da Apple e dagli editori. Questi ultimi si sono arresi immediatamente; e si sono chiamati fuori dal contenzioso offrendo un *settlement* a 166 milioni di dollari. Apple, invece, ha rivendicato la liceità del suo comportamento. E le decisioni rese dal giudice Denis Co-te, in prima istanza²⁶, e dalla Corte federale d’appello per il Secondo circuito²⁷, costituiscono vero banco di prova della tenuta dell’elaborazione antitrust nella nuova dimensione digitale. Prima, comunque, che la vicenda giudiziale si chiudesse – con l’ultima parola rimessa alla Corte suprema –, le parti coinvolte nelle azioni collettive con cui si era aperto il fronte litigioso si erano accordate per un *settlement* a valere per l’ipotesi che le ragioni di Apple non fossero state accolte. La casa di Cupertino si impegnava a versare un indennizzo complessivo di 400 milioni di dollari (oltre a una cinquantina per gli avvocati). In particola-

²⁵ Esiste anche, ignota ai più, una versione europea del caso. Il 13 dicembre 2012 la Commissione ha emesso una decisione con cui accoglieva e rendeva vincolanti gli impegni offerti da Apple e quattro editori per chiudere la procedura iniziata pressoché contestualmente a quella del DoJ. Nella sostanza, le parti si sono impegnate a dismettere gli accordi agenzia attivati per riorganizzare il mercato. La vicenda si è chiusa così, senza ulteriori sussulti.

²⁶ *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638, 649-50 (S.D.N.Y. 2013).

²⁷ *United States v. Apple Inc.*, 791 F.3d 290, 2d Cir. (2015).

re, si stabilì che per ogni “New York Time bestseller” venduto come *e-book* nel periodo compreso fra il 1° aprile 2010 e il 21 maggio 2012, Apple avrebbe corrisposto un indennizzo di \$ 6.93; e una somma di \$ 1.57 per gli altri *e-books*. Di lì a poco la Corte Suprema avrebbe rigettato il *writ of certiorari* proposto da Apple²⁸; e l’accordo transattivo sarebbe diventato efficace.

Mette conto notare come dal proverbiale pugno di dollari alle centinaia di milioni il passo sia tutt’altro che banale. Ma proprio qui sta il punto: un ridotto sovrapprezzo monopolistico, applicato su scala macromassiva, si rende responsabile di guasti sociali complessivi di enorme rilevanza. E l’unico modo plausibile di costringere i responsabili a restituire il maltolto è proprio quello di attivare un rimedio per danni (nella circostanza, corretti con un moltiplicatore transattivo pari a due) in forma collettiva, reso possibile dal fatto che le vendite di libri elettronici lasciano una traccia digitale che permette la ricostruzione analitica di tutte le operazioni, anche quelle di più ridotto spessore.

Il senso di meraviglia indotto dall’architettura complessiva del caso non deve, peraltro, distrarre più di tanto. È vero, infatti, che nella circostanza si è potuto calibrare l’intervento di ristoro al centesimo. Ma quello che conta è la disponibilità ad attivarsi in tale direzione. Qualche decennio addietro, tanto per intenderci, si era verificata una situazione analoga, in difetto di tecnologie come quelle impiegate del caso degli *e-books*. Si trattava, allora, dei blue jeans prodotti dalla Levi Strauss. A livello statale, in California, fu accertata una pratica di imposizione del prezzo di rivendita, quando la RPM soggiaceva, negli States, all’antico divieto imposto nel 1911 dal celebre caso *Dr. Miles* (precedente che sarebbe stato dismesso solo nel 2007). La casa produttrice mise allora a disposizione un tesoretto di 9 milioni di dollari, per soddisfare le ragioni offese dei consumatori Solo che non c’era modo di rintracciare con sicurezza chi avesse acquistato jeans nell’arco di tempo per il quale si era accertata la violazione. E non si trovò di meglio che inventare un *fluid recovery*, consistente nel garantire uno sconto di tre dollari, o giù di lì, a chiunque avesse acquistato jeans di quella marca in futuro sino

²⁸ Supreme Court of the United States, Order List: 577 U.S., Mar. 7, 2016, *Certiorari Denied*, p. 20.

ad esaurimento della somma disponibile (nel presupposto, del tutto arbitrario, che vi sarebbe stata una qualche corrispondenza fra acquirenti futuri e compratori progressi). Sulla congruità di un risarcimento così congegnato si è discusso²⁹ e si può discutere a lungo. Sulla sua efficacia deterrente, no.

Ma siamo alla morale. Il *private enforcement* della disciplina antitrust dovrebbe essere in grado di vendicare torti con le caratteristiche su indicate: dispersione su grande numero di vittime, con incidenza individuale sovente limitata, ma portata complessiva a tanti zeri. Quello capace di sortire un risultato di tal fatta è, all'evidenza, un animale fantastico. Che non abita, e con ogni probabilità non abiterà dalle nostre parti. Come già si è anticipato, chi voglia proprio trovarlo deve rassegnarsi a traversare l'Atlantico.

²⁹ Cfr., *ex multis*, A. GIUSSANI, *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle «class actions»*, nota a Corte Suprema U.S., 25 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, 75.

IL WHISTLEBLOWING NELLA CONCORRENZA: LA COMMISSIONE ELIMINA UN OSTACOLO ALLA SUA ESPANSIONE

† Aldo Frignani*

SOMMARIO: 1. *La comunicazione della Commissione.* 2. *Il whistleblowing: nozione, origine, espansione e diffusione.* 3. *Il whistleblowing nella concorrenza.* 4. *Col nuovo strumento saranno raggiungibili gli “effetti benefici” che la Commissione si attende?*

1. *La comunicazione della Commissione*

In data 16 marzo 2017 è uscito un comunicato (di cui si è sparsa l'eco negli organi *in-house* specializzati)¹ annunciante che la Commissione aveva varato un nuovo strumento mediante il quale un privato cittadino può segnalare l'esistenza di cartelli segreti e di altre violazioni delle norme antitrust, mantenendo l'anonimato².

Il nuovo strumento protegge l'anonimato degli informatori tramite un sistema di messaggistica criptata specificamente concepito, che consente comunicazioni a due vie. È gestito da un fornitore di servizi esterni specializzato che, agendo da intermediario, si limita a inoltrare il contenuto dei messaggi ricevuti senza trasmettere i metadati, che potrebbero essere utilizzati per identificare l'informatore.

* Nel pubblicare il presente contributo, i curatori del volume non possono non riservare un breve ricordo alla prestigiosa figura del prof. Aldo Frignani, recentemente scomparso, che con i Suoi numerosi e importanti Studi ha contribuito a diffondere, tra i primi in Italia, la cultura antitrust. I curatori ricordano, in particolare, la Sua partecipazione, sempre attiva ed entusiasta, sia come relatore che come membro del Comitato scientifico, a tutte le edizioni del Convegno biennale nell'Università trentina.

¹ Per esempio G. ATTINA, in *TeLesANIE* Aprile 2017, p. 3; AIGI newsletter (a cura dello studio Orrick) 24 marzo 2017.

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-591_it.htm; vedi anche <http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower>.

La Commissione spiega gli effetti benefici che possono derivare dal nuovo strumento in questo modo:

- a) permette ai singoli cittadini di fornire informazioni, dando loro anche la possibilità di chiedere alla Commissione una risposta ai messaggi inviati;
- b) consente alla Commissione di chiedere chiarimenti e dettagli;
- c) tutela l'anonimato dei singoli cittadini tramite comunicazioni criptate e il ricorso a un fornitore di servizi esterno;
- d) intende aumentare la probabilità che le informazioni ricevute siano sufficientemente precise e attendibili, consentendo in tal modo alla Commissione di darvi seguito aprendo un'indagine.

Questa comunicazione mi offre lo spunto per alcune osservazioni sulla funzione del *whistleblowing*³ in generale e nel campo dell'antitrust in particolare.

2. *Il whistleblowing: nozione, origine, espansione e diffusione*

La Commissione parla di *whistleblowing* in generale, ma alcune distinzioni sono necessarie: si tratta dell'individuo che, senza che ciò costituisca un dovere scaturente dalle sue mansioni o dal suo status, denuncia un reato o un illecito che ha effetti sull'interesse pubblico. Rispetto ai destinatari possiamo avere:

- 1) il *whistleblowing* interno all'azienda di appartenenza: la denuncia può essere indirizzata al diretto superiore o ad un gradino ancora più elevato oppure ad un apposito organismo interno, qualora esso sia stato istituito come *policy* dell'azienda, per esempio l'organismo di

³ Nome utilizzato anche in altre lingue oltre l'inglese. Alla lettera si può tradurre "fischiare nel fischietto", ma in realtà nell'uso che ne fanno i legislatori, nella loro lotta alla corruzione, si tratta di "delazione" (soprattutto quando è anonima). A livello internazionale (Consiglio di Europa), come riferisce la Parisi, nella relazione ANAC (infra, nota 14), "si cerca di aiutare gli Stati a indirizzare i propri sforzi per "digerire" (e... far digerire ai propri cittadini) una pratica tanto spesso apprezzata diffusamente come un disvalore, in quanto avvicinata al comportamento delatorio". In tal senso è apprezzabile lo sforzo di L. ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2015, 347 che propone il termine più pudico di "relatore".

controllo costituito in applicazione del d.lgs. n. 231 (*internal whistleblowing*);

- 2) il *whistleblowing* ad un ente esterno che abbia l'autorità di ricevere tali denunce, processarle ed eventualmente aprire un'istruttoria nei confronti della persona o ente denunciato (*external whistleblowing*);
- 3) il *whistleblowing* alla polizia o all'autorità giudiziaria⁴.

Evidentemente la Commissione si riferisce solo alla categoria b); questa distinzione peraltro non è inutile poiché le diverse situazioni danno luogo a problemi giuridici diversi (per esempio, da quali rischi tutelare il segnalatore o quale ricompensa attribuirgli).

L'istituto è di origine anglosassone, ma è stato poi ripreso da molti altri Stati⁵.

Negli Stati Uniti si comincia col False Claim Act del 1863 per perseguire frodi nelle pubbliche forniture (successivamente modificato più volte) che prevedeva una ricompensa calcolata sulla eventuale sanzione applicata al malfattore⁶. Questo modello della segnalazione remunerata fu in seguito introdotto in molti Stati dell'Unione per perseguire illeciti relativi a forniture pubbliche, anche non di rilevanza federale.

A parte il sopra citato FCA, che funziona a tutt'oggi come testo fondamentale nel campo delle forniture pubbliche, gli episodi di grandi scandali finanziari⁷ portarono all'emanazione del *Sarbanes Oxley Act* del 2002 che ha esteso alle grandi compagnie, quotate o non, le norme a protezione del denunciante. Questo è stato, nel 2010, migliorato ed esteso col *Dodd-Frank Act*⁸ che ne ha affidato la competenza per la messa in opera alla *Securities and Exchange Commission (SEC)* elevando la ricompensa fino al 30%. In tutti questi *statutes* c'è la preoccupazione di "isolare" l'informatore, dipendente di un'azienda, da eventuali forme di *retaliation* da parte dell'azienda stessa.

In Gran Bretagna il *Public Interest Disclosure Act* del 1998 offre una disciplina abbastanza completa della materia, proteggendo il *whist-*

⁴ Chiamato anche in Italia "collaboratore di giustizia" (è il caso dell'art. 333 c.p.p.).

⁵ Vedi la raccolta di R. VAUGHN, *Whistleblowing Law*, London, 2015, 2 voll., pp. 1488.

⁶ Che in taluni casi può arrivare fino al 25%.

⁷ Basta ricordare i casi Enron e Worldcom.

⁸ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub.L.111-203).

leblower contro eventuali atti di ritorsione dei superiori e contemporaneamente incentiva le imprese ad organizzare una policy interna rapida ed efficace per prevenire la corruzione. Esso è soprattutto rivolto ai dipendenti pubblici, ma si applica anche ai privati.

La Germania è uno dei pochi Paesi dove ancora l'istituto non ha attecchito, ma ciò si spiega perché l'opinione pubblica non ha ancora dimenticato il trauma delle denunce anonime, prima sotto il regime nazista e poi sotto quello comunista.

Nell'Unione europea se si accentuano sporadiche norme sparse qua e là⁹, non esiste una normativa che disciplini il fenomeno ma di cui si sente l'utilità, tant'è vero che la Commissione, dietro sollecitazione del Parlamento¹⁰, ha lanciato una consultazione pubblica nel marzo 2017, per valutare se valga la pena di adottare una direttiva europea di portata generale che individui meglio lo status del *whistleblower*, almeno per quanto concerne le situazioni che presentano una dimensione transnazionale.

In Italia il primo grande intervento si ha con la legge Severino¹¹, la quale ha inserito nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165¹², l'art. 54 bis che, nella versione vigente oggi, è di questo tenore:

«Art. 54-bis. Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti.

1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte

⁹ Qualche esempio: art. 30 *sexies* direttiva 2014/56; art. 28 regolamento 1286/2014; art. 32 regolamento 596/2014 e sua direttiva di esecuzione 2392/2015; artt. 33-34 direttiva anticiclaggio 849/2015; direttiva 43/2016.

¹⁰ Risoluzione del 03.05.2016.

¹¹ Legge 06.11.2012, n. 190 art. 54 bis che detta "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.".

¹² Che conteneva le "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Il lettore ricorderà che fra gli elementi che emotivamente spinsero l'opinione pubblica ad invocare questa norma, accanto a episodi clamorosi di corruzione, era lo scandalo dei così detti "furbetti del cartellino": con quali risultati è sotto gli occhi di tutti! Quando poi si è conferita all'ANAC la competenza a ricevere le segnalazioni (con la legge n. 114 del 2014) allora il focus si è indirizzato alla corruzione vera e propria con qualche migliore risultato.

dei Conti, o alla Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)¹³, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.

2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.

3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

Come si vede l'unico incentivo è di stampo giuslavoristico, la conservazione del posto di lavoro e l'immunità da qualsiasi forma di discriminazione o ritorsione. La norma perciò non è immune da critiche: è generica nell'oggetto della denuncia ("condotte illecite"); gli incentivi sono insufficienti (sola protezione del posto di lavoro); la tutela della riservatezza è incerta nella sua attuazione e sottoposta ad una limitazione troppo discrezionale; essa è limitata ai soli dipendenti pubblici, come si fa notare nelle relazioni del 2015 e del 2017 dell'ANAC¹⁴.

L'ultima Relazione è un documento estremamente interessante per illustrare la situazione italiana, particolarmente quando si usa il *whistleblowing* come strumento di prevenzione della corruzione. In rapida sintesi l'ANAC, dopo avere più volte auspicato che la cultura giuridica e sociale nei confronti del *whistleblowing* cambi radicalmente, conclude che:

¹³ Inserita con la legge n. 114 del 2014.

¹⁴ R. CANTONE, M. PARISI, A. CORRADO, M.G. GRECO (a cura di), ANAC, *Prevenzione della corruzione, segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico. Presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing*, 22 giugno 2017.

- a) i dirigenti e i dipendenti pubblici destinatari della disciplina del *whistleblowing* mostrano ancora una certa diffidenza nei confronti di questo strumento;
- b) il numero di segnalazioni è cresciuto nel corso del 2016, rispetto agli anni precedenti, benché molte di esse non abbiano le caratteristiche richieste per essere considerate *whistleblowing*;
- c) alcune segnalazioni riguardano fatti di cattiva amministrazione, piuttosto che illeciti penali o di altro tipo, ed hanno consentito un intervento risolutivo dell'ANAC;
- d) occorre migliorare la formazione del personale oltre che dei dirigenti dei vari enti pubblici, ed in particolare dei Ministeri, per una migliore comprensione della utilità sociale dello strumento e delle sue caratteristiche (incrementare la cultura dell'informazione come ausilio alle pubbliche autorità)¹⁵.

In tutti gli Stati si nota l'espansione continua a molti altri settori: appalti e pubbliche forniture, tassazione (reati fiscali), rapporti di lavoro, reati finanziari, antiriciclaggio, comunque corruzione di qualsiasi tipo; rimane ancora tabù il settore privato, dove però una prima breccia si è aperta con la concorrenza.

3. *Il whistleblowing nella concorrenza*

L'estensione alla concorrenza¹⁶ nell'ambito dell'Unione europea è ancora rara e sporadica, probabilmente per questi due motivi: le leggi antitrust sono in genere più recenti di quelle sulle ruberie di Stato, che hanno una lunga tradizione; le violazioni antitrust sono considerate nel-

¹⁵ Questo cambio di cultura è oggi invocato da più parti sociali: vedi le iniziative di Libera di Don Ciotti: ne riferisce V. D'ANGERIO sul Sole-24 Ore del 29.07.2017.

¹⁶ Assai scarsa la letteratura italiana sul tema. Un'eccezione: G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowing in antitrust*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, 2008, 277; fuori dall'Italia vedi G. SCHNELL, *Bring the Whistleblowers and Pay them. The next logical step in advancing Antitrust Enforcement*, in *CPI Antitrust Chronicle*, novembre 2013 (citato da L. ARNAUDO, *op. cit.*, 354); A. RILEY, *The return of the lone whistleblower*, in *16 Competition Law Insight*, 11 aprile 2017.

la coscienza sociale meno gravi delle varie forme di corruzione pubblica.

Per quanto concerne la legge italiana in tema di concorrenza, non ci risulta alcuna norma che parli di *whistleblowing*, se si eccettua un cenno indiretto nella comunicazione dell'AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152 in tema di sanzioni. In essa si preannuncia che sarà considerata come attenuante l'aver strutturato il Modello organizzativo previsto dal d.lgs. 231¹⁷ in modo da estendersi alle (e così prevenire le) violazioni antitrust. Per tradizione l'AGCM si serve delle segnalazioni dei privati, ma non di quelle anonime.

Più incisiva la disciplina in UK, dove la *Competition and Market Authority* può riconoscere al segnalante di un illecito antitrust una ricompensa (seppure di modica entità) qualora dalla denuncia sia sortita una indagine formale¹⁸.

In Germania il BKA (*Bundeskartellamt*) accetta da tempo il *whistleblowing* garantendogli uno stretto anonimato con un sistema di informazione criptata tramite un fornitore esterno di servizi (che è poi quello oggi instaurato dalla Commissione).

Analogo sistema di garanzia dell'anonimato si registra in Danimarca.

Nell'Unione europea non ci sono norme specifiche oltre i programmi di *leniency*. La Commissione ritiene che la causa principale del suo scarso utilizzo stia nel non averne garantito l'anonimato e perciò limita l'incentivo a questo specifico tema. Ci sono state in passato procedure iniziate e concluse dietro relazione di un *whistleblower* senza che ci fossero le condizioni per chiedere l'immunità.

La Commissione stessa e la dottrina stabiliscono un legame tra il *whistleblowing* e il *leniency programme* affermando che il primo costituisce nuova linfa per il secondo. Non sono convinto che le cose stiano veramente così.

Sul piano delle finalità i programmi di *leniency* servono all'impresa membro di un cartello che teme di dover subire una ammenda per violazione delle norme antitrust, al fine di evitarla o diminuirla (per questo

¹⁷ In proposito è nota la resistenza in alcune imprese a garantire l'anonimato anche all'*internal whistleblower*.

¹⁸ Vedi le referenze fornite da L. ARNAUDO, *op. cit.*, 353-354.

si usa l'espressione *corporate whistleblowing*)¹⁹; tale finalità esula dalla motivazione del *whistleblowing* da parte del privato cittadino (chiamato anche *lone o individual cartel whistleblower*). Sul piano soggettivo nel *leniency* si richiede che la denuncia sia comunque riferibile all'impresa (e cioè sia fatta da un suo organo o comunque da una persona che ne abbia la rappresentanza, almeno per quella attività) mentre nel *lone cartel whistleblowing* chiunque può farlo, anche se non ha alcun collegamento o legame con l'impresa, benché chi tale collegamento possiede sia il più attrezzato per conoscere informazioni che altrimenti non verrebbero alla luce. Il c.d. *corporate whistleblowing* è in realtà un'auto-denuncia nella quale la società si dichiara già colpevole dell'illecito che porta alla luce.

Se questo è vero si pone il problema dell'incentivo al *whistleblower*. Se è consumatore dei beni o servizi dell'impresa che risulta aver partecipato ad una intesa, l'interesse per il *whistleblowing* è più immediato perché, in caso di condanna, se ne avvantaggerebbe nel processo risarcitorio, in quanto gli sarebbe aperta la porta di una azione *follow on*, dove il giudice dovrebbe tenere conto delle decisioni dell'autorità anti-trust (art. 7 d.lgs. 19.01.2017, n. 3).

Se non si trova nella posizione di cui sopra l'incentivo è più difficile da scoprire: o la denuncia si fa per motivi etici (il desiderio di contribuire al miglioramento o moralizzazione del mercato) o, trattandosi di un interno all'azienda, ci siano motivi di rancore²⁰ oppure, trattandosi di esterni essi siano guidati da non commendevoli obiettivi anche di concorrenti non membri del cartello.

Evitare gli abusi. Quest'ultima circostanza mostra l'esigenza che accanto agli strumenti di difesa del "delatore"²¹, si apprestino misure di difesa dell'impresa se ingiustamente accusata (accuse false o denigratorie) (naturalmente se la notizia dell'apertura di una istruttoria a suo carico oltrepassa i limiti della riservatezza o causa un pregiudizio all'immagine). Come si è osservato in dottrina²² la ricompensa potrebbe indur-

¹⁹ Così A. RILEY, *op. loc. cit.*

²⁰ Alcuni casi clamorosi: la scalata del Banco di Lodi alla Banca Antoniana fu scoperta perché denunciata un dirigente licenziato, che si era poi trasferito in Svizzera.

²¹ O segnalatore come si legge nel documento dell'ANAC del 22.06.2017.

²² L. ARNAUDO, *op. cit.*, 359.

re “una corsa alla denuncia selvaggia”, onde il necessario contrappeso di sanzioni²³.

Invece in Europa mancano le sanzioni per impedire che venga denunciato il falso, sapendolo (dolo) o per troppa leggerezza (colpa) oppure che la denuncia sia fatta solo per danneggiare il concorrente: ciò che si cerca di fare negli USA²⁴.

Il ricorso a questo strumento anche nella materia antitrust è di sicuro la aperta ammissione che l'autorità pubblica da sola non è in grado di colpire (prevenire) e scoprire le intese o gli abusi di posizione dominante che gli imprenditori – sempre più scaltri – riescono a mascherare²⁵.

Relativamente all'oggetto della denuncia non c'è una gran differenza se riguardi intese od abusi, se non per il fatto che nel secondo caso essa avrà ad oggetto fatti o comportamenti già accaduti e perciò più facilmente oggetto di riscontro: in ogni modo non tocca al segnalatore la qualificazione giuridica di quanto denunciato, ma alla Commissione.

4. Col nuovo strumento saranno raggiungibili gli “effetti benefici” che la Commissione si attende?

Quanto al punto a), prima parte, la Commissione ricorda che una denuncia anonima era già possibile, ma che il mezzo più utilizzato per scoprire intese segrete è il programma di trattamento favorevole (*leniency program*) che però giovava solo e conveniva ad un'impresa membro del cartello segreto che si fosse pentita e che volesse una riduzione (o addirittura l'abbuono integrale) dell'ammenda che altrimenti avrebbe dovuto pagare. Dal punto di vista dell'analisi economica (costi-benefici) è evidente che due sono i presupposti di una tale decisione: da un lato, il rischio concreto che il cartello sia altrimenti scoperto; dall'altro, che la *retaliation* dei membri del cartello, in tal modo scoperti e

²³ È a tutti noto infatti quali irreparabili danni i così detti “collaboratori di giustizia” con le loro dolose denunce false abbiano causato a persone innocenti.

²⁴ Vedi le notizie fornite da L. ARNAUDO, *op. cit.*, 360, nota 36 sulle sanzioni per le *non meritorious claims*.

²⁵ Però il mascheramento all'interno dell'azienda è molto meno facile che il mascheramento all'esterno.

condannati, non sia addirittura peggiore dell'ammenda evitata. L'osservazione della Commissione sullo scarso utilizzo, al di fuori del *leniency program*, della denuncia di persone terze rispetto ai membri del cartello, sta a indicare che lo strumento non era stato molto attraente (scarso *appeal*).

Sotto il profilo dell'efficienza, la Commissione stessa riconosce che c'è un rapporto di proporzionalità inverso tra l'*anonymous whistleblowing* e l'uso del *leniency programme*: l'aumento del primo strumento farà diminuire il ricorso al secondo, che perderà uno dei suoi requisiti: e cioè che la Commissione non avesse già acquisito *aliunde* elementi per avviare una istruttoria per violazione delle norme antitrust.

Questo rapporto di proporzionalità inversa ha indotto la Commissione a suggerire "to review the intragroup compliance structure", nel senso che quanto più si organizza un efficiente sistema di *internal whistleblowing* tenendo indenne il delatore da qualsiasi pericolo di *retaliation*, tanto più la società acquisirebbe informazioni su suoi eventuali punti deboli e sarebbe meglio in grado decidere se ricorrere o meno ad una procedura di *leniency*.

Più incerta la risposta ai messaggi inviati dai segnalatori: se rimane veramente ignoto chi fornisce le informazioni, la Commissione a chi farà pervenire la risposta?

Circa il punto b), con la denuncia anonima non si instaura un rapporto diretto Commissione/*whistleblower*, ma solo tramite un terzo e per corrispondenza; perciò la richiesta di chiarimenti si avrà solo in via indiretta con evidenti difficoltà di comunicazione.

Il punto c) rappresenta il *core* della novità annunciata dalla Commissione purchè la nuova tecnologia impedisca realmente di arrivare al mittente.

Quanto al punto d), che l'anonimato del *whistleblower* sia uno strumento utile per scoprire dei cartelli segreti non c'è dubbio, soprattutto in provenienza da soggetti che dispongono di conoscenze specifiche e qualificate di comportamenti anticoncorrenziali, ed allora si tratta massimamente di persone che le hanno raccolte sul luogo di lavoro; per esse l'anonimato rappresenta un presupposto dell'azione di segnalazione. Ma se non ci sono incentivi, e la denuncia è fatta solo per odio o rancore la garanzia dell'anonimato potrebbe non renderla sufficiente-

mente allettante. D'altra parte il non aver saputo garantire l'anonimato ha comportato degli effetti tragici il cui precedente ha in seguito scoraggiato il ricorso a tale denuncia. Si ricordi il caso che diede luogo alla condanna *Hoffman-La Roche*²⁶, aperto grazie ad un denunciante, Stanley Adams, che poi finì in prigione in Svizzera per rivelazione di segreti aziendali, perse totalmente la sua attività e la moglie si suicidò per la vergogna. Qualche anno dopo egli fu risarcito dalla Commissione²⁷, ma ormai il pregiudizio era divenuto irricuperabile.

In buona sostanza, l'incentivo nella segnalazione sarebbe costituito dall'anonimato: ma questo è rendere la strada più percorribile non è un invito al segnalatore a percorrere quella strada.

Per quanto concerne l'effetto di deterrenza: esso può esserci, perché i membri (o i futuri membri) di un cartello (progettato), conoscendo il rischio, o non faranno il cartello o cercheranno di renderlo ancora meno riconoscibile (*reverse effect*).

La comunicazione anonima era già ammessa ma sarebbe stato possibile – volendo – decrittarne il mittente; dunque la novità o lo strumento e – nell'ottica della Commissione – l'incentivo sta nell'adozione della nuova tecnologia per la garanzia dell'anonimato.

Rimane da vedere se questa basterà a far cambiare la *business culture* verso un comportamento, che è pur sempre far la spia, nei confronti della propria azienda, che finora ne ha frenato il ricorso. Salto culturale che significa far prevalere l'interesse pubblico ad evitare o punire i reati o gli illeciti sopra indicati rispetto al rapporto fiduciario che lega il dipendente all'impresa²⁸.

²⁶ Dec. Commissione 9 giugno 1976; Corte 23 maggio 1978 causa 102/1977; 13 febbraio 1979 causa 85/1976.

²⁷ Causa n. 145/83, *Stanley Adams c. Commissione*.

²⁸ Cambiamento culturale auspicato da più parti: vedi la Relazione dell'ANAC sopracitata, nonché L. ARNAUDO, *op. cit.*, 359-360; A. RILEY, *op. loc. cit.*

LE AZIONI RISARCITORIE DA ILLECITO
ANTITRUST: IL NUOVO QUADRO
CREATO DAL D.LGS. 3/2017
DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA UE 104/2014
E LE ULTERIORI PROSPETTIVE EUROPEE

Massimo Scuffi
Presidente del Tribunale di Aosta,
rappresentante italiano nel Comitato amministrativo
del Preparatory Committee of the Unified Patent Court (UPC)

SOMMARIO: 1. *Evoluzione normativa.* 2. *La legge di delegazione europea e il recepimento di cui al d.lgs. 3/2017.* 3. *Il consumatore e il collective redress.* 4. *Il danno e le sue componenti.* 5. *La quantificazione del danno.* 6. *La prova del danno.* 7. *La responsabilità solidale.* 8. *Danni mediati e passing on.* 9. *Il limitation period.* 10. *Rapporti tra le azioni.* 11. *La vincolatività della prova.* 12. *La giurisdizione unitaria.*

1. Evoluzione normativa

La direttiva 2014/104 UE disciplina il risarcimento del danno derivante dalle violazioni al diritto europeo della concorrenza (art. 101 e 102 TFUE) e al diritto nazionale antitrust (in Italia artt. 2 e 3 della l. 287/90) al fine di assicurare – al cospetto di illeciti anticoncorrenziali – un livello di tutela uniforme in tutti i paesi membri.

L'art. 1 della Direttiva mette in evidenza l'intento di attuare un efficace coordinamento tra gli interventi delle Autorità di concorrenza nazionali e quelli delle Autorità giudiziarie chiamate a statuire sul risarcimento del danno: dunque tra i due pilastri del *public enforcement* e del *private enforcement*.

La tutela oggettiva del mercato e dell'interesse pubblico al rispetto delle regole di concorrenza (*public enforcement*) rientra infatti nella competenza della Authority nazionale la cui attività sanzionatoria-inibi-

toria ricade sotto il controllo di legittimità del giudice amministrativo (TAR del Lazio e Consiglio di Stato).

Altrettanto avviene in sede europea, dove le decisioni della Commissione in materia antitrust restano sottoposte al sindacato di legittimità degli organi di giustizia europea.

La gestione del *private enforcement* è invece affidata all’Autorità giudiziaria che deve sindacare se un negozio o una condotta abbia leso la sfera patrimoniale dei terzi concorrenti e/o di altri soggetti sensibili di mercato (quali i consumatori) ripristinando la situazione di libera competizione e ristorando i danni subiti.

La Direttiva rappresenta l’esito di un ampio dibattito che si è snodato attraverso due tappe principali: la pubblicazione da parte della Commissione di un *Green Paper* nel 2005 e di un *White Paper* nel 2008 sottoposti entrambi a consultazioni pubbliche (tra cui le osservazioni trasmesse da apposito gruppo di lavoro costituito presso la Corte di Cassazione).

In funzione di completamento del “pacchetto” la Commissione ha poi presentato una Comunicazione sulla quantificazione del danno (2013/C 167/07) corredata da una guida pratica in base ad una “bozza di orientamento” redatta nel 2011.

È stata anche emanata una Comunicazione (401/2013) e una Raccomandazione (396/2013) sui ricorsi collettivi e i meccanismi di natura inibitoria-risarcitoria.

La tutela del consumatore costituisce infatti un obiettivo primario della Direttiva.

2. *La legge di delegazione europea e il recepimento di cui al d.lgs. 3/2017*

Il d.lgs. 3/2017 ha dato attuazione alla Direttiva e rimanda ai criteri-base indicati in quattro punti nell’art. 2 della legge delega 114/2015.

La legge di delegazione europea del 2014 è stata l’occasione – al di là della sua funzione “veicolare” necessitata dal recepimento – per intervenire in via di adeguamento e raccordo su taluni aspetti processuali e ordinamentali del sistema.

A. L'art. 17 del d.lgs. 3/2017 in osservanza ai criteri di delega ha – innanzitutto – modificato l'art. 1 della l. 287/90 al fine di superare il principio della c.d. “barriera unica” che consente l'applicazione delle norme nazionali in materia di concorrenza solo in via residuale per quelle fattispecie che non ricadono nelle corrispondenti previsioni del diritto europeo.

L'AGM sarà ora autorizzata ad applicare, anche parallelamente, in relazione a uno stesso caso, gli articoli 101 e 102 del TFUE e i corrispondenti artt. 2 e 3 della legge nazionale antitrust con estensione della disciplina risarcitoria contenuta nella Direttiva a entrambe le violazioni.

B. L'art. 18 ha poi provveduto a revisionare la competenza dei Tribunali delle imprese riportate su un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionale distribuzione sul territorio nazionale.

L'accorpamento del contenzioso antitrust su tre insiemi giudiziari concentrati nei Tribunali delle imprese di Milano (Nord Italia), Roma (Centro) e Napoli (Sud) riconduce il sistema verso una tendenziale unità.

Il legislatore ha così portato a compimento la rivisitazione delle passate competenze così articolate:

- originaria separazione di competenze tra Tribunali ordinari per le violazioni al diritto europeo della concorrenza e Corti di Appello funzionalmente competenti in unico grado per le violazioni della legge nazionale antitrust con scissione degli aspetti di esclusiva rilevanza interna da quelli di rilevanza sovranazionale;
- affiancamento (come terzo polo) di 12 sezioni specializzate della PI presso prescelti Tribunali/Corti di Appello (d.lgs. 168/2003) nei casi di interferenza delle pratiche anticoncorrenziali con i diritti di privata;
- accentramento di tutta la materia (antitrust nazionale/europeo interferente o meno) presso 22 sezioni specializzate dei Tribunali delle imprese (legge 27/2011) limitati ad 11 per le società con sede all'estero;
- assegnazione delle *azioni di classe* a 11 Tribunali regionali (con taluni accorpamenti) ubicati presso i capoluoghi di regione sede dell'impresa (legge 206/2005).

Questi Tribunali regionali dovrebbero ora rimanere destinatari delle sole cause partecipate dai consumatori che non coinvolgono i comportamenti anticoncorrenziali e le pratiche commerciali scorrette che – quali violazioni antitrust – andranno a ricadere nelle tre sedi indicate.

Non vi sono del resto ragioni di ordine logico e sistematico che inducano a diversificare la competenza antitrust per le azioni dei consumatori rispetto a quelle degli imprenditori.

Il d.lgs. 3/2017 provvede di conseguenza a estendere la portata operativa delle disposizioni della Direttiva anche al consumatore nell'esercizio delle azioni collettive che gli spettano contro le violazioni anticoncorrenziali.

3. *Il consumatore e il collective redress*

Il d.lgs. 3/2017 in apertura (artt. 1+2) amplia il novero dei soggetti che possono assumere la qualità di danneggiato: qualsiasi *persona fisica, persona giuridica, ente* che abbia subito un pregiudizio economico a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa.

Il danneggiato dalla pratica antitrust, dunque, non è solo l'imprenditore escluso dal mercato o limitato nel suo agire da contesti caratterizzati da posizioni dominanti abusive, intese restrittive e pratiche concordate ma anche la clientela – acquirente finale del prodotto o del servizio – che – ultimo anello della catena distributiva – vede alla fine ripercuotersi su di sé l'aumento del prezzo o la diminuzione di qualità della merce compravenduta (Courage ECJ 20.09.2001 C-435/99; Manfredi ECJ 13.07.2006 C-295/04; Cass. 2305/2007).

Come si è visto, in ossequio ai criteri di delega, anche il procedimento di *class action* regolato dal Codice del consumo (art. 140 bis) andrà a sottostare alle regole risarcitorie e ai principi dettati dalla recepita Direttiva.

La *class action* è mezzo di *tutela collettiva* praticato per adesione con modalità *opt-in* e si estende a tutti i membri aderenti alla "classe" (comprese associazioni mandatarie e Comitati partecipati secondo il meccanismo della rappresentanza processuale), presuppone lesione di

diritti omogenei di pluralità di soggetti e soggiace a particolari forme liquidatorie e di calcolo.

Va segnalato che anche la Raccomandazione 2013/396 prefigura “in funzione aggregante” la possibilità di ricorsi collettivi di natura inibitoria (e risarcitoria) proponibili da soggetti qualificati quali Associazioni dei consumatori, *public authorities* o associazioni commerciali agenti in nome e per conto degli associati, designate preliminarmente dallo Stato o appositamente certificate.

L’ordinamento italiano conosce al riguardo il modello delle *azioni rappresentative* contemplate negli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo a tutela degli interessi di categoria.

Le *representative actions* sono attribuite *iure proprio* agli enti esponenziali peraltro con solo contenuto *inibitorio/emendativo* (degli effetti pregiudizievoli della violazione), rinforzate da *astreintes* e accompagnate da forme pubblicitarie adeguate.

Fino a che non verrà assegnata a queste azioni anche una funzione risarcitoria in ossequio alla Raccomandazione esse resteranno perciò estranee alla sfera di operatività della normativa in argomento.

4. Il danno e le sue componenti

L’art. 1 del d.lgs. 3/2017 rimanda alle componenti tipiche del danno risarcibile: danno emergente, lucro cessante, interessi, escluse le “sovracompensazioni”.

Nella maggior parte degli ordinamenti europei, il risarcimento del danno ha finalità solo “compensative” di ripristino del pregiudizio subito, giammai “sanzionatorie e afflittive” anche per impedire che il danneggiato venga, in ipotesi, a trovarsi in una situazione più vantaggiosa rispetto a quella stessa in cui si sarebbe trovato in mancanza dell’altrui comportamento illecito.

Non sono dunque ammissibili i *punitive damages* previsti nel sistema nordamericano, dove il risarcimento può essere aumentato fino al “triplo” (*treble damage action* o TDA) in funzione essenzialmente punitiva in ipotesi di intenzionalità della condotta, cioè di provata mala fede dell’agente.

Resta isolata la pronunzia di quel giudice di pace che – destinatario di una delle tante controversie sui c.d. *patti assicurativi di massa* – non si era limitato a riconoscere il danno al consumatore corrispondente alla differenza tra la somma pagata per la polizza assicurativa e il prezzo immune dalle alterazioni derivante dall'intesa vietata (determinandolo, in via di equità, nel 20% del premio di polizza pagato dall'assicurato), ma liquidava, altresì, una somma doppia in funzione afflittiva per aver la Compagnia posto in essere condotte quali quelle sanzionate dall'Autorità Garante (giudice di pace di Bitonto, sent. 21 maggio 2007).

Il danno punitivo non ha diretta allocazione nel nostro ordinamento, però non è più ripudiato come in passato per *contrarietà all'ordine pubblico* (Cass. 1183/07), essendo ritenuto ormai legittimo il riconoscimento di sentenze straniere che contengano anche tale tipo di condanna (Cass. SS.UU. 16601/17).

5. La quantificazione del danno

Per la valutazione del danno l'art. 14 del d.lgs. 3/2017 richiama i criteri civilistici degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

Le linee direttrici dell'azione risarcitoria transitano – sul piano dell'"an" – dall'individuazione dell'esistenza del danno, la colpa, il nesso di causalità mentre – nella ricostruzione del "quantum" – dalla ricerca del *lucro cessante* e del *danno emergente* con i correttivi consigliati dall'*equità* ove il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare e ferma l'eventuale diminuzione del *concorso* del fatto colposo del creditore quando abbia contribuito a produrlo.

Talune particolarità contrassegnano, peraltro, il giudizio risarcitorio antitrust che in questa materia sfrutta l'ampio *case-law* formatosi negli anni presso le Corti Italiane.

Il *danno emergente* – nella sua lettura tradizionale – non presenta particolari problemi applicativi giacché sussistenza e consistenza del pregiudizio patrimoniale possono essere agevolmente dimostrati con documenti e tabulati vari.

Più difficile si presenta – invece – la ricostruzione del *lucro cessante*, stante il variegato atteggiarsi degli *effetti anticoncorrenziali* suscet-

tibili di provocare forme di pregiudizio ulteriori quali la *perdita di chance* e/o il *danno all'immagine*.

Né si dimentichi che il danno nel suo sorgere ed evolversi può essere influenzato anche da *concause* attenuanti o esimenti quali le variazioni delle condizioni generali di mercato: ad esempio, il fatto che al periodo *ante illecito* corrisponda una fase di recessione economica ovvero un periodo di crisi nel settore commerciale considerato o ancora una fase caratterizzata da un sensibile mutamento delle preferenze e dei gusti dei consumatori, senza considerare la stessa condotta della vittima che abbia operato in modo economicamente irrazionale con cali nelle vendite imputabili a fenomeni organizzativi-gestionali della sua stessa azienda.

Non a caso nella quantificazione del danno entra sovente in gioco la valutazione *equitativa* prevista in via generale dall'art. 1226 c.c. cui fa riferimento l'art. 2056 c.c.

Ci si può chiedere se suggerimenti liquidatori potrebbero ricercarsi nella disciplina della proprietà industriale che prevede criteri di quantificazione basati – non solo – sulle perdite economiche subite dal danneggiato, ma anche sui profitti che l'autore dell'illecito ha tratto dalla propria condotta abusiva (art. 125 Codice PI).

Perciò, ove fosse impossibile o molto difficile raccogliere elementi significativi a tacitazione esaustiva del danno lamentato per l'alterazione anticompetitiva del mercato, un ausilio integrativo – almeno nelle fattispecie caratterizzate da rapporti diretti tra imprenditori – potrebbe rinvenirsi in via comparativa nel criterio del “profitto” dell'autore della violazione, quantificando il pregiudizio anche avendo presente l'“utile” sulle occasioni di mercato da costui realizzate in luogo (e in danno) della parte estromessa (pur con i correttivi imposti dalle diverse “potenzialità” dei contendenti).

I meccanismi valutativi più accreditati per la quantificazione del danno antitrust si rinvengono comunque negli ordinamenti stranieri e sono richiamati nella “bozza di orientamento”.

Essi consistono essenzialmente:

- 1) nel metodo “contro fattuale” (*caunterfactual scenario*)
- 2) nell'analisi differenziale (*but for analysis*)

3) in metodi e tecniche basati sulla *Before and after theory* e sulla *Yardstick theory*.

Il primo presuppone il confronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato come si presenta a seguito dell'illecito e quella – puramente ipotetica – che si sarebbe determinata in sua assenza.

Lo scenario descritto è lo “stato del mondo” che si sarebbe realizzato qualora non si fosse verificato il comportamento illecito.

Il secondo – di comparazione *storica* – postula la messa a confronto dei profitti realizzati prima (*before*) e dopo (*after*) l'illecito a condizione che i due periodi di riferimento (*base period* e *damage period*) siano attendibilmente e sufficientemente raffrontabili in assenza di fattori estranei all'azione anticoncorrenziale altrui che abbiano in ipotesi concorso alla compressione delle *performances* economiche della vittima.

Il terzo – di comparazione *ideale* – impone il confronto tra i profitti realizzati dall'impresa danneggiata dopo l'illecito con quelli di altra impresa con analoghe caratteristiche ma rimasta immune da pratiche anticoncorrenziali.

6. La prova del danno

Tra i mezzi istruttori utili alla liquidazione rientrano con precedenza (rispetto alla prova orale) le *prove documentali* (e dunque i meccanismi per acquisirle al processo) e le *presunzioni*.

Assumono rilievo anche la *consulenza tecnica* specie in forma *pericipiente* quando entrino in gioco questioni tecniche e valutazioni economiche di mercato (Cass. 20695/13).

In tema di presunzioni l'art. 14 del d.lgs. 3/2017 stabilisce innanzitutto una *presunzione di riferibilità* del danno derivato da un “cartello” in capo all'autore della violazione.

L'art. 12 prevede poi che l'acquirente “indiretto” che abbia risentito il danno per trasferimento del sovrapprezzo, anziché dover ricostruire tutti i passaggi della catena distributiva (dal produttore al consumatore), possa avvalersi della *presunzione di trasferimento* (salva la prova contraria).

Questa prova “agevolata” del *passing on* presuppone, peraltro, la preventiva dimostrazione della violazione commessa, del sovrapprezzo da essa determinato, dell’acquisto dei beni oggetto della violazione stessa.

Si tratta di regole allineate su quelle pronunzie di legittimità che riconoscono al giudice il potere di desumere l’esistenza del nesso causale tra condotta e danno lamentato attraverso criteri di *alta probabilità logica*.

A completamento istruttorio l’art. 14 del d.lgs. 3/2017 istituisce anche una “assistenza” nel processo da parte dell’Autorità Garante (assimilabile all’*amicus curiae* previsto dal Reg. 1/2003 CE sulle *osservazioni* trasmesse alle giurisdizioni nazionali) quale mezzo ausiliario di conoscenza in merito a quesiti specifici sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno.

Analogo ausilio è prefigurato dal citato Regolamento nel quadro di *cooperazione* tra i giudici nazionali e Commissione con attribuzione ai primi della potestà di richiedere *informazioni* e *pareri* su questioni – procedurali, giuridiche, economiche – relative all’applicazione delle regole di concorrenza europea.

Particolare risalto viene dato dal d.lgs. 3/2017 (artt. da 3 a 6) all’*esibizione* delle prove.

Nei giudizi antitrust il giudice – al fine di consentire all’attore di reperire elementi difficilmente acquisibili a causa della c.d. “asimmetria informativa” che pone in genere la documentazione essenziale nella disponibilità della controparte o di terzi – può ordinare a questi ultimi l’esibizione delle prove che sono rilevanti ai fini della quantificazione del danno.

La *disclosure* trova peraltro limiti di impiego, nel senso che l’accesso non potrà estendersi a tutta la documentazione ritenuta potenzialmente rilevante all’esercizio del diritto, ma dovrà essere circoscritta a specifici elementi (o a “categorie di prove” con caratteristiche comuni) preindicati e ammessi dal giudice per quanto “proporzionato” alla decisione.

In via residuale, poi, qualora il danneggiato non sia in grado di procurarsi altrimenti le informazioni, potrà essere disposta l’esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell’Autorità garante nel rispetto di una

serie di prescrizioni e con adozione di misure di protezione delle informazioni riservate.

Le tipologie di prove interessate dall'esibizione sono di tre tipi:

1. le prove della c.d. *lista nera* riguardanti *programmi di clemenza* e proposte transattive che non sono divulgabili;
2. le prove della c.d. *lista grigia* ostensibili solo dopo la conclusione del procedimento avanti all'Autorità;
3. le prove della c.d. *lista bianca* per le quali può essere ordinata l'esibizione senza limitazioni.

Va premesso che i *leniency programs* consistono nella concessione, ad opera dell'Autorità antitrust, dell'immunità o del beneficio della riduzione dell'ammenda per quelle imprese che, dissociandosi dal *pactum sceleris*, decidano di collaborare, denunciando la propria partecipazione al cartello e fornendo elementi decisivi per individuare l'esistenza dell'intesa e i suoi partecipanti (trasformandosi così in una sorta di collaboratori di giustizia).

Il beneficio accordato all'impresa non sottrae peraltro il beneficiario alle conseguenze che possono derivargli sul piano civile per la partecipazione al cartello.

Per non compromettere l'efficacia dei programmi di clemenza sono state peraltro predisposte forme di tutela adeguata contro le divulgazioni delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese collaboratrici e fissati limiti di responsabilità.

7. La responsabilità solidale

L'art. 9 del d.lgs. 3/2017 deroga al principio di responsabilità solidale (art. 2055 c.c.) che avvince le imprese che hanno congiuntamente partecipato all'illecito e contro ciascuna delle quali il danneggiato può pretendere l'intero risarcimento.

Il regime di favore è disposto:

- per le PMI (come definite dalla Raccomandazione 361/2003 CE) la cui responsabilità viene ricondotta – a certe condizioni – nei soli confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti;

- per le imprese partecipanti a *programmi di clemenza* la cui responsabilità – in aggiunta a quella verso i propri acquirenti o fornitori diretti/indiretti – viene estesa verso gli altri danneggiati solamente quando essi non siano in grado di ottenere l'integrale risarcimento dalle altre imprese partecipanti all'accordo lesivo della concorrenza.

Quest'ultima limitazione della solidarietà passiva presuppone, dunque, una sorta di "insolvenza" degli altri obbligati perché diversamente si verificherebbe una privazione del risarcimento in capo ai danneggiati che non ha acquistato direttamente dal beneficiario dell'immunità.

Ulteriori effetti diminuenti sulle azioni risarcitorie sono assegnati dal legislatore anche in relazione alla *composizione consensuale* delle controversie (art. 16).

Seconda la "regola del non contributo" l'autore di una violazione che partecipi a una transazione non può subire l'azione di regresso dei coautori che non vi hanno partecipato per la parte di danno imputabile al primo; ciò per evitare che chi paga un risarcimento a seguito di una composizione consensuale venga poi a trovarsi in una situazione peggiore rispetto agli altri coautori.

Corollario della regola è poi quello secondo cui la parte di danno causata dall'autore della violazione che opta per la transazione va dedotta dall'importo del risarcimento cui ha diritto il danneggiato.

Anche in questo ambito viene pertanto attenuato il principio di *responsabilità solidale* per chi ha pagato il risarcimento stragiudizialmente.

8. *Danni mediati e passing on*

L'art. 10 del d.lgs. 3/2017 stabilisce che il danno può essere chiesto da chiunque lo abbia subito indipendentemente che si tratti di acquirente *diretto* o *indiretto* dell'autore della violazione.

Il risarcimento avvince così anche i danni *mediati e indiretti* che si presentino come *effetto normale* del fatto stesso, cioè come conseguenza ordinaria e naturale cui esso ha dato origine.

Opera il principio della c.d. *regolarità causale* per cui va riconosciuta legittimazione ad agire nel giudizio antitrust anche a quei terzi che –

pur occupando una posizione *eccentrica* rispetto alla *sequenza causale* diretta ovvero collocandosi alla fine della traiettoria dell'illecito – abbiano subito un *danno indiretto* quali sono appunto i *consumatori* che sopportano il trasferimento degli *overcharges* saldando il conto della *traslazione* nella filiera produttiva-distributiva.

Il trasferimento del sovrapprezzo o traslazione del danno (c.d. *passing on*) riprende le linee guida della Direttiva e si inquadra sia dal lato attivo (*offensive*) sia dal lato passivo (*defensive*): nell'un caso l'*acquirente indiretto* (consumatore) fa del trasferimento a valle del danno elemento costitutivo dell'azione per aver pagato un prezzo maggiore del dovuto (*spada*); nell'altro caso l'autore dell'illecito oppone al primo acquirente (*diretto*) di non aver subito danno per aver trasferito il maggior prezzo (*overcharges*) sui successivi (*scudo*).

Un interessante precedente si rinviene in controversia trattata dalla Corte di appello di Torino (*caso Juventus*) con riguardo ad accordo imposto monopolisticamente da società calcistica ad agenzia di viaggio dove il prezzo del biglietto di ingresso allo stadio era stato maggiorato di prestazioni supplementari obbligatorie (viaggio e soggiorno).

La Corte nell'occasione investita di azione di nullità antitrust (nel periodo vigendo ancora la competenza esclusiva ex art. 33 l. 287/790) aveva osservato che l'agenzia acquirente dei pacchetti (*business plans*) aveva traslato il danno su terzi e difettava perciò di legittimazione perché i maggiori costi erano stati sopportati dai tifosi consumatori che erano i veri danneggiati (sent. 20 gennaio 2003).

Secondo gli artt. 11 e 12 del d.lgs. 3/2017 l'eccezione di trasferimento va sempre consentita al convenuto.

L'autore dell'infrazione ha sul punto ampia libertà di prova liberatoria contraria, anche con richiesta di esibizione delle prove alla controparte o a terzi.

L'art. 13 prevede, inoltre, che nell'assolvimento dell'onere della prova sul *passing on* si possa tener conto delle azioni risarcitorie promosse per la medesima violazione in altri Stati da soggetti ancorché a un diverso livello della catena distributiva e delle relative decisioni.

Resta comunque ferma l'applicazione delle regole nazionali e internazionali in tema di litispendenza e connessione (artt. 29 e 40 c.p.c.; art. 30 Reg. 1215/2012).

9. *Il limitation period*

In consonanza con l'art. 10 della Direttiva, l'art. 8 del d.lgs. 3/2007 richiama l'osservanza dei termini di *prescrizione* che – trattandosi di illecito *aquiliano* (art. 2043 c.c.) – è quella breve di 5 anni (art. 2947, I co. c.c.).

È bene considerare che le vittime della pratica antitrust potrebbero trovarsi in difficoltà nell'individuare la decorrenza in caso di *violazione continuata e ripetuta* ovvero quando l'infrazione non sia di *immediata percezione* come spesso accade negli accordi di regolamentazione del mercato che sono spesso “riservati” e dei quali si è edotti *ex post* solo tramite i mezzi di informazione.

In tali contesti gli operatori economici evitano di regola di lasciare tracce scritte del loro operato (*smoking gun*) desumibile solo da comportamenti convergenti e concludenti a tale scopo.

La giurisprudenza nazionale rimanda al principio secondo cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.) con la conseguenza che il *dies a quo* va fatto risalire, non dalla data di cessazione della condotta generatrice del danno, ma dall'*esteriorizzazione del danno* stesso che sia stato percepito (o percepibile come tale) nella sua realtà fenomenica.

Occorre cioè che la vittima sia venuta a conoscenza, in termini di buona certezza, degli effetti che il comportamento collusivo ha prodotto nei suoi confronti, non bastando la mera conoscenza del pregiudizio *tout court* ma occorrendo, anche, la cognizione della *rapportabilità causale* dello specifico danno lamentato, definito per l'appunto *danno lungolatente* (Cass. 2305/2007).

La norma di recepimento – in linea con questi criteri – mantiene ferma la durata della prescrizione e ricollega il *dies a quo* a un *momento oggettivo* (cessazione della violazione) e a un *momento soggettivo* articolato su più passaggi (conoscenza da parte della vittima della condotta, della sua illiceità, del pregiudizio ricevuto, dell'identità dell'autore).

Il termine prescrizione è destinato comunque a rimanere sospeso nel corso delle indagini avviate o dell'istruttoria in corso avanti all'Autorità per la stessa violazione oggetto della domanda risarcitoria.

La sospensione opera per un anno dalla decisione definitiva o dalla conclusione del procedimento.

10. Rapporti tra le azioni

Va premesso che non esiste nel nostro ordinamento *consequenzialità* o *accessorietà* tra procedimento amministrativo avanti all’Autorità Garante e processo civile avanti all’AGO.

L’uno non è *presupposto processuale* dell’altro, stante il sistema “binario” di interventi – *autonomi* e *concorrenti* tra loro – che la legislazione italiana consente a *regolazione parallela* ora del piano oggettivo della concorrenza ora del piano intersoggettivo della conflittualità privata.

Non vi sono, dunque, rapporti di precedenza tra Autorità Garante e AGO equivalenti a quelli esistenti tra Commissione e giurisdizioni nazionali che nella *applicazione parallela del diritto della concorrenza* sono facultati – a sensi del Reg. 1/2003 CE – a disporre la *sospensione* del procedimento nazionale in attesa della decisione europea per evitare contrasto tra le rispettive decisioni.

Solo l’art. 140 bis del Codice del consumo – regolando le azioni di classe – autorizza il giudice nell’ambito dell’esame preliminare di ammissibilità della domanda a differire la pronuncia quando sia in corso, su fatti rilevanti ai fini della decisione, un’istruttoria davanti all’Autorità Garante o al giudice amministrativo.

Di questa *sospensione atecnica* che mira a valorizzare quelle risultanze procedimentali si è avvalso il Tribunale di Genova (*caso Moby*) nella causa promossa da Altroconsumo per il ristoro dei danni causati ai passeggeri da una supposta intesa restrittiva della concorrenza sulle rotte tra Sardegna e Continente a seguito di sanzione comminata dall’AGM (ordinanza 4 ottobre 2012).

La disposizione citata in un certo senso anticipa le indicazioni europee contenute nella Raccomandazione (e Comunicazione) cit. della Commissione sui *ricorsi collettivi* che segnalano come le azioni collettive vadano avviate solo dopo la conclusione del procedimento pubblico e con divieto del giudice di emettere pronunzie contrastanti.

11. La vincolatività della prova

Le azioni di *private enforcement* sono di due tipi.

- A. le azioni *follow-on* fondate su di una illecita distorsione della concorrenza già accertata (e sanzionata) in sede di *public enforcement* che seguono cronologicamente il provvedimento amministrativo e sono rivolte ad ottenere il ristoro del danno;
- B. le azioni *stand-alone* incardinate in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole della concorrenza da parte dell’Autorità, cioè di provvedimenti amministrativi presupposti.

Le azioni *stand alone* rendono meno agevole l’onere della prova che va costruito giudizialmente *ex novo* anche sull’“an”.

Le azioni *follow on* possono invece fruire delle risultanze dell’attività istruttoria dell’Autorità come punto di riferimento per l’accertamento dell’infrazione.

Il giudice italiano non è mai stato insensibile ai provvedimenti resi dall’Autorità Garante o alle conclusioni in tale sede raggiunte su fattispecie *in fatto* sovrapponibili a quelle sottoposte al vaglio giudiziario.

I rilievi e le risultanze raccolti in quella sede pubblica, una volta trasmigrati nel processo tramite le produzioni delle parti, hanno spesso rappresentato un decisivo punto di riferimento valutativo dal quale il giudicante non si è quasi mai discostato (ma anzi se ne è giovato) nel suo libero apprezzamento delle prove.

Anzi la giurisprudenza nazionale è arrivata ad assegnare alle decisioni dell’Autorità che accertano l’infrazione valore di “prova privilegiata” in relazione alla sussistenza della violazione, pur incombendo al danneggiato fornire la dimostrazione dei suoi effetti in termini di nesso causale e pregiudizio risentito ai fini del risarcimento del danno (Cass. 3640/09).

In sintonia con questi principi l’art. 7 del d.lgs. 3/2017 ha esaltato il valore di “definitività” della decisione dell’Autorità nazionale non più soggetta a impugnazione ovvero della sentenza passata in giudicato che si sia pronunciata sul ricorso (purché il sindacato giurisdizionale risulti “pieno” e i profili tecnici non presentino un oggettivo margine di opinabilità) destinate ora ad assumere effetto “vincolante” nel giudizio risarcitorio.

Si tratta – a ben vedere – di un'estensione della regola del Reg. 1/2003 cit. sulla *applicazione consecutiva* del diritto della concorrenza che impedisce al giudice nazionale di assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione UE (salvo – in caso di disaccordo – rivolgere alla Corte di Giustizia domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 del Trattato).

Vanno messi in luce i seguenti punti:

- la *vincolatività* si estende alle decisioni “in positivo” ma non a quelle “in negativo” che escludono la infrazione;
- la *vincolatività* opera solo con riferimento alla natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale;
- la *vincolatività* non opera con riferimento al nesso causale e l'esistenza del danno che dovranno essere sempre provati in giudizio dall'attore.

Naturalmente dovrà trattarsi di una decisione definitiva della pubblica autorità e/o avere copertura giurisdizionale da giudicato diversamente continuando a valere la soluzione giurisprudenziale intermedia (*quasi vincolatività*) che istituisce – tramite la prova privilegiata – una sorta di *presunzione iuris tantum* di legittimità di quelle risultanze amministrative.

Una valenza probatoria *cross-border* è attribuita anche alle decisioni definitive emesse dalle Autorità di altri Stati membri (e dai corrispondenti organi giurisdizionali di ricorso) pur senza effetti vincolanti per il giudice nazionale che valuterà tali precedenti unitamente ad ogni altro elemento di prova.

Si tratta di prova *tout court* che la Direttiva indica come *prima facie*, istituito peraltro non conosciuto dall'ordinamento italiano che si limita a fornire al giudice soli criteri guida di valutazione probatoria (prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.).

12. La giurisdizione unitaria

Il sistema di tutela risarcitoria delle violazioni antitrust affidato nel *private enforcement* alle Corti nazionali rimane ancora carente – nonostante gli introdotti coordinamenti informativi e probatori – sul piano

della omogeneità decisionale in quanto risente degli approcci anche culturali diversificati dei giudici che si pronunziano in vari paesi e quindi delle inevitabili divergenze nella valutazione dei fenomeni anti-concorrenziali.

Va vista dunque con favore la prossima istituzione di una nuova giurisdizione europea incentrata nell'*Unified Patent Court* (UPC), organismo giudiziario internazionale a formazione multinazionale istituito dall'*Agreement* nel 2013 e composto da una divisione centrale (con sede principale a Parigi e sedi tematiche a Monaco e Londra) e da divisioni locali/regionali ubicate presso i 26 Stati contraenti, chiamato a decidere con provvedimenti efficaci su tutto il territorio europeo le controversie di invalidità e contraffazione di brevetti europei "classici" e brevetti europei con effetto unitario, secondo regole di procedura comune (ROP).

Si tratta di una complessa struttura di integrazione giudiziaria su scala "universale" estesa oltre gli stessi confini europei in virtù del foro addizionale creato per i convenuti di paesi terzi (Reg. Bruxelles 1/bis) e destinato ad affrontare anche le tematiche antitrust che spesso nelle strategie commerciali si intersecano con l'esercizio dei diritti di privata (si pensi ai casi di abuso di posizione dominante).

Nello specifico il nuovo modello processuale consente infatti di resistere alle azioni tipicamente brevettuali anche con eccezioni di natura concorrenziale utilizzabili in funzione di reazione alle altrui domande.

È lo stesso Regolamento istitutivo della tutela brevettuale unitaria (Reg. 1257/12) a stabilire – del resto – che non può essere pregiudicato il diritto della concorrenza e l'*Agreement* prescrive che le procedure vengano impiegate in maniera non distorsiva della concorrenza.

Nell'ambito di questi giudizi potrà dunque entrare in gioco il *sindacato antitrust* e venire così fornita da una compagine giudicante unitaria una risposta "globale" sulle problematiche di mercato scevra da interpretazioni nazionali non allineate.

NOVITÀ NEL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT* IN FRANCIA

Lionel Lesur

Avvocato del Foro di Parigi e di Roma

SOMMARIO: *Introduzione. 1. La recente trasposizione della Direttiva Europea Damages. 2. Alcuni casi giurisprudenziali recenti in Francia. 2.1. Il caso La Montagne. 2.2. Il caso SNCF/Expedia. 2.3. Il caso Orange/SFR. 3. Tendenze recenti nel private enforcement in Francia.*

Introduzione

Innanzitutto voglio ringraziare l'Università di Trento, e in particolare i Professori Benacchio e Carpagnano, per l'onore concessomi di partecipare a questa tavola rotonda e di trovarmi in presenza di esperti del settore così rinomati.

Quando si parla del regime di *private antitrust enforcement* vigente in Francia, non è possibile non cominciare dal menzionare che in data 10 marzo 2017 (con oltre due mesi di ritardo rispetto alla scadenza per il recepimento)¹ è stata effettuata la trasposizione della direttiva 2014/104/EU, meglio nota come direttiva *Damages*. In seguito, l'attenzione verterà su tre casi giurisprudenziali recenti che saranno sinteticamente esposti, con lo scopo di illustrare le domande più frequenti, relative al *private enforcement*, a cui i tribunali francesi sono chiamati a rispondere. In conclusione, verranno proposti alcuni spunti di riflessione aventi il fine di integrare la visione del quadro francese in materia.

¹ Come avvenuto del resto nella maggioranza degli altri stati Europei. Si segnala infatti che gli unici paesi ad aver effettuato la trasposizione entro il termine del 27 dicembre 2016 risultano essere Danimarca, Finlandia, Ungheria, Lussemburgo, Svezia e parzialmente la Lettonia. Fonte: <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/2017/02/Briefing-Note.pdf>.

1. La recente trasposizione della Direttiva Europea Damages

La trasposizione della Direttiva Europea è stata realizzata facendo ricorso all'emanazione di due testi legislativi, più specificatamente attraverso l'ordinanza n. 2017-303 e del decreto n. 2017-305 del 9 marzo 2017.

Questi hanno portato alla nascita di una nuova sezione del codice commerciale francese disciplinante per l'appunto le regole applicabili al *private enforcement*. Occorre tuttavia segnalare che, in virtù del principio di diritto *Lex specialis derogat legi generali*, il regime comune della responsabilità civile rimane applicabile in tutti quei casi ove non sorga un conflitto tra tali disposizioni e quelle scaturenti dal recepimento della Direttiva Europea. Sostanzialmente, la trasposizione risulta essere particolarmente in linea con quanto previsto dalla Direttiva, e, alla luce delle regole precedenti, si auspica che porti a una maggiore chiarezza su alcuni concetti chiave in materia. La speranza è certamente quella di aumentare l'attrattività del modello francese rispetto a quello degli altri stati membri, e di arrivare dunque a competere con sistemi più aperti al *private enforcement* quali quello tedesco, olandese e britannico, che al momento risultano essere più evoluti nel tema. Purtroppo, il legislatore non ha colto l'occasione per trattare due punti molto importanti quali la questione dei possibili "veicoli" per stimolare il contenzioso e quella riguardante il finanziamento delle azioni da parte di terzi.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del testo, è da segnalare che mentre le regole procedurali vengono attuate fin da subito, lo stesso non si può dire per quelle sostanziali che non saranno applicate ai casi già in corso. Questo deriva, ovviamente, dal principio di certezza del diritto. Nonostante quanto appena detto, esiste la possibilità concreta che i tribunali siano influenzati a iniziare ad interpretare le regole precedenti in luce delle nuove disposizioni.

Inoltre, il nuovo assetto normativo si applica non soltanto ai casi di cartelli e abuso di posizione dominante (di dimensione Europea o nazionale) ma anche a certe nozioni specifiche alla Francia come ad esempio l'abuso di posizioni di dipendenza economica e la fissazione di

prezzi troppo bassi che rientrano nell'ambito del testo di trasposizione sul *private enforcement*.

Per quanto riguarda le regole sostanziali, esse hanno globalmente un effetto positivo per l'attore che voglia portare un caso all'attenzione della Corte. Per esempio, per quanto concerne la dimostrazione della responsabilità nelle azioni di tipo *follow-on*, la Francia, in linea con la soluzione europea, ha stabilito per il valore pienamente vincolante (*fully binding*) delle decisioni dell'autorità antitrust francese e della Commissione Europea per le quali non è più possibile il ricorso d'appello ordinario. Nelle decisioni di condanna da parte di altre autorità nazionali, invece, la responsabilità è provata solamente *prima facie*, quindi salvo prova contraria, ma tali decisioni potranno essere di notevole aiuto per le Corti francesi.

Volgendo l'attenzione al danno sofferto, occorre soffermarsi su un punto di particolare importanza che modifica il sistema previgente. Per quanto concerne il trasferimento (*passing-on*) del sovrapprezzo vige ora una presunzione assoluta di assenza di tale trasferimento. Siamo in presenza, dunque, di uno slittamento dell'onere della prova che ricade ora sul convenuto in giudizio. Ciò rappresenta un cambio di rotta fondamentale rispetto alla soluzione adottata dal 2012 da parte della Corte di Cassazione francese.

Inoltre, si segnala la presenza di un'altra presunzione, ma questa volta semplice, che gli acquirenti indiretti hanno provato il trasferimento del sovrapprezzo se sono in grado di dimostrare tre elementi cumulativamente. Il primo elemento consiste nella commissione di un'infrazione anticoncorrenziale da parte del convenuto in giudizio. Il secondo è che tale pratica abbia avuto l'effetto di un sovrapprezzo per il consumatore diretto, e infine che l'attore abbia effettivamente acquistato beni o servizi legati a tale pratica.

Sempre a riguardo del danno sofferto, è stabilita un'altra presunzione, ancora una volta semplice, che i cartelli cagionano un danno. Tuttavia, essa non opera anche per le altre condotte restrittive della concorrenza, rendendo in questi casi la dimostrazione della responsabilità più ardua per l'attore. Bisognerà dunque osservare nei prossimi mesi se i tribunali francesi estenderanno tale presunzione anche alle altre infrazioni, in particolare l'abuso di posizione dominante.

Detto questo, l'onere della prova relativo all'ingenza del danno continua a ricadere sull'attore.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno, il testo francese non fornisce dettagli aggiuntivi rispetto a quanto contenuto nella direttiva.

Tuttavia, le Corti francesi dispongono ora di un nuovo strumento introdotto nel codice commerciale, vale a dire la possibilità di chiedere all'*Autorité de la concurrence* (di seguito indicata come l'"Autorità") un parere non vincolante nella determinazione della quantificazione del danno. Questa possibilità si affianca alla discrezionalità già concessa al giudice di incaricare un esperto preposto a compiere siffatta valutazione. Il termine concesso all'Autorità per fornire il parere è di due mesi, ma per tale Autorità non vige alcun obbligo a emanarlo. Nel caso in cui essa decida di emanarlo, essa potrà considerare il danno causato all'economia identificato nella sua decisione in casi di *follow-on action* nel suo complesso, però, solitamente, questo non corrisponde a quello sofferto dalla vittima.

A riguardo della responsabilità solidale, il testo legislativo francese appare essere in linea con quanto previsto dalla direttiva; bisognerà vedere in che maniera i tribunali francesi, che prima utilizzavano il criterio della gravità del comportamento individuale nella commissione dell'infrazione piuttosto che il ruolo causale, applicheranno il testo. Infine, è da ricordare che rimane in vigore il sistema specifico per coloro che facciano richiesta dell'immunità.

Passando alla prescrizione, la scelta adottata dovrebbe rappresentare un sistema molto favorevole per la tutela delle vittime dell'illecito. Infatti, è stato adottato il termine di cinque anni conformemente al testo europeo, fermo restando il limite assoluto a vent'anni contenuto nel codice civile francese. Ma, soprattutto, per quanto riguarda l'inizio del decorso di tale termine, questo decorre dal giorno in cui la violazione è venuta meno e la vittima è al corrente, o quantomeno dovrebbe ragionevolmente essere al corrente, di tale infrazione, del danno subito dalla vittima e dell'identità dell'impresa che ha posto in essere la condotta illecita. Tali condizioni devono sussistere in maniera cumulativa. In pratica, nel caso delle azioni *follow-on*, questo spesso significa dal momento in cui viene pubblicata la decisione da parte dell'Autorità o

venga pubblicato il comunicato stampa dall'Autorità. Nel caso in cui, come sovente accade nelle infrazioni antitrust, che la pratica sia stata messa in atto da due o più entità, allora si potrà avere dunque un punto di partenza diverso per ciascun soggetto. Peraltro, il termine di prescrizione viene naturalmente sospeso nel momento in cui l'Autorità inizia un procedimento. Questa non è una novità; deriva dall'implementazione della direttiva, ma da una legge del 2014 chiamata *Loi Hamon*, famosa per l'aver introdotto la possibilità nel diritto francese, finora scarsamente utilizzata, di intraprendere azioni collettive in materia antitrust (introducendo un tipo specifico di azioni *opt-in*, mentre quelle *opt-out* sono tuttora inammissibili in Francia). Con tale legge, questo sistema di sospensione del decorso della prescrizione è applicabile ai procedimenti successivi al 26 dicembre 2014. La prescrizione tornerà a correre un anno dopo la pubblicazione della sentenza definitiva.

Un ultimo punto riguarda la divulgazione (*disclosure*) delle prove, che ricalca a grandi linee quello dettato dalla direttiva. Ovviamente, essendo un sistema di *civil law*, non sono presenti sistemi di *discovery* o *disclosure*. Oltre ai concetti di *black* e *grey list* viene introdotto il concetto di categorie di prove (*categories of evidence*). Ai giudici spetta quindi il potere di ordinare la divulgazione di tali categorie di prove. Purtroppo, non viene data una definizione di tale concetto, e dunque bisognerà attendere per vedere in quale misura, più o meno ampia, i tribunali estenderanno lo stesso. In teoria, tali categorie dovranno essere identificate nella maniera più precisa e restrittiva possibile, facendo riferimento a caratteristiche quali la natura, l'oggetto, il lasso temporale e il contenuto di tali documenti.

Per quanto riguarda le regole nella *disclosure* delle prove raccolte dall'Autorità, queste sono simili al contenuto della direttiva, e consolidano le soluzioni già presenti nella giurisprudenza francese.

Il codice di procedura civile francese offre vari meccanismi ai ricorrenti che non erano parti del procedimento antitrust per richiedere l'accesso a documenti specifici o misure investigative. Rimane quindi necessario un bilanciamento da parte dei giudici tra la facilitazione a ottenere il risarcimento per il danno subito e la necessità di tale accesso. Tale ponderazione tra questi interessi è di grande importanza per proteggere la *leniency* e il segreto commerciale.

2. Alcuni casi giurisprudenziali recenti in Francia

2.1. Il caso La Montagne

Passando alle sentenze cui si è accennato in precedenza, il primo esempio riguarda la decisione del caso *La Montagne et al./Aviscom* da parte della Corte d'Appello di Parigi in data 7 dicembre 2016.

Senza entrare troppo nei dettagli, Aviscom, che in questo caso veste la parte dell'attore, gestisce un sito web che pubblica annunci necrologici oltre ad offrire servizi per esprimere condoglianze *online*. Aviscom citava in giudizio Centre France Publicités, La Montagne e Dansnoscoeurs, imprese appartenenti al medesimo gruppo editoriale. Il sito Dansnoscoeurs è, di fatto, un concorrente diretto di Aviscom in quanto anche la sua attività consiste nella pubblicazione di annunci necrologici, mentre La Montagne è un giornale. Tale giornale, nella sezione annunci necrologici, faceva sistematicamente riferimento al sito Dansnoscoeurs. Aviscom sosteneva, dunque, che tale collegamento tra il giornale e il sito costituisse un abuso di posizione dominante, e una pratica restrittiva della concorrenza da parte del gruppo editoriale.

La Corte ha rigettato la domanda basata sulla pratica restrittiva evidenziando la mancanza della dimostrazione da parte di Aviscom della cooperazione illecita tra La Montagne e Dansnoscoeurs. Questo dimostra la difficoltà nello stabilire la condotta illecita nel contesto delle azioni *stand-alone*. Tuttavia, secondo la Corte, l'incremento dell'efficienza derivante dal collegamento tra il sito e il giornale ha integrato la fattispecie delle vendite abbinate, derivante da un abuso di posizione dominante da parte del giornale.

La Corte ha disposto per il risarcimento ad Aviscom di (solamente) euro 5.000 motivando che la pratica concordata attuata dal gruppo editoriale abbia effettivamente danneggiato l'attore (ad esempio impedendogli di conquistare una fetta del relativo mercato). La Corte ha affermato che la perdita di un'opportunità non può essere equivalente a un mancato guadagno, data l'impossibilità di stabilirne correttamente l'entità. Nel corso del procedimento le parti non hanno esibito studi economici e la Corte non ha dato particolari indicazioni a riguardo della quantificazione del danno.

Inoltre, la Corte ha negato il risarcimento del danno morale ad Avicom (essendo non monetario, ancor più difficilmente dimostrabile) che lamentava di aver subito un danno reputazionale in tale vicenda. È da ricordare che nelle azioni collettive è possibile solamente ottenere un risarcimento per un danno materiale subito dal consumatore che sia di natura pecuniaria.

2.2. Il caso SNCF/Expedia

Il secondo caso è una decisione della Corte d'Appello di Parigi in data 14 dicembre 2016.

Si tratta di un'azione *follow-on* proposta dal liquidatore delle società Switch nei confronti delle società SNCF ed Expedia. Nello specifico, nel febbraio del 2009 l'autorità antitrust francese (il *Conseil de la concurrence*, sostituito dall'*Autorité de la concurrence* nel 2009) aveva multato società in ragione di un accordo anticoncorrenziale posto in essere dalle stesse, avente quale obiettivo di avvantaggiare la sussidiaria comune denominata *voyages-sncf.com* (un sito per prenotare biglietti del treno). Tale sentenza è stata in seguito confermata sia dalla Corte d'Appello di Parigi sia dalla Corte di Cassazione.

In sostanza, il liquidatore di Switch ha intrapreso una causa contro SNCF ed Expedia lamentando che tale intesa restrittiva avesse causato un danno alla società ora in liquidazione. Tuttavia, la decisione del *Conseil de la concurrence* era stata presa in un contesto di un accordo transattivo, procedura al tempo denominata *non-contestation des griefs*, sostituita nel 2015 dalla *transaction*, più simile alla fattispecie del *settlement* Europeo. Il punto fondamentale era che con questa procedura SNCF ed Expedia si obbligavano a non contestare le accuse mosse nei loro confronti per beneficiare di una riduzione nella sanzione comminata. Bisogna dunque capire se questo equivalga all'accettazione della responsabilità o meno. Ovviamente nel primo caso la prova da parte dell'attore nell'azione *follow-on* è facilmente dimostrabile. La posizione dell'Autorità è che il fatto di entrare in tale procedura è sufficiente per riconoscere un'infrazione, ma secondo la Corte d'Appello di Parigi non equivale al riconoscimento di una colpa nel contesto delle *private actions*. Alla luce di questo, è meglio, per l'attore, che si arrivi a una

decisione da parte dell’Autorità, ove non sia stata utilizzata tale procedura. Nel nostro caso, tuttavia, si sono successivamente pronunciate la Corte d’Appello e di Cassazione che hanno riscontrato una colpa da parte di SNCF. Tale situazione era dunque differente, e in tal caso la responsabilità era provata. Ai fini della certezza del diritto, è auspicabile un chiarimento definitivo su questa questione fondamentale. Con riferimento al nesso causale, la Corte d’Appello ha respinto l’eccezione che SNCF era solo un concorrente marginale di Switch, enunciando che tale argomento era da considerare solamente nella quantificazione del danno.

Per stabilire l’entità del danno, il tribunale ha fatto ricorso alle linee guida pubblicate nel 2013 dalla Commissione Europea e usato il metodo *but for*. In poche parole, questo metodo consiste nel considerare la situazione che sarebbe risultata in assenza della pratica anticoncorrenziale. La scelta del metodo da adoperare dipende solitamente dal tipo d’industria considerato e dalle informazioni disponibili, anche se, parlando in modo generale, questo è il metodo più utilizzato in Francia (almeno nei casi conclusi in modo favorevole all’attore). Altri metodi disponibili sono quello *Yardstick*, quello basato sui costi, o altri su *regression analysis*, ecc.

Infine, la Corte ha disposto il risarcimento sia per il danno immediato sia per quello eventuale, evidenziando l’impatto diretto e immediato sul volume d’affari di Switch. Inoltre, ha preso in considerazione la riduzione nel volume d’affari risultante dalla mancata fidelizzazione della clientela, diretta alla concorrenza in ragione all’accordo, causando quindi una perdita di guadagno futuro.

La Corte ha inoltre stabilito quale interesse utilizzare in tale risarcimento. Nel caso in esame ha applicato sia l’interesse legale (la soluzione tradizionale) che il tasso di capitalizzazione medio applicato nel settore del turismo (in inglese conosciuto come *WACC*), che rappresenta una vera innovazione. Si tratta, infatti, di uno dei primi casi ove la scelta è ricaduta sull’utilizzo di tale tasso d’interessi. Questo dimostra pienamente il principio di compensazione totale vigente in Francia, che include sia il deprezzamento della moneta sia la perdita di opportunità dovuta all’indisponibilità di capitale al tempo. Ma la data da cui inizia a prodursi detto interesse legale è ancora incerta perché non risulta chiaro

dalla giurisprudenza. Le possibilità sono: dal momento in cui è iniziato il procedimento; dal giorno in cui è stata mandata la prima intimazione a pagare; e dalla data cui è stata emessa la prima sentenza in cui si riconosce l'esistenza dell'infrazione. Serve dunque chiarezza su questo tema.

In conclusione, la Corte d'Appello ha condannato SNCF ed Expedia al pagamento di 6,9 milioni di euro a favore di Switch.

2.3. Il caso Orange/SFR

Il terzo caso riguarda un processo ancora in corso tra due delle maggiori compagnie telefoniche francesi, Orange e SFR. Orange è la compagnia che finora è stata più multata dall'Autorità, ma in questo caso riveste le parti dell'attore. In data 13 giugno 2014, l'Autorità ha multato SFR e la sua controllata SRR (45 milioni di euro) in relazione ad un abuso di posizione dominante attuato nelle isole francesi Riunione e Mayotte. In sostanza il caso riguardava la differenza nei prezzi applicati tra le chiamate *on-net* (stesso operatore della carta SIM utilizzata) e quelle *off-net* (operatore diverso da quello della carta SIM). *Orange*, in seguito ha introdotto un'azione *follow-on*.

Nell'ambito della responsabilità civile, il *Tribunal de commerce* (tribunale di commercio) di Parigi, nella decisione di ammissibilità sul caso, ha rigettato i motivi sollevati da SFR, che sosteneva di non poter incorrere in tale responsabilità in ragione del fatto che SRR fosse solo una filiale della società. Nell'emanazione di tale decisione, il tribunale ha fatto implicitamente ricorso alla nozione di *undertaking* (impresa) propria del diritto *antitrust*.

Nell'applicazione del termine di prescrizione, il tribunale ha adottato una soluzione diversa rispetto al caso *EDF/Nexas* del 2015. È stato deciso, infatti, che il termine di cinque anni è iniziato a decorrere dal momento in cui Orange ha fatto ingresso in ciascun'isola. La ratio dietro questa decisione risiede nella considerazione che Orange ha rilevato la condotta anticoncorrenziale solamente una volta che ha deciso di entrare nel relativo mercato. Tale interpretazione non sembra in linea con la Direttiva Europea e con la trasposizione della stessa, in ragione delle considerazioni fatte precedentemente. La scelta più ovvia sarebbe stata

quella di considerare come punto di partenza il giorno in cui è stata pubblicata la decisione dell'Autorità, vale a dire nel 2014.

Tuttavia, il tribunale ha accolto l'istanza di SFR secondo cui solamente l'inizio del processo da parte del tribunale ha avuto come effetto la sospensione del termine, e non anche il successivo sequestro da parte dell'Autorità come sostenuto invece da Orange. Questa decisione è compatibile con la giurisprudenza dell'epoca.

In via alternativa, Orange ha eccepito che l'accordo transattivo (secondo la già citata *non-contestation des griefs*) equivallesse a un'ammissione di responsabilità da parte di SFR, e che quindi avesse sospeso il termine di prescrizione. Questa interpretazione, coerente con una corrente giurisprudenziale precedente, è stata rigettata dal tribunale. Anche in questo caso si può notare l'urgenza nello stabilire le conseguenze derivanti da tale procedura, anche in vista di altri procedimenti. L'Autorità non ha ancora provveduto a emanare una nota in merito alla nuova procedura di *transaction*, ma probabilmente non cambierà la propria posizione. È da notare che tale procedura si differenzia sostanzialmente dal caso in cui le imprese ricevano una valutazione preliminare delle condotte, facciano delle proposte in seguito accettate dall'Autorità che a loro volta chiudono il procedimento, senza formulare obiezioni. In pratica, si tratta di impegni intrapresi dalla società. In tale schema non vi sono né l'accertamento né l'assenza di una violazione. Diventa dunque indiscutibile che spetti alla vittima provare la responsabilità civile. Alla vittima però, spetta la possibilità di utilizzare nella propria argomentazione la valutazione preliminare dell'Autorità.

Il tribunale non ha ancora deciso in maniera definitiva sulla richiesta da parte di Orange di essere indennizzata per il danno subito nel periodo compreso tra il 2015 e il 2020. È una delle prime volte che una richiesta del genere viene effettuata. Orange ha, infatti, sostenuto che l'abuso di posizione dominante ha causato anche l'impossibilità di raggiungere la quota di mercato che le sarebbe spettata in assenza di tale pratica prima del 2020. Quindi, in considerazione del principio di compensazione totale, l'attore ha chiesto che venga riconosciuto anche il danno patrimoniale futuro, sostenendo che esso sia innegabile. SFR si è difesa adducendo al fatto che tale danno sia meramente potenziale (non certo), e dunque non risarcibile. La decisione definitiva sarà emessa

solo in seguito ad una “valutazione critica” del rapporto emesso dagli esperti per stabilire la presenza o meno di tale danno futuro presunto. La Corte ha tuttavia preventivamente indicato che tale danno può dimostrarsi come certo e come un effetto diretto dello stato attuale. Sarà interessante osservare la posizione finale della Corte (per esempio: è sufficientemente certa l’esistenza del danno?), anche in ragione del fatto che l’accoglimento di tale domanda significherebbe che in futuro tutte le vittime di una tale pratica chiederanno l’indennizzo relativo a questa tipologia di danno.

3. *Tendenze recenti nel private enforcement in Francia*

Saranno ora oggetto di trattazione alcune tendenze recenti nel *private enforcement* in Francia. In primo luogo il numero di casi giurisprudenziali rimane alquanto limitato. Questo è dovuto principalmente a tre ragioni di fondo. Innanzitutto, la considerazione che le parti solitamente trovano un accordo prima che la Corte emana la sentenza definitiva. Questo si spiega considerando che in questo modo si hanno numerosi vantaggi. Ad esempio, finanziari (meglio avere la certezza di ottenere qualcosa e di ottenerlo subito, che aspettare vari anni, senza garanzie di un risarcimento), di velocità di chiusura del procedimento e reputazionali (data la natura privata di tali accordi si evita che la questione diventi di interesse pubblico).

Inoltre, come accennato, le azioni collettive sono state introdotte nell’ordinamento francese solo dal 2014, e non vi sono ancora casi relativi all’utilizzo di tali azioni nel diritto della concorrenza. Questo è spiegabile in ragione del fatto che le condizioni per esercitare una tale azione sono molto restrittive, e che la determinazione dell’onorario basato sull’esito della causa (la cosiddetta *contingency fee*) è, in teoria, molto limitata in Francia. Per di più, alle Corti francesi spesso spetta l’arduo compito di valutare le perizie economiche discordanti, se non addirittura opposte, presentate dalle parti. Questa pratica ovviamente rende difficile che il giudice si convinca dell’accuratezza di tali perizie.

Ciò nonostante, il numero di casi e sentenze è incrementato (in particolare nel settore delle telecomunicazioni), e la Francia appare ora

come uno dei paesi più attivi d'Europa quando si parla di *private enforcement*. Secondo i dati risalenti alla fine ottobre del 2016, le Corti francesi hanno indennizzato il sovrapprezzo pagato in relazione ad un cartello in dieci casi, di cui solo uno in un'azione *stand-alone*. Nonostante questi appaiano come un numero alquanto esiguo, sul piano del riscontro comparatistico, si evidenzia che in Germania i casi sono stati solo cinque e nel Regno Unito addirittura zero (nonostante la sua fama di essere una destinazione importante nel contesto di *forum shopping*). Un'altra ragione risiede nel fatto che l'Autorità è molto attiva, dato che i ricorrenti preferiscono le scelte *follow-on* rispetto a quelle *stand-alone*. Il tasso di successo degli attori rimane moderato, soprattutto in processi *stand alone* che comportano domande complesse relative all'antitrust (da cui dipende la responsabilità), che non sono state ancora chiarite da un'Autorità preposta alla concorrenza in precedenza.

La maggioranza delle sentenze recentemente emesse hanno per oggetto un abuso di posizione dominante (mentre, fino a pochi anni fa, più su cartelli e, in una fase ancora precedente, maggiormente sui rapporti verticali).

Purtroppo, le sentenze continuano a contenere sviluppi limitati sulla quantificazione del danno subito, che non consente alle imprese di avere una buona visione del metodo di calcolo attraverso il quale i tribunali decidono tale ammontare. A tal proposito si deve notare che le Corti francesi non sono obbligate a specificare i vari elementi che hanno considerato per la quantificazione del risarcimento (secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, costante dal 1999). Al momento si nota che tale valutazione viene fatta caso per caso, dunque, il metodo utilizzato in concreto dipende dai fatti e dalla natura del caso stesso.

Data la mancanza di precedenti giurisprudenziali dettagliati, i ricorrenti non sono in grado di anticipare la consistenza dell'eventuale risarcimento a loro favore, in particolare a riguardo dei danni non strettamente collegati alla violazione e al sovrapprezzo pagato (incluso il danno scaturente da una esclusione dal mercato).

Inoltre, il costo del contenzioso in materia di *private enforcement* è particolarmente alto (soprattutto nel caso delle azioni *stand-alone*). Questo è facilmente spiegabile considerando che le imprese a cui viene

fatta una domanda di risarcimento sono spesso imprese dotate di grandi mezzi finanziari. I ricorrenti devono quindi sempre più spesso fare una valutazione consistente nel bilanciare il costo da affrontare per il procedimento nella speranza di dimostrare e quantificare il danno con la probabilità di ottenere un esito positivo. Bisogna tenere in mente che, a volte, elementi non strettamente connessi alla violazione possono avere un effetto determinante per ottenere un risarcimento totale. Inoltre, l'eventuale risarcimento continua a richiedere tempi particolarmente lunghi. Basta tenere in considerazione che per l'intero procedimento avente quale oggetto un cartello si ha una durata media di 13 anni, e solamente per ottenere una sentenza di primo grado si deve attendere circa due anni. Tuttavia, recentemente, si può osservare che i procedimenti di *private action* sembrano aver preso una decisa accelerazione, e questa tendenza probabilmente continuerà (le parti possono anche richiedere misure cautelari).

Grazie mille per la vostra attenzione e, ancora una volta, per l'invito a Gian Antonio e Michele.

LE SFIDE DELLA DIRETTIVA *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT* PER L'*IN-HOUSE LAWYER*

*Jacques Moscianese**

Group Head of Institutional Affairs, Intesa Sanpaolo

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Antitrust compliance nella prospettiva del private antitrust enforcement*. 3. *Riservatezza della corrispondenza con i legali*. 4. *Risoluzione alternativa delle controversie*. 5. *Riservatezza dei documenti di leniency e di settlement*. 6. *Conclusioni*.

1. Introduzione

Il recepimento in Italia della direttiva 2014/104 (direttiva *private antitrust enforcement* o direttiva), tramite il decreto legislativo n. 3 del 2017 (decreto legislativo o d.lgs. 3/2017), pone inevitabili sfide alla figura del giurista d'impresa (*in-house lawyer*)¹. Si tratta di prove non del tutto nuove, ma che certamente oggi assumono maggiore sostanza e concretezza. Invero, col recepimento della direttiva, la normativa sul risarcimento dei danni per violazioni delle norme di concorrenza assume una più chiara e armonizzata conformazione all'interno dell'ordina-

* Le opinioni espresse nel presente contributo non riflettono necessariamente quelle del Gruppo ma soltanto quelle dell'autore. Un ringraziamento va a Irene de Angelis e Fabrizio Di Benedetto per il loro supporto.

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in GUUE L 349 del 05.12.2014, pagg. 1-19. Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in GURI n. 15 del 19.01.2017.

mento, cosa che ne dovrebbe favorire l'uso da parte dei singoli la cui sfera giuridica è compromessa da violazioni antitrust².

Di conseguenza, le imprese saranno anzitutto sottoposte sempre più al fuoco incrociato delle autorità – da una parte – e – dall'altra – delle controversie iniziate dai privati. L'interazione fra *public* e *private antitrust enforcement* aumenterà certamente la pressione sulle funzioni di *antitrust compliance* interne alle imprese, al fine di prevenire quante più possibili violazioni delle norme di concorrenza e gestire nel modo più efficace eventuali situazioni in cui alle indagini delle autorità si sommeranno le richieste di risarcimento mosse dai singoli.

Ma ci sono aspetti di maggiore dettaglio che emergono dalla norma di recepimento e che meritano alcune riflessioni dalla prospettiva degli *in-house lawyer*, per i quali si rimanda al prossimo paragrafo.

2. Antitrust compliance *nella prospettiva del private antitrust enforcement*

I programmi di conformità alla normativa antitrust (programmi di *antitrust compliance*) dovranno adeguarsi inevitabilmente all'entrata in vigore della direttiva *private antitrust enforcement*. A questo riguardo, vi sono diversi aspetti dei programmi di *antitrust compliance* che, rispetto ad altri, necessiteranno di più profondi processi di adeguamento alla nuova disciplina.

Innanzitutto, le procedure di conservazione dei documenti aziendali. Invero, considerato che il procedimento di esibizione delle prove previsto dalla direttiva renderà più facile per l'attore richiedere la produzione di alcuni documenti dell'impresa convenuta³, sarà necessario implementare programmi sempre più efficaci di *self-assessment* dei docu-

² Sulla direttiva si vedano, *ex multis*, A. NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions - Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *Italian Law Journal*, 2016, 131-162; K. WRIGHT, *The Ambit of Judicial Competence after the EU Antitrust Damages Directive*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, 15-40; N. REVIN, *The Directive on Antitrust Damages Actions: An Assessment*, in *North East Law Review*, 2017, 34-38.

³ Art. 5, direttiva 2014/104 e Capo II, d.lgs. 3/2017.

menti per garantirne un'efficiente conservazione, non solo al fine di tutelare quelli coperti da privilegio legale – tema su cui si tornerà –, ma per far sì che siano facilmente reperibili i documenti attinenti la domanda di risarcimento dell'attore e che solo questi siano oggetto di esibizione, evitando perciò la *disclosure* di documentazione irrilevante col rischio di violare informazioni riservate dell'azienda, oppure segreti industriali e diritti di proprietà intellettuale. In questo senso, sarà quindi necessario adattare i processi aziendali al fine di favorire il facile reperimento delle informazioni e dei documenti rilevanti. Si tratta di un'esigenza che può apparire, in un primo momento, banale e priva di difficoltà. Al contrario, soprattutto in grandi realtà aziendali, la conservazione e la messa a disposizione della documentazione (ancora in parte cartacea) non è affatto un tema di secondaria importanza.

Un altro tema rilevante sembra costituito dalla gestione delle domande di clemenza (*leniency*). Infatti, qualora gli allegati alle domande di clemenza non godessero del diritto alla riservatezza (come vi è il rischio che accada, visto il margine interpretativo lasciato dalla norma italiana di recepimento)⁴, ciò potrebbe avere un effetto inibente verso le imprese rispetto alla presentazione delle domande di *leniency*. Altrettanto, vi potrebbe essere il rischio di domande di clemenza con allegati limitati allo stretto necessario. Si tratta certamente di rischi capaci di minare l'efficacia di un programma di *compliance* che vede nella *leniency* uno strumento di primaria importanza, considerato che – come le stesse autorità antitrust riconoscono – un buon programma di conformità alle norme di concorrenza dovrebbe avere come sua conseguenza naturale una domanda di clemenza, qualora vi fosse una violazione antitrust. Il rischio di inibire la presentazione di domande di *leniency* deve essere considerato ancora più grave in un Paese, come l'Italia, in cui i programmi di clemenza non sono sufficientemente utilizzati, a differenza di altri Stati membri dell'Unione europea.

Ai temi già citati si aggiunge quello di una sempre più urgente necessità di individuare precocemente gli illeciti commessi dalle aziende. In effetti, considerando che il decreto legislativo riconosce una riduzione delle sanzioni in ambito *public enforcement*, qualora una società si

⁴ Art. 4, c. 5, d.lgs. 3/2017.

sia accorta dell'illecito e abbia attivato (oltre a un programma di *leniency*) un meccanismo di risoluzione consensuale delle controversie con i soggetti danneggiati dall'illecito⁵, un'attenta e continuativa *due diligence* dei comportamenti delle imprese (e quindi dei suoi dipendenti) sarà ancor più fondamentale per ridurre il rischio sanzionatorio.

Vi è poi la questione della gestione delle sanzioni individuali. Il decreto legislativo, infatti, introduce una previsione, analoga all'art. 14, c. 5, legge 287/90⁶, che assoggetta a sanzioni i rappresentanti legali delle imprese che si rifiutano di rispettare l'ordine di esibizione del giudice⁷ adito per una richiesta di risarcimento di danni antitrust. La previsione appare senza dubbio peculiare per il nostro ordinamento e degna di approfondimenti; allo stato attuale, deve essere letta come un incentivo per la *compliance*. Ad ogni modo, i programmi di *antitrust compliance* dovranno essere adattati anche a questa nuova evenienza. In particolare, il regime sanzionatorio gravante sui rappresentanti legali dell'impresa potrà far leva su coloro i quali – sempre in numero minore, per la verità – non considerano già sufficiente il danno reputazionale, che una violazione della concorrenza è capace di produrre sull'azienda colpevole e sui suoi dirigenti, come incentivo al rispetto delle norme antitrust.

Infine, merita un cenno la previsione della responsabilità in solido per le imprese che hanno partecipato a un illecito antitrust⁸. I programmi di *antitrust compliance* dovranno essere adattati altresì a questa caratteristica (non del tutto nuova nell'ordinamento), che rischia di pesare molto sulle finanze aziendali, dando per assodata la crescita dei ricorsi per risarcimento danni antitrust. In particolare, il rischio concreto di responsabilità solidale potrà costituire un utile strumento deterrente nei confronti dell'impresa, da far emergere sia in contesti formativi (durante le sessioni di formazione antitrust a cui normalmente sono sottoposti i dipendenti delle aziende), sia in contesti in cui le funzioni di *antitrust*

⁵ Art. 15, c. 4, d.lgs. 3/2017.

⁶ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, in GURI n. 240 del 13.10.1990.

⁷ Art. 6, c. 5, d.lgs. 3/2017.

⁸ Art. 9, d.lgs. 2/2017.

compliance sono chiamate a supportare il *management* nei processi decisionali.

Nei paragrafi che seguono, le tematiche qui citate verranno in rilievo con riferimento a tre aree di grande importanza per un *in-house lawyer*: il *legal privilege*, la risoluzione alternativa delle controversie e, da ultimo, la riservatezza dei documenti di *leniency* e *settlement*. Si avrà così occasione di soffermarsi non solo (e non tanto) sulle novità introdotte dalla normativa (e a cui già molta parte di questo volume è dedicata), ma soprattutto su quel che sembra mancare nel sistema attuale di *enforcement* pubblico e privato della concorrenza, dal punto di vista degli operatori di mercato.

3. Riservatezza della corrispondenza con i legali

Le novità introdotte dalla direttiva *private antitrust enforcement* si inseriscono in un sistema che – sempre dal punto di vista dell' *in-house lawyer* – ha alcune debolezze per ciò che attiene alla tutela della riservatezza delle comunicazioni interne. Si pensi al fatto che il nostro ordinamento non prevede (a differenza di paesi come Belgio, Grecia, Paesi Bassi, Portogallo, Polonia, Malta, Lituania, Regno Unito e Irlanda) l'estensione del *legal privilege* agli avvocati e ai giuristi interni⁹. Il fatto che il legislatore italiano non abbia colto l'occasione del recepimento della direttiva 2014/104 per, quantomeno, iniziare un dibattito su questo tema, rappresenta una mancata opportunità per aumentare le garanzie procedurali a favore dei giuristi d'impresa che le autorità antitrust dovrebbero vedere come parte di quella comunità il cui obiettivo è garantire il più alto livello di rispetto delle norme a tutela della concorrenza.

Il decreto legislativo, infatti, statuisce il principio secondo cui viene fatta salva la riservatezza fra “avvocati incaricati” e cliente¹⁰, escludendo perciò i legali interni. Tuttavia, l'esclusione di questi ultimi non è

⁹ Con riferimento al *legal privilege* si vedano C. SWAAK, *Legal Privilege: An overview of EU and national case law*, in *e-Competitions*, n. 65144, 2004, in www.concurrences.com e J.-F. BELLIS, *Legal professional privilege: An overview of EU and national case law*, *e-Competitions*, n. 39467, 2011, in www.concurrences.com.

¹⁰ Art. 3, c. 6, d.lgs. 3/2017.

l'unico elemento discutibile di tale norma. Invero, il riferimento che la norma fa all'incarico sembrerebbe presupporre l'esistenza di un mandato del cliente nei confronti dell'avvocato esterno. Così interpretando le norme italiane, non sarebbero coperte dal *legal privilege* le comunicazioni fra cliente e avvocato precedenti o che esulano dallo svolgimento – da parte del legale – del mandato affidatogli. Certamente, la giurisprudenza nazionale non mancherà di chiarire il significato dell'espressione "avvocati incaricati", con l'auspicio che l'interpretazione prevalente possa favorire la più ampia tutela legale delle comunicazioni fra legali esterni e azienda.

Come già detto, gli *in-house lawyer* dovrebbero essere considerati come parte integrante del processo di *enforcement* delle norme antitrust. Di conseguenza, in una visione più ampia e completa della tutela della concorrenza, la capacità delle autorità della concorrenza di prevenire violazioni – grazie alla cooperazione con le funzioni di *antitrust compliance* delle aziende – deve necessariamente affiancarsi se non anteporsi all'*enforcement* pubblico e privato: a questo riguardo, si ritiene che un rafforzamento della figura del legale interno – in un momento di riduzioni e ottimizzazione della spesa da parte delle imprese nei confronti dei legali esterni – potrebbe andare a vantaggio dell'intero sistema.

Infatti, la categoria degli *in-house lawyer* svolge un ruolo chiave nel sostenere la promozione di comportamenti etici e conformi ai principi e alle regole dell'ordinamento all'interno delle aziende. Questo ruolo sarebbe ulteriormente potenziato se gli *in-house lawyer* – e quindi il personale della società – potessero contare sul privilegio legale, aumentando in tal modo lo spazio per sollevare preoccupazioni e dubbi, accrescendo quindi la probabilità di rilevare potenziali infrazioni in fasi molto precoci¹¹.

Chiaramente, ciò non significa che sia auspicabile un'estensione del *legal privilege* agli *in-house lawyer* ad ogni costo. Infatti, è e sarà anche (se non soprattutto) compito dei legali interni alle aziende dimostrare la

¹¹ Sulle ragioni per estendere o meno il privilegio legale agli *in-house lawyer*, così come sulla giurisprudenza rilevante, si veda J. FAULL, *In-house lawyers and legal professional privilege: a problem revisited*, 08/10/1997, Brussels, in http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_049_en.html.

propria indipendenza dal *management*. Più gli *in-house lawyer* sapranno dimostrare il proprio prestigio, valore e autonomia, più sarà facile per il legislatore prendere atto di tali caratteristiche, riconoscendo quindi anche a loro il diritto alla riservatezza delle comunicazioni. In questo senso, si potrebbero richiamare esperienze come quelle dei codici etici di condotta delle associazioni di categoria o degli ordini professionali. Infatti, qualora le associazioni degli *in-house lawyer* si dotassero di tali strumenti, rimessi alle autorità antitrust competenti per una loro valutazione preventiva, ciò potrebbe agevolare l'indipendenza (e la percezione di indipendenza) degli *in-house lawyer*. Certamente, come tutti i codici di comportamento, anche quello che qui si immagina rivolto ai giuristi d'impresa che si occupano di antitrust, dovrebbero essere sottoscritti dai singoli e dovrebbero, di conseguenza, prevedere sanzioni disciplinari su questi ultimi in caso di eventuali violazioni delle regole di condotta.

4. *Risoluzione alternativa delle controversie*

Un altro elemento di assoluto interesse della nuova normativa è il rimando che questa contiene agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, come conciliazione e arbitrato¹².

Innanzitutto, posta l'inevitabile caratterizzazione tecnica delle controversie antitrust, meccanismi di risoluzione alternativi (come l'arbitrato) potrebbero essere utili per dirimere le dispute. In effetti, in altri settori in cui gli aspetti tecnici sono preminenti (si pensi agli investimenti internazionali), l'arbitrato è diventato un metodo normale per la risoluzione delle controversie¹³.

Ciò comporterebbe, inoltre, un incremento di efficienza per le parti – vista la velocità dell'arbitrato – e un risparmio per lo Stato, che dirot-

¹² Artt. 15 e 16, d.lgs. 3/2017.

¹³ Sull'utilizzo dei mezzi alternativi di risoluzione delle dispute in ambito antitrust si veda C. RAGAZZO, M. BINDER, *Antitrust and International Arbitration*, in *U.C. Davis Business Law Journal*, 2005, pagg. 173-200. Per un'analisi più recente relativa al tema in riferimento al diritto dell'Unione europea si veda A. GOLDSMITH, *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, in *ASA Bulletin*, 2016, pagg. 10-40.

terebbe verso le corti arbitrali parte del carico che altrimenti sarebbe sulle spalle dei tribunali ordinari. Inoltre, dalla prospettiva dell'*in-house lawyer* non è di secondaria importanza la circostanza che l'attivazione di meccanismi di conciliazione spontanea da parte dell'autore della violazione – prima dell'apertura di un'istruttoria da parte delle autorità – sia considerata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) elemento che permette una riduzione delle sanzioni. Infatti, le linee guida AGCM sulle sanzioni¹⁴ prevedono, tra le circostanze attenuanti per il calcolo delle sanzioni, il fatto di aver adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione e/o prevedendo e attuando, spontaneamente o nel contesto di una transazione consensuale conclusa precedentemente alla decisione di accertamento dell'infrazione, misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito. La mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'istruttoria non costituisce una circostanza attenuante.

Insomma, certamente l'entrata in vigore del decreto legislativo che recepisce la direttiva sul *private antitrust enforcement* pone sfide importanti alla figura del giurista d'impresa, ma dà anche agli *in-house lawyer* alcuni spunti di riflessione per migliorare e rendere più efficienti i meccanismi di individuazione e gestione del rischio di violazione delle norme antitrust.

5. Riservatezza dei documenti di leniency e di settlement

Gli aspetti problematici riguardanti il rapporto fra il *private antitrust enforcement* e la riservatezza dei documenti di *leniency* e di *settlement* – nonostante l'assenza di questo ultimo istituto nell'ordinamento italia-

¹⁴ Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 - Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, punto 23.

no – sono già stati evidenziati da altri commentatori¹⁵. Infatti, dalla lettera del decreto legislativo, così come da quella della direttiva, non appare sufficientemente chiaro se la documentazione a corredo (*i.e.* gli allegati) di una domanda di clemenza presentata da una società che ha posto in essere una violazione antitrust goda – al pari della domanda stessa – di una tutela rafforzata rispetto al principio di esibizione delle prove (c.d. lista nera, ossia documentazione di cui non può mai essere richiesta l'esibizione)¹⁶.

Dal punto di vista del giurista d'impresa, è imprescindibile che il legislatore faccia chiarezza, a tutela sia dei diritti di difesa delle parti di un procedimento, sia dell'efficacia del *public enforcement*. Infatti, spesso gli allegati alle domande di *leniency* formano parte integrante delle argomentazioni a supporto della richiesta di clemenza e la loro *disclosure* è in grado di disincentivare, come già sostenuto, le imprese dalla presentazione di consistenti e complete documentazioni a supporto di una richiesta di clemenza.

Inoltre, sebbene la questione non riguardi l'ordinamento italiano, dalla lettera della direttiva emerge che le *settlement proposal* ritirate dalle parti non godono (a differenza di quelle concluse) di riservatezza totale analoga a quella che esiste per le domande di *leniency* (rientrando nella c.d. lista grigia, ossia documentazione di cui si può chiedere l'esibizione a fine procedimento)¹⁷. È innegabile che questa previsione potrebbe portare le parti che intendono transare con le autorità a ridurre sensibilmente i casi di ritiro delle proposte di *settlement*, per evitare di far ricadere tutta la documentazione relativa all'interno dei documenti di cui può essere richiesta la *disclosure* a fine procedimento. Ciò, ovviamente, riduce la forza negoziale delle aziende nei confronti delle autorità durante le procedure di *settlement* che, per loro natura, si fondano sulla negoziazione fra aziende e autorità, nella convinzione che tale procedura possa produrre vantaggi tanto per le une quanto per le altre.

¹⁵ ASSONIME (Associazione fra le società italiane per azioni), *Azioni risarcitorie per violazioni antitrust: analisi del decreto legislativo n. 3/2017*, circolare n. 2 del 13 febbraio 2017, pag. 20.

¹⁶ Art. 4, c. 5, d.lgs. 3/2017.

¹⁷ Art. 6, par. 4, lett. c), direttiva 2014/104.

6. Conclusioni

È indubbio che, prima di trarre conclusioni definitive sul decreto legislativo che adotta in Italia la direttiva 2014/104, vi è la necessità di vedere applicato l'attuale testo normativo. Tuttavia, come già detto nel presente contributo, è possibile sin da ora immaginare che il decreto legislativo potrà aver bisogno nel prossimo futuro di alcune piccole integrazioni e di alcuni chiarimenti, in accordo con le interpretazioni che la giurisprudenza comunitaria offrirà della direttiva *private antitrust enforcement*. Qui sono stati citati elementi di criticità come quelli relativi alla riservatezza degli allegati alle domande di *leniency*, delle *settlement proposal* ritirate e della corrispondenza con gli avvocati incaricati.

I giuristi interni alle imprese, da parte loro, sono chiamati a prestare attenzione all'implementazione delle nuove norme, per cogliere tutti gli spunti che da questa arriveranno per migliorare i meccanismi di riduzione del rischio antitrust. Programmi di conformità, processi e procedure devono infatti essere continuamente soggetti a revisione, perché l'efficacia delle funzioni antitrust delle imprese sta proprio nella loro capacità di mutare col mutare delle norme, delle prassi e, in generale, dell'ambiente economico.

Quella dell'*in-house lawyer* è una professione che non può essere statica, come statico non è e non sarà mai il diritto della concorrenza, sottoposto a continue pressioni di mercato. Il primo punto di contatto fra il diritto della concorrenza e il mercato è proprio il giurista d'impresa, che è chiamato al compito più arduo, ossia saper conciliare il perseguimento degli obiettivi aziendali con il rispetto, imprescindibile, delle norme, nonostante i continui mutamenti legislativi e i problemi interpretativi che, spesso, tali cambiamenti portano con sé.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: LA PROSPETTIVA DEI CONSUMATORI

Carlo Biasior

Centro di Ricerca e Tutela dei Consumatori e Utenti - Trento

SOMMARIO: 1. *L'ambito di applicazione e l'oggetto del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3.* 2. *Le presunzioni e gli effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.* 3. *Le proposte di correttivi all'art. 140 bis del Codice del Consumo.* 4. *Le prassi commerciali scorrette.*

1. L'ambito di applicazione e l'oggetto del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3

La direttiva 2014/104/UE e il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 introducono importanti novità in grado di migliorare la posizione del consumatore che intenda ottenere il risarcimento del danno a seguito di una violazione del diritto della concorrenza.

L'articolo 1 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, riconosce, infatti, il diritto al risarcimento, in caso di violazione delle disposizioni della concorrenza da parte di un'impresa, a «chiunque» abbia subito un danno: hanno titolo ad agire, pertanto, sia gli acquirenti diretti che quelli indiretti, tra cui i consumatori. Questi ultimi, infatti, anche se non direttamente collegati all'autore della violazione, subiscono un danno per traslazione, attraverso la catena distributiva, di un sovrapprezzo illegale.

Oggetto della tutela sono i danni subiti a causa di violazioni del diritto della concorrenza¹.

¹ La Relazione illustrativa al d.lgs. 3/2017 chiarisce che la direttiva non individua e non configura tipologie di illecito anticoncorrenziale, ma, piuttosto, rinvia alle consolidate figure relative alle pratiche limitative della concorrenza e di abuso di posizione dominante. La direttiva 2014/104/UE, all'art. 2, n. 1) definisce la «violazione del diritto della concorrenza»: una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza; l'art. 2, n. 3) definisce il «diritto nazionale della concorrenza»: le di-

Il consumatore potrà agire giudizialmente per il risarcimento del danno sia *uti singuli* sia in forma collettiva.

La scelta del legislatore nazionale, non prevista da quello europeo, ha portato, infatti, a estendere la disciplina del danno *antitrust* all'azione di classe *ex art. 140 bis* del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2015, n. 206) che legittima i consumatori e gli utenti ad agire per la tutela collettiva dei loro interessi o dei loro diritti individuali omogenei in caso di violazione di:

- a) diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;
- b) diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Dal combinato disposto dell'art. 18, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, e del co. 4, dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, il giudice competente ad accertare la responsabilità e decidere l'eventuale condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori è: a) il *tribunale delle imprese*, per l'azione di classe volta a ottenere il ristoro del pregiudizio causato da comportamenti anticoncorrenziali; b) il *tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa*, per le altre tre fattispecie, quali la viola-

sposizioni del diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 TFUE e che sono applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, escluse le disposizioni del diritto nazionale che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese. La lett. d) del d.lgs. 3/2017, nel definire il «diritto della concorrenza», aggiunge a quanto disposto dalla direttiva gli articoli 2, 3, 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 applicati autonomamente, nonché le disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del TFUE.

zione di diritti contrattuali, gli illeciti extracontrattuali e in presenza di prassi commerciali scorrette.

Il risarcimento comprende, conformemente al diritto interno, il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni. Il giudice può anche liquidare il danno in via equitativa, circostanza, questa, che agevola i consumatori nel difficile compito dell'esatta quantificazione del danno, attività affidata solitamente a perizie più o meno complesse e costose.

2. *Le presunzioni e gli effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

La nuova normativa introduce a favore del consumatore due presunzioni *iuris tantum*:

- nel caso in cui la violazione *antitrust* consista in un cartello, il danno si presume;
- per l'acquirente indiretto (anche consumatore) il sovrapprezzo anti competitivo si presume sia stato traslato su di lui: sarà sufficiente dimostrare che il convenuto sia l'autore della violazione del diritto della concorrenza, che questa violazione abbia determinato un sovrapprezzo (per l'acquirente diretto) e che l'acquirente indiretto abbia acquistato il bene o servizio oggetto della violazione.

Il convenuto potrà sempre dimostrare che il cartello non ha causato danni e che il sovrapprezzo non sia stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto.

Inoltre, un'innegabile posizione di vantaggio a favore dei danneggiati in un giudizio risarcitorio *follow on*, deriva dal valore riconosciuto alle decisioni definitive dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o del giudice del ricorso che costituiscono prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale.

Tale misura rappresenta, si crede, una delle più importanti innovazioni giuridiche contenute nella normativa sul danno *antitrust*, in grado di determinare il successo delle azioni risarcitorie.

3. Le proposte di correttivi all'art. 140 bis del Codice del Consumo

Il nostro legislatore bene ha fatto a estendere la disciplina dei danni *antitrust* all'azione di classe, per ora riservata solo a consumatori e utenti; peccato non aver approvato, contestualmente, le disposizioni contenute nel d.d.l. S. 1950 – XVII Leg. recante *Disposizioni in materia di azione di classe: potenziamento dello strumento*².

Quanto contenuto nel disegno di legge va nella direzione di allargare sia in senso soggettivo sia oggettivo la tutela collettiva, introducendo, in particolare, la forma dell'*opt-out* per la partecipazione degli aderenti e componenti della classe, superando gli attuali ostacoli al successo dello strumento dell'azione di classe³.

Migliorie si sarebbero potute, comunque, introdurre apportando alcune modifiche all'art. 140 bis del Codice del Consumo, quali ad esempio:

- introdurre obblighi di *disclosure* a carico dell'impresa convenuta per individuare la classe (nomi e cognomi dei consumatori-clienti) ed effettuare comunicazioni personalizzate (disposizione migliorativa auspicabile da mettere in rapporto con l'ordine di esibizione delle prove disciplinato dall'art. 3, d.lgs. 3/2017, e/o l'ordine di esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come previsto dall'art. 4);
- semplificare le forme di adesione⁴;
- estendere il termine di deposito delle adesioni, attualmente di quattro mesi.

² <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00921125.pdf>.

³ E. FERRANTE, *Azione di classe - la via italiana alla class action fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, in *Giur. it.*, 2017, 1, 64. F. TRUBIANI, *Le persistenti difficoltà applicative dell'azione di classe*, in *Corriere giur.*, 2015, 7, 942.

⁴ P. MARTINELLO, *Il caso Altroconsumo/Banca Intesa – Incompatibilità tra una azione di classe basata sul meccanismo opt-in e l'esigenza di un efficace sistema di collective redress*, in *Consumatori Diritti e Mercato*, 2015, <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/violazione-della-competition-law-e-risarcimento-dei-danni-ai-consumatori-i-primi-passi-della-class-action-in-italia/>.

4. Le prassi commerciali scorrette

Per la direttiva 2014/104/UE e il d.lgs. 3/2017 le prassi commerciali scorrette non sono da considerarsi una violazione delle regole della concorrenza, nonostante si possa affermare che la direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e la direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, rappresentino un primo nucleo di un diritto comunitario della concorrenza sleale⁵.

Il regime normativo del danno *antitrust* disciplinato dal d.lgs. 3/2017 non si applica, pertanto, ai giudizi risarcitori *follow on* in presenza di una condanna definitiva dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o del giudice del ricorso, per prassi commerciale scorretta.

Se si ragiona in termini di effettività dei diritti, le prassi commerciali scorrette essendo frequenti, di facile individuazione e in grado di causare significativi e diffusi danni economici ai consumatori, dovrebbero essere ricomprese nelle norme della concorrenza la cui violazione consenta l’applicazione del regime «agevolato» del d.lgs. 3/2017.

Attualmente, infatti, i consumatori vittime di una prassi commerciale scorretta, possono fondare⁶ l’azione avente ad oggetto la richiesta di

⁵ G. DE CRISTOFARO, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*: «La direttiva 2005/29/Ce è anzitutto un provvedimento dotato di un’impostazione, di una struttura e di contenuti tipicamente propri delle discipline della concorrenza sleale: essa costituisce pertanto, insieme alla direttiva concernente la pubblicità ingannevole e comparativa – della quale gli organi comunitari hanno recentemente approntato la “versione codificata” (direttiva 2006/114/CE) –, il primo nucleo di un diritto comunitario della concorrenza sleale».

⁶ In ogni caso il consumatore è libero di adire *uti singuli* l’autorità giudiziaria per il risarcimento dei danni patrimoniali, ex art. 2043 Codice Civile, che siano derivati al destinatario da una pratica commerciale scorretta, così G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 151, dove vengono citati concordi AV.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, 424; A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, 332; G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo – aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, 26.

risarcimento dei danni che ne siano derivati sull'art. 2043 del codice civile. Ciò comporta, per il consumatore, assolvere l'onere della prova, dimostrando: i) la natura scorretta della pratica; ii) la colpevolezza del professionista; iii) i pregiudizi concreti patiti e, ovviamente, iv) il nesso causale tra la pratica e i pregiudizi.

La Corte di Cassazione, in ogni caso, ha rafforzato il valore probatorio delle decisioni definitive dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o del giudice del ricorso, al di fuori del regime del d.lgs. 3/2017, ritenendole dotate di una «elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori» o assegnando ad esse valore di «prova privilegiata»⁷.

⁷ Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, 6, 1375 con nota di R. PARDOLESI, *Danno Antitrust e (svuotamento dell')onere probatorio a carico del consumatore*. In senso conforme Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, 2674, con commento di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: LA PROSPETTIVA DELLE IMPRESE

Ciro Favia

Head of Italian Antitrust and Regulatory Support, Enel

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *I rischi di una deriva USA nell'attuazione dell'antitrust private enforcement.* 3. *L'impatto del decreto 3/2017 nell'ap-proccio delle imprese alla tematica antitrust.*

1. Introduzione

Il recepimento della direttiva sul *private enforcement* rappresenta la più importante novità registrata negli ultimi anni nell'ambito della disciplina antitrust a livello europeo. Un notevole rafforzamento delle tutele dei soggetti danneggiati da un illecito antitrust destinato nel medio periodo, non appena si verrà a consolidare una significativa prassi applicativa del *private enforcement*, a condizionare e a modificare il modo di pensare dei diversi *stakeholders* a vario titolo interessati dal tema dell'*enforcement* antitrust: Autorità Nazionali, imprese e consumatori.

È infatti evidente che, rispetto al passato, l'istruttoria antitrust – soprattutto quando si chiude con accertamento di violazione – diventi l'inizio e non la fine di un percorso che, in alcuni casi, può rivelarsi per un'azienda devastante per il potenziale impatto economico. La Direttiva ha definitivamente sancito anche nell'ordinamento comunitario – per lo meno *per tabulas* – l'abbandono della connotazione “amministrativista” che ha sinora caratterizzato il sistema di *enforcement* antitrust europeo, favorendo il processo di decentralizzazione (e di più ampia diffusione, nell'intento del Legislatore comunitario) dell'applicazione della normativa a tutela della concorrenza. Il decreto legislativo di recepimento, quindi, pone oggi inevitabilmente le aziende davanti ad un campo per certi versi sconosciuto (come riportato nell'Analisi di Impatto

della Regolazione (A.I.R.) che accompagna il decreto, le cause instaurate per il risarcimento del danno antitrust sono state 21 nel 2014, 33 nel 2015 e appena 5 nel primo semestre del 2016¹, contro i circa 800 all'anno degli Stati Uniti)².

L'analisi del decreto è stata ampiamente e autorevolmente coperta nelle sessioni che ci hanno preceduto, ragione per cui tenderò a soffermarmi prevalentemente sugli impatti che tale decreto avrà in particolare per le aziende.

2. I rischi di una deriva USA nell'attuazione dell'antitrust private enforcement

a. Le distorsioni di un modello basato sulla litigation culture

Evidenzio in primo luogo un rischio, una preoccupazione che come azienda sento di poter rappresentare. Il rischio da evitare è sicuramente quello di una deriva statunitense che in materia ha una storia applicativa ben consolidata, essendo il *private enforcement* longevo quasi quanto il *public enforcement*³.

Si dice che in America il *private enforcement* funzioni. E spesso si assume il modello americano come quello cui ispirarsi per ritenere efficace tale sistema di tutela. Credo sia un'assunzione profondamente errata.

Alcuni dati possono aiutarci per argomentare queste affermazioni: dagli anni Sessanta agli anni Ottanta, quando c'è stato il boom dell'*antitrust litigation*, la proporzione tra *public* e *private enforcement*

¹ Tali dati sono corroborati dalle esperienze europee, v. in particolare P. Bergson e D. Lahnborg, secondo cui il numero di azioni risarcitorie antitrust in Europa si attesta mediamente sui 30 casi anno.

² Dati riportati da W. KOLASKY, *Antitrust litigation: What's Changed in Twenty-Five Years?*, in *American Bar Association - Antitrust*, Vol. 27, 2012 e D.H. GINSBURG, L. BRANNON, *Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States*, in *Competition Policy International*, 2005.

³ È, infatti, del 1914 il c.d. *Clayton Act* che ha introdotto la possibilità dei danni punitivi – c.d. *treble damages* – nelle azioni civili antitrust.

negli USA è passata da un rapporto di 1 a 4 ad un rapporto medio di 1 a 20, una *public action* a fronte di 20 *civil actions*. Per contro, se guardiamo in casa nostra, le cause instaurate per il risarcimento del danno antitrust sono state 21 nel 2014, 33 nel 2015 e appena 5 nel primo semestre del 2016⁴, contro i circa 800 all'anno degli Stati Uniti. In Europa, le azioni di *public enforcement* rappresentano circa il 90% delle iniziative assunte in materia antitrust, tant'è che è lo stesso libro verde sulla direttiva *private enforcement* a parlare di "sottosviluppo".

I dati sulla *litigation culture* americana testimoniano come, nel corso del tempo, il *private enforcement* ha quasi assunto un ruolo suppletivo rispetto al *public enforcement*, valga per tutti la previsione dei c.d. danni punitivi (*treble damages*), che attribuiscono al risarcimento del danno una valenza afflittiva tipica della sanzione.

Altro aspetto distintivo fra il modello disegnato dalla direttiva e quello statunitense è legato alle modalità di adesione all'azione di classe, anche per danno antitrust: modello *opt-in* disegnato dal legislatore comunitario che si contrappone al modello *opt-out* statunitense, che presuppone l'estensione automatica alla classe dell'azione proposta da un singolo componente riconosciuto dalla Corte idoneo a rappresentarla (c.d. *certification*) salva, appunto, la dissociazione; tale ultimo sistema di accesso al giudizio, anche secondo autorevoli commentatori, consente di superare gli oneri di raccolta della classe (pubblicità e adesioni) ma è meno rispettosa del principio di autonomia privata.

Caratteristiche proprie della disciplina statunitense e dinamiche anche culturali hanno letteralmente consegnato nel corso del tempo le *class action* negli States in mano agli studi legali, vere e proprie "multinazionali del diritto"⁵ (con tanto di pubblicità gigantesche nelle *highway* delle città americane sulle azioni di classe proposte dagli stessi): essi determinano l'avvio di una *class action*, in quanto anticipano le spese di lite assumendosi il rischio imprenditoriale dell'esito finale della causa. In America l'uso della *Contingent Fee*, sostanzialmente un patto di quota lite che prevede quale compenso per il professionista una generosa fetta dell'intero ammontare della causa è il motore delle azio-

⁴ Fonte: Analisi di impatto della Regolazione.

⁵ G. ALPA, *L'avvocato, i nuovi volti della professione forense nell'era della globalizzazione*, Bologna, 2005, p. 102.

ni civili, unitamente alla c.d. *American Rule* (contrapposta alla *British Rule* o *Loser Pays Rule*) secondo cui il soccombente non paga le spese di lite.

Quanto sopra ha col tempo contribuito ad alimentare alcuni fenomeni distorsivi nell'ambito dell'esperienza statunitense. Tra le distorsioni più frequenti della class action si possono ricordare i c.d. *coupon settlements*, in cui la remunerazione dei *class counsels* risulta esorbitante rispetto alla quota di risarcimento che ottengono i singoli membri della classe, spesso sotto forma di *noncash benefits*: rimane emblematico il caso “Scott v. Blockbuster inc.” in cui la classe lamentava la pratica di Blockbuster di imporre elevate sanzioni pecuniarie per il ritardo dei clienti nella consegna delle VHS e dei DVD noleggiati; la *class action* è conclusa con un accordo transattivo in base al quale i membri della classe hanno ottenuto l'assegnazione di tagliandi (*coupons*, appunto) del valore di un dollaro e di tagliandi *buy one, get one free*, mentre gli avvocati della classe hanno beneficiato di compensi professionali per un ammontare di circa nove milioni di dollari⁶.

Ciò ha poi comportato la necessaria reazione del sistema, che ha spinto già l'amministrazione Bush nel 2005 a operare “controriforma” dello strumento processuale, denominata proprio *Class Action Fairness Act*, istituendo una vigilanza federale sugli abusi dell'azione di classe (dibattito peraltro tornato di attualità proprio sotto l'amministrazione Trump).

b. Ancora: il fenomeno del trading di azioni di risarcimento da danno antitrust

Altro fenomeno distorsivo da ultimo riscontrato è rappresentato dal *trading* di azioni di risarcimento del danno. Si tratta della nascita (siamo, più correttamente parlando, ancora a uno stato embrionale) di quello che alcuni commentatori hanno chiamato “mercato per le azioni di risarcimento del danno antitrust”⁷: l'esperimento nasce, in effetti, proprio negli Stati Uniti, laddove negli anni Ottanta si è ipotizzata la crea-

⁶ Scott v. Blockbuster Inc. (No. D162-535, Jefferson County, Texas, 2001).

⁷ A. DAVOLA, *Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2015, 7, 677.

zione di un *claims-market* per le azioni di risarcimento del danno da infortunio stradale, un vero e proprio mercato regolamentato per il diritto di proporre azione di risarcimento del danno in giudizio.

La questione, traslata sul piano antitrust, riguarda quindi non già la credibilità del credito da illecito anticoncorrenziale ma proprio il diritto di proporre azione in giudizio, beneficiando poi il compratore dell'eventuale risarcimento accordato in caso di successo. In Europa il trend si sta lentamente affermando, non esistendo una norma comunitaria che proibisca la compravendita del diritto ad agire in giudizio. Parliamo delle attività della società belga *Cartel Damage Claims* (CDC), sorta nel 2002, il cui business è tanto innovativo quanto – almeno sulla carta – semplice: a seguito di pronunce di autorità garanti nazionali e dell'accertamento di illeciti antitrust, la società acquista il diritto all'azione in giudizio dai danneggiati *follow on* e successivamente lo esercita a proprio nome di fronte alle corti nazionali. Le prime pronunce di ammissibilità della cessione del diritto di agire in giudizio a favore di CDC per il risarcimento del danno antitrust si sono avute in Olanda (2014) e Germania (2015). Quanto all'ordinamento italiano, l'ammissibilità di una cessione di tale diritto è oggetto di dibattito: infatti, se è vero che le azioni civili dovrebbero “ritenersi in linea di principio suscettibili, come lo sono gli altri diritti in generale, di trasferimento, in quanto ciò sia compatibile con quei loro caratteri e sempreché la legge non disponga eccezionalmente il contrario”⁸, bisogna fare i conti con quanto disposto dall'art. 81 c.p.c. che prevede “che fuori dei casi previsti dalla legge, nessuno può far valere in un processo in nome proprio un diritto altrui”. Secondo la dottrina, tuttavia, tale censura potrebbe essere superata considerando la credibilità *ex ante* del credito da illecito concorrenziale, per cui l'acquirente del diritto di agire in giudizio sarebbe già titolare della situazione sostanziale da far valere giudizialmente⁹.

In virtù di questo modello, l'alienante del diritto otterrebbe immediatamente dall'acquirente il ristoro economico relativo all'illecito, evitando quindi il rischio dell'azione giudiziale e la minaccia della *loser*

⁸ E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 80.

⁹ Così ancora, A. DAVOLA, *cit.*

pays rule tipica degli ordinamenti processuali europei; in questo senso, ovviamente, potrebbe essere disposto ad accettare una somma inferiore rispetto all'effettivo danno subito, trasferendo il rischio e i costi dell'azione civile antitrust in capo al soggetto acquirente, tipicamente una società o studio legale, più naturalmente propenso al rischio rispetto, ad esempio, a consumatori o utenti. Il vero profitto dell'acquirente, poi, sarebbe dato dalla differenza tra l'effettivo risarcimento del danno liquidato e quanto corrisposto all'alienante in virtù della cessione. In poche parole, un vero e proprio "trading" delle azioni di risarcimento del danno antitrust.

c. Il modello comunitario della compensation culture

Venendo alla realtà italiana, l'Analisi di Impatto della Regolazione (A.I.R.) che accompagna il decreto ha rilevato una "scarsa emersione del fenomeno" e che ciò sembrerebbe legato alla

carezza di tutela della parte debole del meccanismo concorrenziale rappresentata dal danneggiato (generalmente consumatore), che versa in una posizione di asimmetria sul piano informativo rispetto alla controparte e che incontra maggiori difficoltà rispetto alla tutela dei propri diritti.

Ecco dunque che l'esplicita estensione delle azioni di risarcimento del danno antitrust anche alle azioni collettive ex art. 140-bis del Codice del Consumo serve a riequilibrare questa supposta asimmetria, contribuendo a rafforzare la "parte debole" delle dinamiche concorrenziali: l'inclusione delle azioni collettive può – nella mente del legislatore – risolvere uno dei più importanti ostacoli allo sviluppo del *private enforcement*, cioè la mancanza per la singola vittima dell'illecito di incentivi all'azione legale, considerando da una parte gli elevati costi del giudizio e, dall'altra, la possibile entità del risarcimento¹⁰. L'A.I.R. di-

¹⁰ Di questa opinione anche F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits* (2008), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116324.

chiara in maniera esplicita che “è lecito attendersi un ulteriore impulso a seguito dell’entrata in vigore del decreto”.

Ciò in un contesto in cui, almeno per ora, è plausibile escludere il rischio di cadere alla facile tentazione della *litigation culture* americana, quanto è piuttosto lecito attendersi un orientamento verso una sana *compensation culture*¹¹, anche sotto forma delle diverse tipologie di composizione stragiudiziale delle controversie previste dal decreto, assicurando l’effetto restitutorio/risarcitorio proprio dell’azione giurisdizionale di *civil law*. È sufficiente ricordare, con riferimento allo spirito del *private enforcement* nel Vecchio Continente, che la Commissaria Kroes, presentando all’Harvard Club di New York il Libro Verde, primo tassello per lo sviluppo normativo europeo del risarcimento del danno antitrust, aveva sostenuto che l’obiettivo finale della Commissione è sempre stato quello di favorire lo sviluppo di una “cultura della concorrenza” (*competition culture*) non già di una “cultura della litigiosità” (*litigation culture*)¹².

Aspetto questo, peraltro, ribadito dalla stessa Relazione Illustrativa del Governo che ha rimarcato questa differenza ontologica tra il nostro ordinamento e quello Statunitense, laddove si sostiene che

l’obiettivo [...] perseguito in concreto [...] è quello di assicurare il risarcimento integrale del danno subito dalla vittima percorrendo, dunque, una prospettiva di carattere compensatorio e ponendo in ombra la diversa prospettiva di una responsabilità punitiva accolta in ordinamenti di Stati terzi, quale quello degli Stati Uniti.

¹¹ Sulla differenza tra *litigation culture* propria dell’ordinamento giuridico statunitense e *compensation culture* caratteristica, invece, del mindset giuridico del vecchio continente, si vedano i lavori di H.W. MIKLITZ, A. WECHSLER, *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in a Global Perspective*, Oxford, 2016, laddove si sostiene che la *litigation culture* è figlia di regole “plaintiff-friendly” e di “litigation incentives”, elementi invece assenti nella cultura giuridica europea. Sulla paura della trasformazione della cultura giuridica europea in *litigation culture* si veda anche “EU seeks group lawsuit rules amid ‘litigation culture’ fears”, in *www.eur.activ.com*, 2013.

¹² N. KROES, *Enhancing action for damages for breach of competition rules in Europe*, Dinner Speech at the Harvard Club, NYC, 22 settembre 2005.

2. *L'impatto del decreto 3/2017 nell'approccio delle imprese alla tematica antitrust*

a. Impatti sulla gestione del procedimento istruttorio dinanzi all'AGCM

È di tutta evidenza come l'introduzione del *private enforcement antitrust* abbia paradossalmente finito per attribuire ancora più importanza al *public enforcement* per gli effetti che lo stesso finisce per produrre sul primo. È molto probabile che assisteremo a un confronto sempre più serrato nel corso del procedimento fra imprese e Autorità, anche in relazione agli atti endoprocedimentali. Particolare attenzione, ad esempio, sarà certamente rivolta alle istanze di riservatezza dei documenti acquisiti dall'AGCM in sede ispettiva o attraverso richieste di informazioni, laddove i documenti che verranno acquisiti al fascicolo del procedimento potranno essere poi utilizzati dal giudice in sede risarcitoria per l'accertamento del nesso di causalità e della quantificazione del danno. Aspetto, quello della riservatezza, che fino a ieri assumeva un rilievo marginale soprattutto nei procedimenti dell'AGCM nei quali non si registrava la partecipazione di soggetti terzi.

Parimenti, gli stessi provvedimenti di non accertamento di infrazione potrebbero essere valutati diversamente dai soggetti segnalanti, interessati a ottenere una decisione di merito da far valere in sede civile. In questi termini è quasi superfluo soffermarsi sul provvedimento finale, che nel caso di accertamento di infrazione, rischia di condizionare in maniera decisiva il giudizio in sede risarcitoria. L'impugnativa di tale provvedimento, infatti, potrebbe essere mossa da ragioni oltre che di merito anche strategiche (ritardare quanto più possibile il formarsi del giudicato), soprattutto laddove l'AGCM nell'accertare l'illecito anti-concorrenziale dovesse riconoscere l'esistenza di effetti sul mercato della condotta contestata.

b. Gli impegni: opportunità per la definizione del procedimento anti-trust

In quest'ottica, cambia la valutazione strategica che sia l'impresa, sottoposta a un procedimento antitrust, sia la stessa AGCM, potranno effettuare in relazione all'istituto degli impegni. Da un lato, infatti, l'impresa potrebbe avere un incentivo maggiore a presentare impegni per ottenere la chiusura del procedimento senza accertamento di infrazione. Ciò in quanto, con tale pronuncia, oltre ad evitare la sanzione antitrust rinvierebbe nelle aule del tribunale il compito, spesso non agevole, di accertare l'esistenza dell'illecito antitrust. È innegabile che, nella valutazione degli impegni da proporre, questi – pur dovendo istituzionalmente avere l'obiettivo di rimuovere le preoccupazioni concorrenziali – vengono individuati tenendo conto della loro adeguatezza, anche in termini di impatto per l'impresa, rispetto al rischio sanzionatorio connesso con lo specifico procedimento. Nel valutare tale rischio, l'impresa non può oggi prescindere dal considerare anche il rischio legato a possibili azioni risarcitorie, con la conseguenza che le imprese potrebbero essere disposte a presentare misure particolarmente impattanti. Per contro, tuttavia, l'AGCM potrebbe avere un interesse diverso, tale per cui in relazione a determinate casistiche, in particolare quelle nelle quali dovesse ritenere sussistere effetti rilevanti sul mercato a danno dei consumatori, potrebbe essere indotta per ragioni di opportunità a rigettare gli impegni ritenendo preminente l'interesse all'accertamento nel merito. È chiaro che l'AGCM potrebbe giungere a comparare i benefici apportati sul mercato, e quindi sulla generalità dei consumatori, dalle misure proposte dall'impresa rispetto al beneficio che i soggetti danneggiati potrebbe ricevere attraverso un'azione *follow-on*. Valutazione certamente non semplice ma che, attraverso il recepimento della direttiva sul *private enforcement*, si arricchisce di ulteriori considerazioni.

Sempre in tema di impegni, uno spunto di riflessione aggiuntivo potrebbe essere quello di comprendere se e in che modo impegni ripristinatori che possono anche tradursi in una restituzione, seppur indiretta, di oneri economici ai soggetti danneggiati, possa e debba essere considerata in un eventuale giudizio *stand-alone* dinanzi al giudice civile.

Una interessante interazione fra *public* e *private enforcement*, in grado di produrre effetti direttamente nella sfera patrimoniale del singolo soggetto danneggiato.

c. La composizione delle liti e le forme di tutela da parte delle aziende

Il decreto favorisce la composizione consensuale delle controversie, attraverso il ricorso ad arbitrati, ADR, etc. È probabile che tali sedi possano diventare, man mano che la disciplina verrà a consolidarsi, le sedi naturali per la definizione di tali giudizi. Ciò per un duplice ordine di ragioni: le sedi stragiudiziali consentono di evitare i costi legati alla gestione di un contenzioso che rischia di avere comunque una lunga durata e un conseguente danno reputazionale in caso di soccombenza, che si sommerebbe inevitabilmente a quello già subito in conseguenza della sanzione antitrust.

Tuttavia, a prescindere da quale sia la sede nella quale si venga a ristorare il soggetto danneggiato, è lecito attendersi che le imprese potranno coprirsi dal rischio associato al danno economico conseguente ad azioni di *private enforcement* attraverso la conclusione di apposite assicurazioni. È un fenomeno che – ancora una volta – ha conosciuto per ovvie ragioni la sua genesi proprio negli USA dove è sempre più frequente l'estensione da parte delle aziende delle proprie assicurazioni commerciali (c.d. *Commercial General Liability (CGL) insurance policies*) anche agli *antitrust lawsuit*. Peraltro, aziende che svolgono servizi di pubblica utilità rivolti a una moltitudine di utenti sono solite sottoscrivere assicurazioni di questa tipologia in relazione a disservizi ed eventi (anche eccezionali) che possano deteriorare la qualità del servizio offerto con conseguenti danni alla clientela.

Parallelamente, è evidente che la migliore risposta delle imprese all'introduzione del *private enforcement* sia quello di ridurre quanto più possibile il rischio di violazioni antitrust. L'incremento del rischio economico connesso con la violazione della normativa antitrust dovrebbe in maniera abbastanza intuitiva spingere le imprese a ritenere ancora più conveniente l'adozione di un efficace sistema di prevenzione interno, bilanciando in questo modo ancora di più i costi intrinseci ed estrinseci legati all'adozione dello stesso programma.

L'introduzione di un efficace sistema di *private enforcement anti-trust* può rappresentare senza ombra di dubbio una opportunità nella misura in cui contribuisce a costituire un *level playing field* nella tutela della concorrenza a livello europeo.

Una tutela della concorrenza demandata di fatto esclusivamente al *public enforcement* potrebbe risultare imperfetta, in quanto spesso il *public enforcement* risente inevitabilmente delle priorità strategiche che le stesse Autorità antitrust si attribuiscono, delle risorse anche in termini di personale di cui le stesse dispongono, dell'indipendenza che le stesse hanno rispetto al potere politico e/o pubblico. In questi termini, i giudici nazionali saranno chiamati – in un rapporto di complementarietà con il *public enforcement*, fluido e declinabile da Stato a Stato – a fornire un importante contributo volto a garantire una tutela della concorrenza omogenea e uniforme a livello europeo, anche per innalzare la competitività all'interno del mercato unico. Tema, questo, che si rivela di particolare attualità, anche alla luce della recente proposta di direttiva formulata dalla Commissione Europea sul ruolo delle Autorità nazionali nell'*enforcement* antitrust, attualmente in discussione.

UN NUOVO SCENARIO: LE IMPLICAZIONI E L'ESIGENZA DI GARANZIE

Aurora Saija
Assonime

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Efficacia del private enforcement e incentivi delle imprese.* 3. *Armonizzazione e prospettive di evoluzione del sistema nazionale.* 4. *Il quadro delle garanzie.*

1. Introduzione

L'adozione della direttiva 2014/104/UE e il suo successivo recepimento negli Stati membri segnano l'inizio di una nuova stagione per il *private enforcement* del diritto antitrust che, negli auspici del legislatore europeo, dovrebbe essere caratterizzata da un più diffuso ed efficace utilizzo delle azioni risarcitorie da parte delle vittime di condotte anti-concorrenziali e da una maggiore omogeneità nella distribuzione del contenzioso tra gli Stati membri. Questo contributo propone spunti di riflessione su alcune delle implicazioni che derivano dal cambiamento di scenario per le imprese coinvolte e per l'amministrazione della giustizia e sottolinea l'importanza di una chiara definizione delle garanzie per il buon funzionamento del sistema.

2. Efficacia del private enforcement e incentivi delle imprese

È indubbio che la direttiva abbia rafforzato gli strumenti e i poteri relativi al *private enforcement* con l'obiettivo prioritario di migliorare la tutela dei soggetti lesi da infrazioni antitrust. Si tratta del campo in cui ad oggi la legislazione europea si è spinta più avanti nella definizione di regole comuni in tema di azioni risarcitorie. In altri ambiti, quali la proprietà intellettuale, la responsabilità del produttore di beni di con-

sumo o dell'organizzatore di pacchetti turistici nonché la protezione dei dati personali, le misure per l'armonizzazione dei rimedi esperibili dal danneggiato hanno fissato principi di base (diritto al risarcimento, onere della prova) e investito, a seconda dei casi, alcuni elementi del regime di responsabilità e delle procedure (termine di prescrizione, modalità di acquisizione delle prove in giudizio). Per il diritto della concorrenza, tuttavia, il risultato raggiunto è decisamente più esteso e significativo, basti pensare al grado di dettaglio delle norme sulla disclosure delle prove, che abbracciano anche le informazioni contenute nel fascicolo dell'autorità di concorrenza, alla previsione sull'efficacia vincolante della decisione con cui l'autorità di concorrenza abbia constatato un'infrazione, alla presunzione circa l'esistenza di un nesso di causalità tra cartelli e danno, alla disciplina della responsabilità solidale tra i coautori della violazione, alla definizione delle condizioni per far valere in giudizio il trasferimento del sovrapprezzo.

Al contempo, i meccanismi di coordinamento tra *public* e *private enforcement* esprimono l'intenzione del legislatore europeo di confermare e rimarcare la differenza di funzioni e la complementarità dei due canali di applicazione delle norme antitrust, già chiaramente sancite dal regolamento (CE) n. 1/2003. In questa prospettiva, l'iniziativa per una maggiore efficacia delle azioni risarcitorie fa parte di un disegno più ampio, di cui non a caso il prossimo elemento sarà il rafforzamento e l'uniformazione dei poteri delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, come emerge dalla proposta di direttiva recentemente presentata dalla Commissione europea¹. Si va profilando, in sostanza, un sistema di attuazione del diritto della concorrenza in cui il *public enforcement* diviene più incisivo e, grazie alla fissazione delle priorità, si concentra sulle infrazioni più rilevanti o più difficili da accertare, che richiedono indagini serrate e competenze dedicate, mentre il *private enforcement* – a sua volta reso più efficace – si orienta prevalentemente, da un lato, sulle azioni *follow-on* e, dall'altro, sulle controversie relative ai rapporti *business-to-business*.

¹ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (c.d. "ECN+"), COM (2017) 142 def.

Il nuovo assetto incide sulle scelte delle imprese a cui venga contestata un'infrazione antitrust sotto tre principali profili.

Il primo riguarda la strategia da adottare nell'ambito del procedimento davanti all'autorità di concorrenza: nella scelta di presentare una richiesta di *leniency*, di ricorrere a un *settlement*, di formulare una proposta di impegni gioca infatti un ruolo determinante la valutazione delle conseguenze che la modalità di chiusura del procedimento potrà avere su un'eventuale azione di risarcimento dei danni, con riferimento sia all'efficacia della decisione amministrativa nel giudizio, sia all'utilizzabilità ai fini di causa delle prove già acquisite dall'autorità di concorrenza.

Il secondo profilo concerne la scelta di impugnare il provvedimento di constatazione dell'infrazione emesso dall'autorità di concorrenza: il principio dell'effetto vincolante sancito dall'articolo 9 della direttiva può aumentare l'incentivo dell'impresa a ricorrere contro la decisione amministrativa anche laddove quest'ultima non contempra l'irrogazione di una sanzione, in modo da evitare o allontanare la prospettiva della condanna al risarcimento.

Il terzo profilo attiene alla disponibilità a utilizzare meccanismi di risoluzione amichevole delle controversie, che acquistano maggiore attrattività a fronte di una disciplina che facilita l'esercizio delle azioni risarcitorie.

3. Armonizzazione e prospettive di evoluzione del sistema nazionale

Un ulteriore effetto importante della nuova disciplina, forse non pienamente valorizzato nel dibattito, è quello di realizzare una maggiore omogeneità dei regimi procedurali degli Stati membri relativi alle azioni risarcitorie. Va ricordato che la direttiva 2014/104/UE possiede un'anima 'mercato interno' accanto a quella 'tutela della concorrenza', in quanto persegue anche l'obiettivo di ridurre le divergenze tra ordinamenti nazionali che possono tradursi in diseguaglianze e incertezze sulle condizioni per ottenere il risarcimento del danno antitrust e, correlativamente, sui rischi di condanna a cui sono esposte le imprese sul piano privatistico. Il binomio concorrenza-mercato interno spiega il ri-

corso a una doppia base giuridica: l'articolo 103 del TFUE, relativo agli atti utili per l'applicazione degli articoli 101 e 102, e l'articolo 114 del TFUE, sulle misure per il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

È interessante osservare che il processo di armonizzazione innescato dalla direttiva si svolge in due direzioni. Da un lato, previsioni che costituivano una peculiarità di determinati ordinamenti giuridici, in particolare il regime della disclosure o il principio dell'effetto vincolante della decisione dell'autorità di concorrenza, diventano patrimonio comune. Dall'altro, alcuni Stati membri sono indotti a rimuovere o rivedere elementi della loro disciplina a cui è solitamente riconosciuta una funzione di incentivo alla proposizione di azioni risarcitorie, ma che non appaiono in linea con il modello indicato dal legislatore europeo. Emblematico il caso degli ordinamenti di Regno Unito e Irlanda, con riferimento agli *exemplary damages*: l'applicazione alle controversie relative al diritto della concorrenza, che era precedentemente consentita, è stata esclusa in occasione del recepimento della direttiva. Quest'ultima, infatti, conferma l'impostazione strettamente compensativa al risarcimento del danno e sancisce in modo definitivo che nel diritto antitrust europeo non c'è spazio per risarcimenti punitivi o esemplari². Un secondo esempio, ancora relativo agli ordinamenti irlandese e britannico, riguarda il regime della disclosure, in cui sono stati introdotti temperamenti per assicurare una maggiore conformità al principio di proporzionalità, la tutela delle informazioni riservate e il rispetto delle restrizioni in ordine alle prove contenute nel fascicolo dell'autorità di concorrenza.

La convergenza dei regimi nazionali dovrebbe progressivamente mitigare la pratica del *forum shopping*, che negli ultimi anni ha caratterizzato in misura importante il contenzioso antitrust a livello europeo e ha portato al prevalente radicamento delle cause risarcitorie nelle giurisdizioni di Paesi Bassi, Germania e Regno Unito (al netto degli effetti – ancora da verificare – della Brexit, in particolare per quanto concerne la vincolatività delle decisioni della Commissione europea per i giudici

² Articolo 3 della direttiva 2014/104/UE.

britannici). In una prospettiva più ampia, l'esistenza di un sistema armonizzato e ben funzionante di *private enforcement* è certamente un elemento di competitività nel confronto internazionale tra ordinamenti.

È prevedibile che questa complessiva evoluzione porti a un aumento del contenzioso antitrust anche in Italia. Ciò offre lo spunto per riflettere su quali misure sono necessarie per essere all'altezza della sfida e assicurare che la richiesta di giustizia in questo campo trovi una risposta tempestiva e soddisfacente.

La premessa è che la fiducia nel sistema di amministrazione della giustizia dipende dal grado di efficienza organizzativa e dall'adeguata formazione ed esperienza pratica del giudice chiamato ad applicare il diritto antitrust. La nuova disciplina del *private enforcement* accentua l'esigenza di un giudice che sia dotato, oltre che di competenza sostanziale, incluse la familiarità con la giurisprudenza della Corte di giustizia e la sensibilità per il funzionamento dei mercati, della capacità di gestire le procedure, in particolare governando lo strumento della disclosure nel contemperamento dei diversi interessi coinvolti e gli spazi di cooperazione con l'autorità di concorrenza previsti dalla normativa.

Il nostro paese presenta una buona situazione di partenza per quanto attiene a questi aspetti. Dal 2012, infatti, l'applicazione a livello privatistico delle regole di concorrenza, nazionali ed europee, è affidata alla competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa, alcune delle quali hanno maturato un'esperienza significativa per quantità e complessità delle cause trattate. In occasione del recepimento della direttiva è stata disposta la concentrazione delle controversie antitrust presso tre sole delle predette sezioni (Milano, Roma e Napoli), compiendo così un ulteriore decisivo passo avanti in direzione della specializzazione del giudice in materia antitrust.

È fondamentale che questo percorso venga accompagnato, a livello politico, dall'impegno costante a garantire alle sezioni specializzate le risorse necessarie, in particolare riguardo al numero dei magistrati assegnati e alla disponibilità di strumenti e canali di comunicazione per un'efficace interazione con le autorità di concorrenza. Più in generale, nell'ottica di un funzionamento efficiente delle sezioni specializzate andrebbe preservata la scelta di circoscrivere la riserva di competenza a un insieme coerente e ben definito di materie. Il rischio, altrimenti, è

quello di ingolfare il sistema e dilatare i tempi di soluzione delle controversie.

Oltre ai programmi di formazione mirata, molto importanti per il consolidamento della specializzazione sono le sedi di confronto tra i giudici dei diversi Stati membri: l'auspicio è che lo scambio di esperienze possa favorire una sempre maggiore efficacia e omogeneità nell'applicazione del diritto antitrust all'interno dell'Unione.

4. *Il quadro delle garanzie*

Nell'introdurre meccanismi volti a facilitare l'esercizio delle azioni risarcitorie la disciplina è attenta a definire i necessari presidi di garanzia.

Per quanto riguarda la disclosure, l'intera costruzione normativa è incentrata sui principi-cardine della necessità e proporzionalità, che assicurano il contemperamento dei diversi interessi in gioco. La necessità si articola a sua volta in due requisiti, strettamente collegati: quello della effettiva rilevanza delle prove e quello della impossibilità o eccessiva difficoltà di acquisirle altrimenti data l'asimmetria informativa tra le parti in causa. Il richiamo alla proporzionalità consente di tenere adeguatamente conto del rapporto tra costi e benefici della disclosure, evitando aggravii ingiustificati per i privati coinvolti, per il sistema giudiziario e per il *public enforcement* del diritto della concorrenza.

In attuazione di questi principi, è previsto anzitutto che l'istanza di disclosure sia motivata, che indichi fatti e prove sufficienti a rendere plausibile la fondatezza della domanda di risarcimento o della difesa e che specifichi nel modo più preciso e circoscritto possibile le prove o categorie di prove richieste. Ulteriori garanzie accompagnano l'adozione dell'ordine giudiziale e la sua esecuzione. Viene riconosciuto espressamente che il destinatario della richiesta ha diritto di essere sentito prima che il giudice decida, in modo da presentare il proprio punto di vista sulla effettiva rilevanza delle prove, sull'incidenza dei costi connessi alla disclosure e sull'eventuale presenza di informazioni riservate. Proprio a tutela delle informazioni riservate, è previsto che il giudice disponga accorgimenti *ad hoc*, quali l'obbligo del segreto, la possibilità

di non rendere visibili alcune parti del documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento di incarico a esperti per redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Infine, la disciplina contiene un richiamo esplicito all'esigenza di assicurare la riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente.

Tenuto conto dell'efficacia vincolante assunta nel nuovo sistema dalle decisioni con cui l'autorità di concorrenza constata l'esistenza di un'infrazione, un'esigenza cruciale in termini di garanzie è quella del controllo giurisdizionale su tali decisioni. In conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, il controllo deve essere effettuato da un organo dotato di piena giurisdizione, ossia del potere di giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia e di riformare in ogni modo, sia in fatto sia in diritto, la decisione stessa.

Nel nostro ordinamento, questa esigenza è stata puntualizzata nella normativa di recepimento della direttiva 2014/104/UE con una previsione incidentale, che opportunamente fa riferimento a tutte le decisioni di accertamento dell'infrazione emesse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e non solo a quelle che irrogano sanzioni assimilabili a quelle penali per il loro carattere afflittivo. È indispensabile interpretare restrittivamente l'indicazione del limite – “l'oggettivo margine di opinabilità” – sul quale è destinato ad arrestarsi il sindacato del giudice. In caso contrario si finirebbe per vanificare l'intento del legislatore e porre a rischio la compatibilità della disposizione del diritto nazionale rispetto al precetto costituzionale che vuole il giudice soggetto solo alla legge: il controllo del giudice può arrestarsi solo laddove vi sia un apprezzamento oggettivamente opinabile rispetto al quale non è possibile individuare alcun parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.

NUOVI ASSETTI ISTITUZIONALI DELLE AUTORITÀ DI CONCORRENZA IN EUROPA

Michele Ainis

*Componente del Collegio dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

Questa sessione conclude i lavori del nostro convegno; ma li conclude, si direbbe, parlando d'altro, rispetto al *private enforcement* al centro delle tre sessioni precedenti. Non è proprio così: il sistema di *enforcement* del diritto antitrust, sia privato sia pubblico, dipende comunque da fattori istituzionali. E le istituzioni, a loro volta, sono come un'onda perennemente in movimento, per effetto di modifiche formali o di prassi informali, che rovesciano le prassi preesistenti. E per effetto inoltre della giurisprudenza, che in questo settore come altrove incarna il diritto vivente (e pulsante).

Insomma, da parte mia avrei fatto risparmio del punto interrogativo che chiude il titolo attribuito alla nostra sessione. Però immagino che gli organizzatori l'abbiano aggiunto per rispettare la libertà di valutazione dei relatori, per non prefigurarla. O forse anche per un'altra ragione. «Non è cosa nova che non possa esser vecchia, e non è cosa vecchia che non sii stata nova», diceva Giordano Bruno. Sicché la domanda che ci è stata affidata può anche essere riformulata in questi termini: quanto è davvero nuovo ciò che si rinnova? O ancora: c'è nel nuovo un elemento di progresso oppure di regresso? Non spetta a chi vi parla la risposta: ma forse potrà essere d'aiuto un breve promemoria sulle riforme che, negli ultimi anni, hanno rimodellato il *design* istituzionale delle Autorità di concorrenza.

Gennaio 2013, Finlandia: una riforma ha disposto la fusione dell'Autorità di concorrenza con l'Agenzia per la tutela dei consumatori (la *Competition and Consumer Authority*). La Divisione *Competition* rimuove le barriere di mercato, garantendo che ai consumatori vengano offerte alternative competitive. La Divisione *Consumer*, d'altra parte, assicura

che i consumatori abbiano accesso a informazioni sufficienti, accurate e veritiere, che le pratiche aziendali siano appropriate e che le condizioni contrattuali siano ragionevoli per gli utenti.

Aprile 2013, Olanda, e ottobre 2013, Spagna: in entrambi i casi una riforma istituzionale orientata al *super-regolator*, spinta dal desiderio di integrare meglio la politica di regolamentazione e quella di concorrenza (sul modello della Commissione europea). L’Autorità garante della concorrenza viene praticamente accorpata con tutti i soggetti regolatori di settore (ad eccezione della regolazione in ambito finanziario). Nel caso specifico dell’Olanda la riforma è stata in parte condizionata dai vincoli economici imposti al governo nel periodo di crisi; però anche il governo spagnolo ha riconosciuto nella riforma una possibilità per riprendere la crescita.

Aprile 2014, Gran Bretagna: qui interviene una riforma finalizzata a incrementare l’effettività del diritto della concorrenza. Attraverso l’*Enterprise and Regulatory Reform Act* viene istituita una nuova Autorità (CMA)¹ *to make markets work well for consumers, business and the economy*. La riforma limita fortemente i poteri governativi di intervento sia nella valutazione delle concentrazioni sia nella semplice indagine dei mercati. Di conseguenza le segnalazioni da parte degli utenti circa i casi di comportamenti anticoncorrenziali o di fusione o di acquisizione devono essere inviati direttamente alla CMA utilizzando un modulo standard, pubblicato sul sito. I singoli regolatori settoriali – Ofcom, Ofgem, ecc. – rimangono titolari di poteri concorrenti per avviare indagini nei loro rispettivi campi (comunicazioni, energia, ecc.).

Bisogna aggiungere che questo tema ha assunto rilevanza anche a livello internazionale. Nei mesi di dicembre 2014 e giugno 2015 l’OCSE ha organizzato ben due tavole rotonde sui “Cambiamenti nella progettazione istituzionale delle Autorità garanti della concorrenza”, per fare il punto sia sulle esperienze già esistenti sia sulle prospettive di riforma. Sempre più Paesi si sono, infatti, dotati di un diritto della concorrenza e hanno previsto l’istituzione di nuove Autorità di garanzia, consapevoli dell’importanza di assicurarne l’efficacia e l’effettività dei compiti svolti. È evidente che, tra tutti, i Paesi in via di sviluppo si sono maggiormente

¹ Nasce dalla fusione dell’*Office for fair trading* con la *Competition Commission*.

esposti al dibattito sul tipo di assetto istituzionale che le nuove Autorità avrebbero dovuto adottare.

A livello comunitario lo sguardo non può che essere d'insieme. Del resto, la disciplina della concorrenza costituisce materia di competenza esclusiva dell'ordinamento UE. Il dato da cui partire è che non esiste una norma che imponga un determinato assetto istituzionale. È noto, infatti, che l'art. 35, Reg. CE 1/2003, stabilisce che siano gli Stati membri a designare l'Autorità o le Autorità garanti della concorrenza, amministrative e/o giurisdizionali, alle quali attribuire competenze e funzioni antitrust. Eppure le esperienze di molti Paesi europei convergono verso un modello omogeneo di *Authority*: indipendente dal Governo, che agisce secondo schemi processuali, garante del diritto di difesa e soggetta al sindacato giurisdizionale. La svolta più emblematica di questa progressiva armonizzazione istituzionale è stata segnata dal Reg. CE n. 1/2003 e dalla contestuale entrata in vigore del c.d. "pacchetto di modernizzazione". L'applicazione del diritto antitrust sulla base di una rete europea (*European Competition Network* - ECN), incentrata sulla "leale collaborazione" tra Commissione e Autorità nazionali, ha instaurato infatti un rapporto di confronto e scambio sia di principi sia di istituti giuridici². Poi, però, c'è il "diritto vivente", di cui dicevo poc'anzi. Sicché appaiono altrettanto rilevanti le pronunce di Corte EDU e Corte di giustizia UE (penso ad es. a *Menarini* 2011 e *Kone* 2013), nella misura in cui hanno fissato gli standard minimi dell'equo procedimento che deve essere assicurato dall'Autorità, attesa la "natura penale" delle sanzioni antitrust.

Le recenti modifiche apportate alla struttura delle Autorità di concorrenza in Europa e la proposta di Direttiva presentata il 22 marzo 2017 dalla Commissione UE dimostrano che l'attenzione si è polarizzata su tre aspetti in grado di alterare l'architettura istituzionale delle Autorità antitrust: *a)* obiettivi; *b)* modello di intervento; *c)* organizzazione (micro e macro).

a) Quanto agli obiettivi, ci si avvia sempre di più verso Autorità *multi-function* che, oltre alla tradizionale applicazione del diritto antitrust, diventano titolari di compiti e attività ulteriori quali, ad es., la tutela dei consumatori o la regolamentazione di settore, solo per citarne al-

² Dal 2004 al 2014 le Autorità nazionali hanno adottato più dell'85% di tutte le decisioni di applicazione delle norme *antitrust* dell'UE.

cune. Tali cambiamenti istituzionali derivano spesso dalla fusione con Autorità che svolgono differenti attività di *policy* (in Spagna e in Olanda è stato promosso il modello del *super-regulator* o *super-Authority*, in Italia è stato presentato il d.d.l. s. 2388 finalizzato allo stesso accorpamento)³; oppure derivano, più di rado, dalla combinazione di poteri in materia di concorrenza e attribuzioni in aree diverse (ad es. gli appalti pubblici). Nell'esperienza italiana l'Autorità ha ricevuto sempre più competenze in tema di difesa diretta dei consumatori, al punto che tale attività oggi costituisce una missione di importanza pari a quella antitrust, contribuendo, per certi versi, a orientarla finalisticamente. Parimenti accresciute sono le competenze di *advocacy*, specie per effetto del potere di intervento di cui all'art. 21bis. Una sola osservazione: i vantaggi di un'Autorità *multifunction* sono palesi in termini di riduzione dei costi e maggiore *expertise* del personale, ma vanno sottolineate anche le possibili difficoltà nel coordinamento delle diverse competenze e, soprattutto, nell'utilizzo delle risorse a disposizione.

- b) I modelli. Il perseguimento di uno o più obiettivi in possibile *trade-off* tra loro (antitrust, tutela del consumatore, regolazione) da parte delle Autorità di concorrenza ne condiziona, evidentemente, i modelli di intervento. Come recentemente ricordato dall'ECN (*Working Group* 2012), essi possono essere ricondotti a tre categorie: (a) il modello amministrativo monistico, dove un'unica Autorità amministrativa esamina i casi e adotta le decisioni di esecuzione. In alcune giurisdizioni l'Autorità può non avere il potere di infliggere decisioni relative alle ammende; (b) il modello amministrativo dualistico, dove l'indagine e il potere decisionale sono ripartiti tra due enti. Uno solo tra i due è incaricato di effettuare le indagini che verranno poi rinviate all'altro, responsabile della decisione; (c) il modello giurisdizionale, in cui tradizionalmente è il giudice ad adottare la decisione sia nel merito sia sulle ammende oppure, in casi meno frequenti, si esprime solo su quest'ultima, mentre l'Autorità di concorrenza rimane titolare della decisione di merito.

³ Recante "Disposizioni in materia di accorpamento e riordino delle autorità amministrative indipendenti", presentato in data 13 maggio 2016 (le Commissioni non hanno ancora iniziato l'esame).

c) L'organizzazione. La *governance* delle Autorità di concorrenza ne condiziona l'incisività. Dal miglioramento degli aspetti organizzativi può infatti dipendere un più efficace funzionamento della procedura di *enforcement* in ogni fase in cui quest'ultima si articola (dalla scelta del caso, all'istruttoria, alla decisione), incidendo così sulla capacità complessiva dell'Autorità Antitrust. A livello macro-organizzativo, risulta essenziale garantirne l'indipendenza dal mercato e dalla politica, per il tramite di adeguate formule sia sul piano economico (penso al finanziamento: risorse fornite dagli Stati e/o contributi delle imprese vigilate) che operativo (penso alle procedure di nomina dei vertici delle Autorità). Tutto ciò è necessario affinché le Autorità di concorrenza conservino un potere discrezionale nel determinare le priorità di intervento e piena imparzialità di giudizio in fase di conclusione di un'istruttoria. Questo è stato recentemente ribadito dalla Commissione UE nella proposta di direttiva (strumento che consente di rispettare le specificità dei regimi nazionali), formulata il 21 marzo 2017, volta a consentire alle Autorità nazionali di applicare più efficacemente le norme antitrust, garantendo alle stesse più autonomia, risorse, poteri e strumenti adeguati.

Un'ultima battuta. L'assetto istituzionale non è un abito a taglia unica che possa adattarsi indistintamente a tutte le Autorità, e non è nemmeno un abito perenne. In molti Paesi, sviluppati o in via di sviluppo, il *design* istituzionale può evolversi nel tempo. Dato il numero e la complessità di *trade-off* coinvolti, è naturale che ci sia bisogno di un periodo di sperimentazione delle caratteristiche istituzionali prescelte; in questa prospettiva, sarebbe utile stabilire un periodico processo di riesame dell'opportunità della scelta compiuta. Infine dovrebbe essere ormai chiaro che l'assetto influisce sulla modalità stessa con cui l'Autorità assolve i propri compiti, in quanto il successo delle *best practices* non dipende solo dalla qualità sostanziale delle analisi ma anche dall'adeguatezza dei sistemi istituzionali in cui verranno applicate. E dipende, in ultimo, dall'ambiente normativo nel quale agisce ciascuna Autorità Antitrust, dalla sua stabilità, dal grado di certezza che quest'ultimo è in grado di trasmettere. Ma almeno questa, in Italia, resta una nota dolente.

NUOVI ASSETTI ISTITUZIONALI DELL'AUTORITÀ DI CONCORRENZA IN EUROPA: LA PROSPETTIVA DEL MERCATO

Antonio Matonti
Direttore Area Affari Legislativi Confindustria

SOMMARIO: *1. Autorità Amministrative Indipendenti: spunti di riflessione. 2. Autorità di concorrenza Nazionali (ANC): indipendenza e risorse. 3. Funzioni e poteri dell'ANAC come AAI.*

1. Autorità Amministrative Indipendenti: spunti di riflessione

Nonostante le criticità emerse nella prassi, il modello delle Autorità Amministrative Indipendenti è ancor oggi valido, in quanto la regolazione economica indipendente rimane uno strumento indispensabile per favorire la gestione “industriale” dei settori economici regolati, specie nel campo dei servizi pubblici.

In questo contesto, e contrariamente a quanto ipotizzato all'epoca della loro istituzione, si osserva anzi una tendenza all'espansione degli ambiti di operatività di alcune Autorità di settore. È il caso dell'AEEGSI, che avrebbe dovuto conoscere, nel tempo, una progressiva restrizione del suo perimetro (specie regolatorio), per cedere il passo all'AGCM e ai suoi poteri trasversali di vigilanza e sanzione. Così non è stato.

La ragione sta nell'emersione di nuovi mercati (in conseguenza, da ultimo, anche dell'evoluzione tecnologica) e “nuove” politiche, come quelle legate allo sviluppo della *green economy*, con i conseguenti fallimenti del mercato e, dunque, il permanere di esigenze regolatorie. Inoltre, le competenze maturate nei settori tradizionali hanno indotto il legislatore ad affidare alle Autorità esistenti nuove funzioni in settori affini o confinanti; è il caso sempre dell'AEEGSI con riguardo al servizio idrico e, in prospettiva, ai rifiuti.

Tuttavia, non sono mancate e non mancano alcune criticità. Come evidenziato da più parti, le principali sono riconducibili alla mancanza di un quadro legislativo organico che definisca, dove possibile, regole comuni sulla *governance* delle Autorità, da un lato, e chiarisca ruoli e competenze delle stesse, dall'altro.

Con riferimento agli aspetti di *governance*, vale a dire alle questioni attinenti al funzionamento e all'organizzazione delle Autorità, permangono alcune importanti criticità che riguardano la procedura di nomina dei componenti, le cause di incompatibilità, la durata del mandato e la disciplina del rinnovo dell'organo di vertice. Ognuno di questi profili incide sul livello di indipendenza delle Autorità ed è, dunque, auspicabile che la loro disciplina sia tale da perseguirla al massimo grado possibile.

Anche il tema del finanziamento è fortemente correlato a quello dell'indipendenza. Il modello finanziario a carico dell'erario si giustifica non solo perché è l'intera collettività a beneficiare della loro azione, ma proprio perché è quello più coerente con il profilo di indipendenza richiesto alle Autorità Indipendenti. In tal modo si evitano, infatti, fenomeni di cattura del regolatore. Per tener conto della limitata disponibilità di risorse pubbliche si potrebbe ipotizzare un sistema misto che ponga a carico dei soggetti vigilati esclusivamente il finanziamento delle attività direttamente svolte nei loro confronti.

Con riguardo ai ruoli e alle competenze, le maggiori criticità riguardano il perimetro di operatività delle Authority i) tra le stesse; ii) rispetto a Governo e Parlamento; iii) rispetto alle Pubbliche amministrazioni (PA).

In merito ai rapporti tra Autorità, la questione problematica attiene soprattutto ai rapporti tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e Autorità di settore: non sono mancate, né mancano, reciproche invasioni di campo e incertezze sui confini di operatività. Ad esempio, negli anni si è registrata la tendenza dell'Autorità antitrust a svolgere in modo surrettizio compiti di regolazione, sia mediante lo strumento delle segnalazioni, sia per effetto di un "protagonismo" informale nell'ambito del procedimento legislativo e su materie anche solo latamente di competenza dell'AGCM stessa.

Quanto ai rapporti con Governo e Parlamento, è diffusa la convinzione che la politica abbia progressivamente rinunciato a esercitare il proprio ruolo di indirizzo, lasciando alle Autorità il compito di definire non più solo gli aspetti regolatori funzionali alla realizzazione di determinate politiche ma, in alcuni casi, le stesse politiche. In altri casi, l'assenza di principi chiari nella legislazione primaria ha "imposto" alle Autorità di colmare dei vuoti, finendo così per svolgere un ruolo improprio. Ciò ha fatto riemergere, col tempo, la discussione e i dubbi sulla legittimazione delle Autorità, viste anche le note problematiche di "copertura" costituzionale, che nel frattempo la dottrina e la giurisprudenza più avvedute avevano risolto.

Il tema dei rapporti tra Autorità e PA è più sfumato. In diverse circostanze si è osservata la tendenza di alcune PA a frapporre indebiti ostacoli, impedendo o ritardando l'attuazione di quanto definito, a monte, in sede di regolazione economica dalle Autorità di settore. Inevitabilmente, ciò ha finito per alimentare il contenzioso, a scapito anche degli operatori economici.

A questo proposito, un'altra costante degli ultimi anni è data dal protagonismo della giurisprudenza (*in primis* amministrativa), chiamata in molti casi a sopperire – anche in questo caso in modo spesso improprio – alle lacune di Governo e Parlamento e alla mancanza di chiari indirizzi politici in grado di orientare l'azione delle Autorità.

In questo contesto va poi considerato il tema dei rapporti tra Autorità nazionali e Autorità europee. È in discussione da tempo la possibilità che la regolazione delle reti (es. di trasporto) venga trasferita sul livello sovranazionale; tuttavia, si tratta di un passaggio che presuppone l'esistenza di un mercato europeo e, dunque, di una omogeneità regolatoria che in molti casi sembra ancora mancare.

Come pure, in chiave evolutiva, è in discussione l'ipotesi di razionalizzare il sistema delle Authority separando (e dunque "accorpandone" la gestione indipendente) le reti rispetto ai servizi e concentrando sull'AGCM quelle prerogative di *enforcement* oggi attribuite alle Autorità di settore. Tuttavia, questa eventualità va attentamente valutata alla luce dell'esigenza di contenere alcuni fenomeni discorsivi ancora diffusi, come quello dell'integrazione verticale, che inducono a ritenere tuttora

valido il modello di Autorità organizzate per settori economici di riferimento.

2. Autorità di concorrenza Nazionali (ANC): indipendenza e risorse

L'articolo 35 del regolamento (CE) n. 1/2003 incarica gli Stati membri di designare le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del regolamento medesimo.

I poteri e gli strumenti di *enforcement* delle autorità di concorrenza nazionali (ANC) sono essenzialmente disciplinati dalle legislazioni nazionali, tra le quali – nell'analisi condotta a dieci anni dall'adozione del regolamento e nelle verifiche successive – la Commissione europea ha rilevato significative differenze, con particolare riferimento alla posizione istituzionale delle ANC; agli aspetti procedurali; ai profili sanzionatori; ai regimi dei programmi di clemenza.

Pertanto, tra il novembre 2015 e il febbraio 2016, la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica al riguardo, in esito alla quale lo scorso 22 marzo ha presentato una proposta di direttiva volta a rafforzare i poteri delle ANC e a dotarle di un pacchetto di strumenti, al fine di assicurare un'applicazione effettiva ed efficace delle norme sulla concorrenza nel mercato interno.

Nell'ottica di un discorso più ampio sulle autorità amministrative indipendenti, compresa quella garante della concorrenza, appaiono particolarmente rilevanti le previsioni della direttiva concernenti l'indipendenza e le risorse, che riflettono l'ampio dibattito tenutosi durante la consultazione.

Con riguardo al tema dell'indipendenza, l'articolo 4 (con i relativi *consideranda*) prevede, in particolare, che le legislazioni nazionali devono contenere specifiche disposizioni volte ad assicurare che le ANC adempiano ai loro doveri ed esercitino i loro poteri al riparo da pressioni politiche o esterne e senza ricevere istruzione alcuna da parte del Governo o altri soggetti pubblici o privati.

A tal fine, il personale e i membri dei collegi decisionali devono agire con integrità e astenersi dal compimento di qualunque atto incompa-

tibile con lo svolgimento delle proprie funzioni. Segnatamente, per tutta la durata del loro impiego o mandato, essi devono evitare qualunque tipo di conflitto di interesse e denunciare qualsiasi situazione che potrebbe crearne uno.

Allo stesso fine, i membri dei collegi decisionali possono essere revocati solo laddove vengano meno le condizioni richieste per lo svolgimento del proprio incarico o abbiano commesso gravi irregolarità ai sensi della normativa nazionale, che dovrebbe fissare preventivamente i motivi di revoca.

Inoltre, alle ANC deve essere riconosciuto il potere di stabilire le proprie priorità nella conduzione dei procedimenti di *enforcement*. Ne deriva la possibilità di respingere eventuali denunce sulla base del grado di priorità, oltreché per altri motivi definiti dalla normativa nazionale. Ciò non pregiudica il diritto dei governi di dettare linee generali prioritarie non legate a procedimenti specifici.

Le previsioni che precedono sono da ritenersi condivisibili. Il nostro ordinamento vi risulta in gran parte allineato (l. n. 287/90, artt. 10-11), ma i presidi di indipendenza dell'AGCM potrebbero essere rafforzati istituendo sistemi aperti e trasparenti di raccolta di candidature per le nomine, rigorose incompatibilità e mandati non rinnovabili.

Al tema dell'indipendenza è strettamente collegato quello dell'*accountability*: un maggiore livello di indipendenza dovrebbe essere controbilanciato da un maggior grado di responsabilità, che conferisce credibilità e legittimazione all'azione delle ANC.

In proposito, il *considerando* 16 della direttiva chiarisce che l'indipendenza delle ANC non preclude che esse possano essere assoggettate a un controllo giurisdizionale o una supervisione parlamentare, in linea con quanto previsto dalle leggi degli Stati membri. In particolare, si ritiene proporzionato richiedere loro la pubblicazione di relazioni periodiche sulla propria attività a un organismo governativo o parlamentare.

Quanto a quest'ultimo punto, il nostro ordinamento già richiede all'AGCM di produrre una relazione annuale sull'attività svolta nell'anno precedente al Governo, che a sua volta la trasmette al Parlamento (l. n. 287/90, art. 23).

Quanto al controllo giurisdizionale sull'operato delle ANC e, segnatamente, dell'AGCM, l'importanza dello stesso è già stata riportata all'attenzione in occasione del recepimento della direttiva sul *private antitrust enforcement*, che ha sancito la vincolatività per il giudice ordinario delle decisioni antitrust definitive. Grazie all'intervento di Confindustria, tale previsione – nuova per il nostro ordinamento – è stata corredata di una cautela significativa: la valutazione del giudice amministrativo deve comportare la verifica dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata ed estendersi anche ai profili tecnici della vicenda che non presentino oggettivi margini di opinabilità (d.lgs. n. 3/2017, art. 7). In tal modo, si è cercato di assicurare che, in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il sindacato da parte del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM sia completo e approfondito.

Il tema dell'indipendenza induce, poi, a sviluppare una riflessione sull'opportunità di attribuire alle ANC anche funzioni di regolazione. È opinione diffusa, infatti, che la tutela della concorrenza dovrebbe essere in capo a un'autorità indipendente che non svolga anche funzioni di tal fatta.

Invero, anche quando un'autorità di concorrenza non è al contempo di regolazione, ciononostante essa può esercitare il potere di *advocacy* (come nel caso dell'AGCM). Questo potere solitamente include indagini di mercato – che, a loro volta, possono condurre all'adozione di decisioni indirizzate a imprese o a raccomandazioni/segnalazioni per riforme di legge; analisi di impatto sulla concorrenza; pareri sul quadro normativo vigente. Di solito, infatti, l'attività di *enforcement* della ANC interessa l'ambito delle condotte private di natura o con effetti anticoncorrenziali; talvolta, però, la concorrenza può essere ostacolata anche da interventi pubblici che in alcuni casi potrebbero non essere pienamente giustificati. Il potere di *advocacy* delle ANC, dunque, trova radice nella necessità di garantire che la regolamentazione volta a tutelare interessi generali non limiti il libero gioco della concorrenza oltre quanto sia strettamente necessario.

Tuttavia, in proposito vengono evidenziate alcune criticità. Ad esempio, questa attribuzione implica un maggior potere di carattere politico, con la conseguenza di un potenziale deficit di *accountability*.

Inoltre, essa distrae le ANC dal perseguimento dei propri obiettivi *core* e solleva la questione di come vengano presi in considerazione anche interessi pubblici ulteriori rispetto al valore della concorrenza (ad esempio, le analisi d'impatto non possono prescindere da profili come quello fiscale, sociale o ambientale). Ancora, lo svolgimento delle attività di *advocacy* sottrae inevitabilmente risorse a quelle di *enforcement*.

Pertanto, non manca chi sostiene che non necessariamente il potere di *advocacy* debba essere riconosciuto alle ANC, a maggior ragione quando le analisi di impatto sulla concorrenza potrebbero essere condotte dai governi. In particolare, vi è chi ritiene che, considerato che le predette attività hanno prevalentemente a oggetto i settori regolati, esse potrebbero essere svolte dalle autorità di tali settori.

Tutto questo per dire che è in corso un vivace dibattito sull'opportunità del riconoscimento del potere di *advocacy* alle ANC.

Con riferimento al tema delle risorse, l'articolo 5 (con il relativo *considerando*) prevede che le ANC devono essere dotate delle risorse, in termini di personale, competenze e mezzi finanziari, necessarie a un'effettiva applicazione delle norme di concorrenza; applicazione che comprende lo svolgimento di istruttorie e l'adozione di decisioni, nonché una stretta operazione nell'ambito dell'*European competition network*. Ciò lasciando agli Stati membri il compito di fronteggiare le fluttuazioni economiche senza rischiare di compromettere l'operatività delle ANC.

In aggiunta, il *considerando* 16 contempla l'ipotesi di assoggettare l'utilizzo delle risorse finanziarie da parte delle ANC a controllo o monitoraggio, a condizione che ciò non ne intacchi l'indipendenza.

A proposito del tema delle risorse, è importante considerare che le autorità di concorrenza sono autorità generaliste. Esse, infatti, svolgono funzioni generali di garanzia, dirette a produrre benefici non solo per i soggetti vigilati ma per l'intera collettività. La natura di queste funzioni ne giustificherebbe il finanziamento a carico dei bilanci degli Stati. Di contro, andrebbero evitate forme di finanziamento che gravano prevalentemente sulle imprese vigilate o possono alterare gli incentivi rispetto alle attività istituzionali (*i.e.* attraverso le sanzioni).

In Italia, con decorrenza dal 2013, è stato introdotto il modello della contribuzione prevalente a carico del mercato. In particolare, tutte le

società di capitali che realizzano ricavi annui superiori a 50 milioni di euro sono tenute a versare all'AGCM un contributo pari attualmente allo 0,059 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato. L'importo massimo annuale cui può essere assoggettata la singola impresa viene fissato nel valore di cento volte la misura minima. Inoltre, l'AGCM può variare la misura della contribuzione, aumentandone l'importo fino al limite massimo dello 0,5 per mille del fatturato, e comunque non oltre la soglia massima di contribuzione, pari sempre a cento volte la misura minima.

Si tratta di un meccanismo che desta forti perplessità sia circa l'effettiva correlazione tra contributi versati dalle imprese e spese sostenute dall'Autorità, in termini di proporzionalità e non discriminazione, sia per l'eccessivo margine di discrezionalità riconosciuto all'Autorità nell'elevare l'entità del contributo.

Pertanto, è comprensibile l'esigenza di dotare stabilmente le autorità di concorrenza dei fondi necessari al funzionamento e allo svolgimento in modo efficace e indipendente delle proprie funzioni. Tuttavia, il tema andrebbe affrontato ridefinendo le competenze di tali autorità, alle quali vengono attribuite sempre più funzioni, e verificando che le risorse alle stesse destinate vengano utilizzate in modo efficiente.

3. Funzioni e poteri dell'ANAC come AAI

L'ampio spettro delle funzioni assegnate all'ANAC e il suo protagonismo nel palcoscenico regolatorio è dimostrato anzitutto dalla fitta rete di rapporti con le istituzioni nazionali.

A tal riguardo, tra gli strumenti di collaborazione con altri organi istituzionali si inquadra la funzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) di formulare al Governo e al Parlamento proposte in ordine a possibili modifiche della legislazione sia sui contratti pubblici, sia in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Si tratta di una funzione importante, che interviene quasi come rimedio ultimo allorché le criticità rilevate dall'ANAC non siano superabili mediante l'attività interpretativa e di regolazione.

L'attività di interlocuzione dell'ANAC con le altre istituzioni è data anche dalla definizione di molteplici accordi di collaborazione e protocolli promossi nel tentativo di potenziare le “logiche di sistema” nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione. Al maggio 2016 si contavano circa 150 tra protocolli di intesa, accordi di collaborazione e tavoli tecnici tra vari organismi e istituzioni e l'ANAC. Tali collaborazioni sono volte a valorizzare le relazioni che permettono all'ANAC di perseguire la propria missione istituzionale di prevenzione della corruzione e di diffusione della cultura della legalità.

Particolarmente positiva in questo contesto è stata la collaborazione tra ANAC e AGCM per la condivisione delle informazioni ai fini del riconoscimento del rating di legalità. Si tratta di un sistema di valutazione volto alla diffusione di comportamenti virtuosi che permette alle imprese di beneficiare di agevolazioni nella concessione di finanziamenti da parte della PA e nell'accesso al credito bancario.

Con riferimento alle azioni in materia di prevenzione della corruzione, l'ANAC svolge anzitutto attività di regolazione. In particolare, si segnala il potere di emanare Linee Guida volte a fornire alle PA una disciplina applicativa delle disposizioni legislative di rango primario.

Sempre nell'ambito della prevenzione della corruzione, l'ANAC svolge una pervasiva attività di vigilanza intesa come verifica della previsione e attuazione da parte delle singole pubbliche amministrazioni dei presidi organizzativi idonei a prevenire atti o comportamenti illeciti.

Nel caso in cui la verifica accerti la mancata previsione di presidi idonei, la loro inefficace attuazione ovvero, ancora, comportamenti posti in essere in violazione di tali presidi, l'Autorità può esercitare, in ragione dell'apprezzamento della distanza dalla legalità verificatasi nel caso concreto, il potere sanzionatorio.

Il legislatore ha riconosciuto all'ANAC anche un peculiare potere di ordine, distinto dal potere sanzionatorio, consistente nella possibilità di ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione o anche dai piani delle singole amministrazioni o, più in generale, previsti dalla normativa vigente.

Anche in materia di tutela della trasparenza l'ANAC gode di poteri di regolazione e poteri di vigilanza. I poteri di regolazione si esplicano

anche qui con l'adozione di Linee Guida. Con riferimento ai poteri di vigilanza è importante sottolineare che essi vengono attivati non solo d'ufficio ma anche su segnalazioni motivate di chiunque vi abbia interesse, anche mediante strumenti di facilitazione (es. piattaforma web "Campagna Trasparenza").

L'ANAC ha un ruolo importante anche nel procedimento sanzionatorio che può portare all'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Infatti, la stessa è competente all'avvio del procedimento, mentre il Prefetto ha il potere di irrogazione della sanzione definitiva.

L'ampio spettro delle funzioni assegnate all'ANAC, anche con declinazioni inedite rispetto alle ordinarie classificazioni di diritto amministrativo, si registra in materia di contratti pubblici.

A seguito della riconfigurazione istituzionale e dei cambiamenti organizzativi operati per rispondere alla modifica operata dal legislatore con il d.l. n. 90/2014, l'ANAC ha avviato una sperimentazione dei modelli organizzativo-gestionali. Nel dettaglio, per rispondere compiutamente alle funzioni cui è stata deputata, l'ANAC ha provveduto alla realizzazione, tra le altre, di attività di vigilanza integrata, rappresentative di un cambiamento radicale nel modo di concepire la vigilanza.

Consapevole, infatti, dell'importanza di tutele anticorruzione "globali" da attuarsi non soltanto attraverso misure repressive, ma piuttosto grazie al binomio prevenzione-vigilanza, l'ANAC ha affiancato, ad attività di vigilanza "ordinarie" o "tradizionali", forme di vigilanza collaborativa finalizzate a supportare le Stazioni Appaltanti nell'espletamento delle procedure di appalto e, più in generale, in una logica di "accompagnamento" a orientare le loro scelte.

L'esercizio della funzione di vigilanza è stato altresì potenziato grazie alla realizzazione di attività ispettive e di c.d. vigilanza speciale, rispettivamente con l'obiettivo di accertare eventuali anomalie nelle materie di competenza dell'ANAC che saranno successivamente oggetto di istruttoria e di effettuare verifiche a più ampio spettro su settori o fattispecie ritenuti particolarmente rilevanti.

Nell'ambito della complessiva manovra di riorganizzazione dell'ANAC, attuata con il d.l. n. 90/2014, l'articolo 32 riveste un significativo rilievo, in quanto ha introdotto le misure straordinarie di gestione sostegno e monitoraggio delle imprese. In particolare, con le citate di-

sposizioni ha fatto ingresso nel nostro ordinamento il commissariamento a fini anticorruzione, un istituto assolutamente innovativo e di grande efficacia nella prospettiva del contrasto in via amministrativa e preventiva della corruzione, ma di notevole complessità applicativa e interpretativa, anche con riferimento ai paventati dubbi di coerenza con i principi generali del diritto, *in primis* di rango costituzionale.

La funzione di regolazione della materia dei contratti pubblici è finalizzata a garantire la corretta e uniforme applicazione del complesso e imponente corpus normativo costituito dal Codice e dal relativo Regolamento di attuazione, nonché dalle numerose disposizioni extracodificistiche che hanno impatto sulla disciplina dei contratti pubblici. Ciò al fine di assicurare l'affermazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza, concorrenzialità e trasparenza dell'affidamento e dell'esecuzione di lavori, servizi e forniture, la cui vigilanza è assegnata all'ANAC.

Alla luce del nuovo potere regolatorio che il legislatore ha inteso attribuire all'ANAC attraverso il d.lgs. n. 50/2016, la funzione di regolazione è, infatti, ora più che mai interconnessa e strettamente congiunta alla funzione di vigilanza, nella sua accezione di vigilanza "preventiva" che si estrinseca in atti interpretativi e integrativi della normativa, anche di soft law, in grado di orientare le condotte dei soggetti vigilati e di conformare alle best practice le attività poste in essere dagli stessi.

I numerosi interventi del legislatore che, direttamente o indirettamente, hanno interessato la disciplina dei contratti pubblici hanno reso necessaria l'adozione da parte dell'ANAC di atti a carattere generale, attraverso i quali fornire agli operatori del settore indicazioni utili a risolvere dubbi interpretativi o a colmare lacune normative. Tali atti forniscono alle Stazioni Appaltanti criteri e modelli di azione e di gestione delle procedure di gara in modo da orientare le stesse verso condotte idonee al corretto funzionamento del mercato, nell'interesse delle imprese e, soprattutto, nell'interesse collettivo a una efficiente ed economica realizzazione delle commesse pubbliche.

A tale scopo risponde anche l'attività di standardizzazione della documentazione di gara affidata all'Autorità dal co. 4-*bis*, dell'articolo 64 del Codice, che si traduce nell'adozione di bandi-tipo, contenenti anche l'indicazione delle cause tassative di esclusione. I bandi-tipo, che hanno

carattere vincolante per le Stazioni Appaltanti (le quali possono derogarvi solo previa ed espressa indicazione delle relative ragioni nella determina a contrarre), costituiscono anche un prezioso strumento di semplificazione della loro attività, di accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e di deflazione del contenzioso. La redazione del bando costituisce, infatti, un momento decisivo per la buona riuscita della procedura di selezione del contraente, dal momento che solo una corretta formulazione delle regole fissate nella *lex specialis* consentirà di selezionare la migliore offerta e di ridurre al minimo le possibili contestazioni da parte dei concorrenti, che finiscono per riflettersi inevitabilmente sull'efficacia e sulla tempestività dell'azione amministrativa.

L'adozione degli atti di regolazione, siano essi determinazioni, linee guida o bandi-tipo, avviene attraverso un procedimento di consultazione e di c.d. "notice and comment" finalizzato a consentire una partecipazione ampia e informata delle Stazioni Appaltanti e degli operatori del settore, in modo da poter registrare le istanze dei soggetti interessati dalla regolazione e individuare la soluzione migliore avuto riguardo a tutti gli interessi in gioco.

Inoltre, a eccezione degli atti contenenti indicazioni meramente operative o chiarimenti sulla normativa senza alcun contenuto prescrittivo e a limitato impatto sul mercato, gli atti di regolazione sono sottoposti ad AIR e successiva VIR. La prima è volta a illustrare le ragioni dell'intervento dell'Autorità e i conseguenti obiettivi regolatori, le principali questioni e proposte emerse nel corso di tavoli tecnici o consultazioni pubbliche, le motivazioni delle scelte compiute dall'Autorità, soprattutto in relazione al mancato accoglimento delle osservazioni e delle proposte formulate dai partecipanti alla consultazione pubblica. La VIR, invece, è finalizzata ad analizzare il livello di raggiungimento degli obiettivi regolatori ovvero a comprendere il grado di applicazione e l'efficacia delle iniziative di regolazione intraprese.

Un cenno va fatto infine all'attività consultiva, la quale si concreta nell'istituto del precontenzioso e nella predisposizione di pareri sulla normativa dei contratti pubblici.

L'istituto del precontenzioso consiste in un meccanismo diretto all'individuazione di una possibile soluzione delle controversie insorte tra

Stazione Appaltante e operatori economici durante le procedure di gara tramite l'adozione di un parere da parte dell'ANAC. La snellezza e l'economicità del procedimento, la celerità delle decisioni, unitamente all'imparzialità dell'Autorità hanno reso il precontenzioso un valido strumento di deflazione del contenzioso giurisdizionale.

I pareri sono volti a indirizzare la corretta applicazione della normativa in materia di contratti pubblici a singoli casi concreti. L'attività consultiva è resa a favore delle PA e dei privati destinatari di provvedimenti nell'ambito di un procedimento amministrativo, che ne fanno richiesta tramite apposita istanza.

LE PROSPETTIVE DELLA TUTELA AMMINISTRATIVA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA

Fabio Cintioli

Università degli Studi Internazionali di Roma, Unint

SOMMARIO: 1. *Il successo di AGCM e uno sguardo verso il futuro.* 2. *La crisi delle istituzioni politiche.* 3. *Innovazione distruttrice e crisi della società.* 4. *Antitrust e diseguaglianze.* 5. *Innovazione tecnologica e distinzione tra regolazione e funzione antitrust.* 6. *Antitrust e consumatore.* 7. *Prevedibilità dell'illecito, network europeo e Proposta di nuova direttiva per la disciplina dei poteri delle autorità di concorrenza.* 8. *Esperienza giuridica e disvalore sostanziale dell'illecito antitrust.* 9. *Speciale efficacia del provvedimento e private enforcement.* 10. *Segue. Cartelli e presunzioni.* 11. *Procedimento antitrust e ricerca della verità.* 12. *Il sindacato del giudice amministrativo e la resistenza alle periodiche obiezioni dottrinali.* 13. *Proposte per alcune modifiche organizzative e sindacato sui fatti opinabili.*

1. Il successo di AGCM e uno sguardo verso il futuro

In occasione di un contributo di due anni orsono, dedicato agli studi celebrativi dei 150 dall'unità d'Italia, ho avuto modo di indicare le tre ragioni che, a mio avviso, spiegano il perché del repentino successo di una istituzione così giovane come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La prima è di tipo storico e si collega, per un verso, alle politiche di liberalizzazione dei primi anni '90 che hanno avuto un forte impatto in Europa e Italia (in Italia in modo forse ancor più marcato) e, per altro verso, alla crisi della cosiddetta "prima Repubblica" e alla sfiducia verso le istituzioni politiche rappresentative. La seconda è di tipo culturale e si fonda sull'intreccio di questioni non solo giuridiche, ma anche economiche, che si annidano nei casi *antitrust*; nonché sulla proiezione sovranazionale di questo settore dell'ordinamento giuridico, dato che il

mercato non è certo solo italiano per dimensione e collegamenti, né solo europeo in verità, il che implica anche quel costante raffronto tra il modello dell'*antitrust* europeo e quello dell'*antitrust* statunitense. La terza ragione è di tipo ordinamentale, perché fa leva sui relevantissimi poteri amministrativi affidati ad AGCM, sia di tipo sanzionatorio sia conformativo delle condotte delle imprese.

In questa occasione vorrei ripartire da ciascuno di questi fattori fondativi del radicamento dell'istituzione per provare a tracciare le linee di sviluppo, a scoprire il segno del futuro e, se possibile, fornire qualche indicazione in proposito.

2. La crisi delle istituzioni politiche

Partiamo dunque dal piano storico, per vedere se quelle condizioni che accompagnarono la nascita del diritto della concorrenza in Italia siano ancora presenti e in che modo siano state modellate e sostituite da altre tendenze.

Ai nostri giorni, come ben sappiamo, 27 anni sono un tempo lunghissimo e profonde ci appaiono, non a caso, le trasformazioni che la società ha subito.

Anzitutto, se l'erompere delle autorità indipendenti, come le descriveva Alberto Predieri, è avvenuto in un momento di crisi della politica e di malcontento generalizzato verso l'assetto istituzionale, con l'auspicio a trasferire compiti pubblici dalla democrazia rappresentativa a poteri tecnici e neutri, i giorni nostri registrano un ritorno, forse ancor più marcato, di questa tendenza. In Italia la stagione del bipolarismo, che ha segnato la dialettica politica degli ultimi vent'anni, sembra ormai lasciare il posto a un tripolarismo o comunque al ritorno di una nuova frammentazione. La legittimazione della politica rappresentativa, poi, sembra registrare il punto di maggior caduta nella percezione dei cittadini. Sicché una crisi che attanaglia pressoché tutte le istituzioni pubbliche del Paese colpisce in maniera ancor più virulenta il ruolo del Parlamento, responsabile agli occhi dei cittadini dei problemi emersi nel corso degli anni che hanno seguito la grande crisi economica. Quando la politica sembra voler riprendere la guida degli eventi e riscoprire la

nobile radice del suo essere, finisce sovente per proporre ricette che partono proprio dal presupposto che si debba cambiare quel che c'è: perché le istituzioni non funzionano, perché il congegno della rappresentanza parlamentare si rivela inadatto al bisogno, perché non funzionano i sistemi di selezione della classe dirigente. Del resto, quello della crisi della politica è fenomeno che non tocca di certo solo il nostro Paese: basterebbe guardare all'emersione dell'Ukip e alla Brexit nel Regno Unito, alla fulminea sparizione di partiti storici, come quello socialista, in Francia, al fiorire di movimenti alternativi come *Ciudadanos* e *Podemós* in Spagna. Il discorso sarebbe lungo e potrebbe portarci lontano.

Ai nostri fini interessa sottolineare che questa seconda edizione della crisi della politica rappresentativa restituisce una funzione di primo piano proprio alle autorità indipendenti e, tra esse, sicuramente può corroborare la legittimazione di AGCM. È un dato di fatto (benché esito di una crisi, come detto): la distinzione dalla “politica” e la posizione tecnica e di neutralità possono essere un rafforzativo per l'Istituzione.

Del resto, è da dire che AGCM proprio nel corso degli ultimi anni ha reso più vivace il suo contributo nel *network* europeo delle autorità di concorrenza disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003 ed ha anche mantenuto ferma la linea di efficacia deterrente dei suoi provvedimenti sanzionatori. In altre parole, senza mai indulgere a eccessi di comunicazione mediatica che mal si addicono alle istituzioni, ha continuato a esercitare in modo efficace le sue funzioni ed è stata ed è oggi percepita dai cittadini come istituzione ben radicata nell'ordinamento e dotata di poteri che non sono messi in discussione; se del caso, criticati nell'uno o nell'altra vicenda da chi ne fosse colpito, com'è fisiologico che accada, ma mai messi in discussione sul piano della necessità della loro esistenza e del loro manifestarsi nei modi di una certa istituzione, che è appunto AGCM.

3. *Innovazione distruttrice e crisi della società*

Se ci fermassimo qui, l'effetto dei cambiamenti sull'istituzione sarebbero solo positivi e tranquillizzanti. Però le cose non sono così sem-

plici, ovviamente. E la realtà è che i tempi magmatici che viviamo non possono non incidere anche su AGCM.

Poniamo attenzione su un secondo macro-evento che contrassegna l'attualità e che riguarda proprio i rapporti economici, vale a dire esattamente il campo d'azione dell'Autorità.

La crisi economico-finanziaria del 2008 e i suoi strascichi ha lasciato il campo a una verità i cui contenuti drammatici non sfuggono più a nessun osservatore attento: l'innovazione tecnologica del *web*, in una alla globalizzazione dei mercati, reca in sé un'energia distruttrice che produce profonde lesioni sociali. L'intero comparto dell'intermediazione nei rapporti economici – e non solo quello, ma anche quelli a esso accessori – è a rischio di sparizione: le piattaforme internet, riguardino il trasporto su autovettura, con Uber, o l'accoglienza alberghiera, con Airbnb, o la ristorazione, con altrettanti *providers*, sostituiscono i vecchi mestieri, sino ad annullarli del tutto. Gli analisti parlano apertamente di una nuova rivoluzione industriale e si dividono tra coloro che giudicano questo fenomeno in negativo, ritenendo che il costo sociale sia grave, definitivo e inaccettabile, e coloro che intravedono invece una via di ripresa, con la formazione di nuovi posti di lavoro e col recupero di quanto l'energia innovativa avrà, in una prima battuta, distrutto¹. Nel contempo, come ben sappiamo, l'economia del *web* ha reso possibile la formazione di posizioni dominanti così vaste da rasentare fenomeni monopolistici, con un allargamento degli effetti di rete mai visto prima: dal caso Google a quello di Amazon abbiamo un'esperienza illuminante. E il valore dei cosiddetti *big data* come leva competitiva e di rafforzamento di tali posizioni dominanti è ormai in primo piano in questo dibattito.

Personalmente, condivido l'idea che la forza distruttrice dell'innovazione sia di enorme portata e che in realtà probabilmente non abbiamo neppure la percezione puntuale di quanto grande si disvelerà nell'immediato futuro. Ma soprattutto ritengo essenziale non dimenticare che esiste un collegamento stretto tra questo fenomeno e la crisi della politica, la sfiducia dei cittadini, l'insoddisfazione diffusa di dove si vada

¹ Cfr. C. PEREZ, *Capitalismo, tecnologia e un'età dell'oro verde a livello globale: il ruolo della storia per contribuire a disegnare il futuro*, in M. MAZZUCATO, M. JACOBS (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Bari-Roma, 2017, 307 e ss.

spingendo la società e l'economia. In altre parole, la seconda edizione della crisi della legittimazione rappresentativa ha molto a che fare con la *disruptive innovation* e con gli effetti prodotti sui rapporti economici e sociali. La nostra è una società che va cambiando, irreversibilmente.

Tutto questo non può che avere un impatto forte sul ruolo e sui compiti dell'*Antitrust* nazionale, quand'anche visto nel quadro del suo agire europeo, nell'ambito della rete guidata dalla Commissione.

4. Antitrust e diseguaglianze

L'impatto delle novità ovviamente scende sul terreno delle funzioni, delle finalità pubbliche e dei contenuti concreti del *public enforcement*. Sta cambiando? È giusto che cambi? In quale direzione dovrebbe cambiare? La funzione *antitrust* si giustifica ancora? È ancora valida la distinzione secca tra vigilanza *antitrust* e regolazione? I capisaldi dell'azione di tutela della concorrenza devono modificarsi ed essere, in tutto o in parte, sostituiti da nuovi principi?

Sono, questi, interrogativi di grande momento e ai quali le risposte dovranno esser date nel giusto tempo e con tutte le cautele possibili. Ancor meno questo scritto ha la pretesa di darle. Però è possibile tracciare alcune prospettive.

In un'epoca in cui si è riaperto il dibattito sulle diseguaglianze, è venuta la proposta che "salva" la funzione *antitrust* e la protegge in un'epoca di tali sconvolgimenti, in quanto essa stessa sarebbe idonea a dare un contributo per rimuovere tali diseguaglianze, come sostenuto in un fortunato saggio di Baker e Salop². Il controllo dei monopoli attraverso la sanzione degli abusi di dominanza e un'efficace deterrenza dei cartelli, oltre ad essere di protezione per il consumatore, potrebbero concorrere a dirimere le moderne diseguaglianze. Queste ultime, almeno in parte, sarebbero infatti il frutto di comportamenti punibili sul piano *antitrust*.

² Cfr. J.B. BAKER, S.C. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Conc. Reg.*, 2016, 7 e ss.

Questa proposta ha dato luogo a un vivace dibattito in Italia, registrando però in prevalenza una posizione critica da parte di quanti hanno rilevato che il *public enforcement antitrust* ha come esclusivo obiettivo istituzionale la tutela della concorrenza e guarda ai comportamenti di mercato, senza che si possa elevare al rango di finalità giuridicamente propria della funzione amministrativa *de qua* quella di dirimere le diseguaglianze³. Un conto sarebbe l'occasionale effetto positivo esercitato in tal senso dall'uno o l'altro intervento sanzionatorio; altro conto giungere a tali qualificazioni, troppo impegnative sia per l'economista sia per il giurista.

Tali obiezioni sono persuasive e quindi, alla fin fine, la proposta di assegnare ad AGCM il compito "sociale" di contribuire a rimuovere le diseguaglianze certamente non può essere accolta *tout court*.

Però, potrebbe dirsi qualcosa in più. Dato che sia le fattispecie di illecito sia la discrezionalità tecnica esercitata da AGCM non sono di certo a "maglie strette" e che dunque esiste uno spazio grigio all'interno del quale la fattispecie si colora di tensione anticoncorrenziale, influenzata dall'uno o dall'altro indice di volta in volta, non si può negare che anche una tal finalità possa influire sulla decisione dell'Autorità. A parte che è sempre da ricordare la finalità ultima di protezione del consumatore, sulla quale si tornerà tra breve, ogni osservatore attento potrà testimoniare che l'abuso di sfruttamento sta riacquistando maggiore spazio nel corso degli ultimi anni e che, specie, quando sono in gioco interessi sensibili e diritti primari, come quello alla salute, la repressione degli abusi di posizione dominante sembra dichiaratamente ispirata anche alla protezione di tali interessi. Basterà menzionare il caso *Aspen*, di notevolissimo interesse, nel quale è stato considerato come abuso di posizione dominante il comportamento consistente nella fissazione di prezzi iniqui, ai sensi dell'art. 102, lett. a), TFUE, di farmaci antitumorali salvavita; e questo dopo aver attribuito alla multinazionale farmaceutica una situazione di potenza economica che le aveva consentito di tenere comportamenti indipendenti nei confronti dei concorrenti e dei consumatori, sottolineando che questa posizione dominante andava af-

³ Cfr. la *Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Conc. Reg.*, 2016, 145 e ss., con gli interventi di G. AMATO, R. PARDOLESI, A. NICITA, C. OSTI, P. SABBATINI.

fermata sia sotto il profilo dell'assenza di concorrenza effettiva e potenziale sia sotto quello della possibilità di tenere comportamenti sostanzialmente indipendenti rispetto al regolatore AIFA⁴. Inoltre, il controllo sulle concentrazioni sovente si risolve in autorizzazioni condizionate non soltanto a misure strutturali che attengono alle quote di mercato direttamente interessate, ma anche alle politiche di prezzo con vincoli e tetti espliciti, mostrando così, ancora una volta, una diretta attenzione alla posizione individuale dei consumatori e alle loro risorse economiche⁵. Utilizzando una nozione propria del diritto amministrativo (quella gianniniana che distingue tra interesse primario e interessi secondari all'interno della ponderazione discrezionale), potremmo allora tentare di dire che la tutela dei non abbienti e la riduzione delle disuguaglianze, se certamente non identificano – ed è corretto che non identifichino – l'interesse pubblico primario che sta a base del potere sanzionatorio e autorizzativo di AGCM, per altro verso possono in alcuni casi corrispondere a uno dei molteplici interessi secondari che contribuiscono a formare il giudizio discrezionale. E parzialmente anche incidere sulla direzione degli effetti del provvedimento. Il che significa che non solo sono utilizzabili dall'Autorità, ma che debbono comparire nella motivazione del provvedimento e che devono poter essere scrutinati dal giudice amministrativo nell'esercizio del suo sindacato di ragionevolezza e proporzionalità. In una parola: significa che hanno rilevanza giuridica.

In termini più generali, poi, il dibattito sulle disuguaglianze e sulla tendenza alla concentrazione di potere economico e finanziario nelle mani di pochi gruppi (in una con la concentrazione ascendente dei profitti)⁶ vede, accanto a chi si preoccupa di misure di carattere sociale,

⁴ Cfr. il provvedimento di AGCM 29 settembre 2016, n. 26185, A480, *Incremento prezzo farmaci ASPEN*. Cfr. altresì, L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen*, in *Mercato Conc. Reg.*, 2016, 479 e ss.

⁵ Cfr., in tema di cabotaggio marittimo, il provvedimento di autorizzazione alla concentrazione riguardante Tirrenia, AGCM, 21 giugno 2012, n. 23670, *Compagnia italiana di navigazione/ramo di azienda di Tirrenia di navigazione*, nel cui dispositivo compaiono specifici vincoli di prezzo relativi ad alcune rotte riguardanti il traghetto per la Sardegna.

⁶ Per una ricerca che dimostra che i *markups* dell'industria statunitense (considerando un periodo che va dal 1950 ad oggi) sono cresciuti in maniera vertiginosa a parti-

proprio quanti invocano invece un'efficace azione *antitrust*, vuoi nelle forme della repressione degli abusi vuoi, e ancor di più, nelle forme del controllo delle concentrazioni. Questo, specie in sistemi come quello statunitense, tradizionalmente meno severi verso i fenomeni monopolistici e/o di speciale potere di mercato⁷.

5. *Innovazione tecnologica e distinzione tra regolazione e funzione antitrust*

Un altro interrogativo di fondo riguarda il tipo di atteggiamento che le autorità di concorrenza devono assumere nei confronti delle posizioni di speciale forza di mercato che si avvalgono dell'innovazione tecnologica e che ne hanno sfruttato tempestivamente ed efficacemente le opportunità.

È uno dei temi di maggiore attualità nel dibattito ed è ormai evidente la consapevolezza da parte delle autorità di concorrenza che le tali dinamiche mostrano nuovi equilibri nel mercato e pongono l'interrogativo essenziale del se regolare e come regolare intervenendo su questi fenomeni.

I problemi che lo sviluppo di piattaforme come Google, Uber, Airbnb e altre pongono sul piano del diritto *antitrust* sono ben noti: (i) gli effetti di rete possono essere imponenti e irresistibili e tradursi in una barriera insormontabile all'ingresso in questi mercati, dato che quanto più è alto l'accesso dei clienti finali alla piattaforma tanto più i fornitori preferiranno tale piattaforma ad altre e questo accrescerà il valore e l'appetibilità della piattaforma medesima sui consumatori, suscitando a

re dal 1980, passando da una media percentuale del 18 % sino al 67 %, cfr. J. DE LOECKER, J. EECKHOUT, *The rise of market power and the Macroeconomic Implications*, in www.janeeckhout.com. Su questa ricerca, sono interessanti le considerazioni fatte da *The Economist*, issue 31st August 2007 (*Market concentration can benefit consumers, but needs scrutiny*).

⁷ È molto interessante, in proposito, ricordare la decisa linea a favore di un accrescimento dell'*enforcement* antitrust negli USA seguita da *The Economist*, issue 26th March 2016 (*Too much of a good thing – The problem with profits*), issue 6th May 2017 (*The world's most valuable resource is no longer oil, but data – Data is giving rise to a new economy*).

sua volta un più alto tasso di accesso e così in avanti, con un effetto vertiginoso che insegue se stesso; a ciò si collega la raccolta dei *big data* e i vantaggi preferenziali che derivano dalla loro disponibilità; (ii) la piattaforma potrebbe esser tentata di introdurre clausole di esclusiva o comunque restrittive della libertà di azione a carico dei fornitori del servizio che di essa intendono avvalersi, con effetti escludenti molto consistenti; (iii) la piattaforma potrebbe esser tentata di integrarsi verticalmente, come accaduto nella vicenda Google e questo potrebbe favorire comportamenti abusivi sui mercati a valle; (iv) la piattaforma potrebbe essere indotta a incidere sulle politiche di prezzo dei fornitori, impedendo loro di praticare prezzi inferiori a quelli risultanti dal *web*, finendo per irrigidire il livello dei prezzi e per renderli omogenei in contrasto con le esigenze della libera concorrenza, così come accaduto nel caso riguardante Booking ed Expedia con le clausole restrittive basate sulla c.d. clausola *Most favoured nation*, che impediva in ogni caso agli hotel di praticare prezzi inferiori a quelli riportati sulla piattaforma⁸.

Di fronte a questi rischi sono possibili approcci di *policy* molto diversi tra loro. Potrebbe, ad esempio, esser preferito un controllo severo sui casi di integrazione verticale, perché esso darebbe vita, in sostanza, alla più pericolosa delle ricadute anticoncorrenziali che possono essere provocate dagli effetti di rete. Potrebbe, però anche sostenersi che una posizione come quella di Google resta contendibile e che la tecnologia su cui le piattaforme si basano non è una risorsa scarsa e rende possibile l'ingresso di alternative. E che idee alternative vincenti possano farsi strada anche nei campi tecnologicamente avanzati è, in verità, tutt'altro che impossibile. Si pensi all'accusa mossa a suo tempo dalla Commissione UE a Microsoft, a causa del *link* che induceva gli acquirenti del suo sistema operativo a utilizzare Windows Media Player come strumento di ricerca e ascolto musicale e che avrebbe ristretto inesorabilmente l'accesso al mercato a valle assicurando a Microsoft lo slittamento della sua dominanza; e si pensi, per converso, al rapido e prepotente

⁸ Su questo tema va ricordata l'istruttoria di AGCM nei confronti di Booking ed Expedia, avviata con provvedimento del 7 maggio 2014 e conclusasi con l'accettazione di impegni in data 21 aprile 2015.

successo che invece in questo stesso mercato a valle ha invece avuto l'applicazione *Itunes*, frutto della geniale innovazione di Apple.

Nella diversità, però, i problemi da affrontare restano e sono ineludibili.

Probabilmente, ci sono i margini per evitare uno snaturamento degli strumenti tradizionali del diritto *antitrust* e una confusione che sarebbe comunque pericolosa tra la vigilanza propria del *public enforcement* e la regolazione *ex ante*.

In primo luogo, senza doversi rendere regolatore, l'autorità di concorrenza può intervenire nel processo di regolazione con i suoi poteri di *advocacy*, che le consentono di restare entro i limiti della propria competenza istituzionale, senza diventare produttore di regole. Vuoi la facoltà di rendere pareri *ex art. 22*, vuoi il potere di effettuare segnalazioni a Parlamento e Governo *ex art. 21* della legge n. 287 del 1990 sono strumenti idonei allo scopo. Parimenti, va ricordato il potere connesso di impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi contrari alla libertà di concorrenza previsto dall'*art. 21 bis* della medesima legge. Non a caso, l'AGCM ha utilizzato questi poteri nella vicenda che ha riguardato i Taxi e Uber in Italia⁹.

In secondo luogo, è proprio in casi come questi ed è, in altre parole, proprio di fronte all'evoluzione naturale di una realtà magmatica come il mercato che le norme "aperte" del diritto della concorrenza mostrano tutta la loro utilità. L'illecito *antitrust* è descritto in termini ampi e si fonda sull'uso di concetti indeterminati che si riempiono di contenuto mediante una seconda fase di contestualizzazione e dunque mediante una linea interpretativa che si sviluppa nel *case law*. Se, da un lato, questa linea interpretativa deve mantenere una sua coerenza e acquistare una valenza di tipicità della fattispecie, onde evitare l'arbitrio e l'instabilità che altrimenti ne seguirebbero, dall'altro lato, essa può avere quegli scostamenti, quegli adattamenti, quella evoluzione che serve ad accogliere le nuove fattispecie e rispondere a nuove esigenze.

Così, ad esempio, la *speciale responsabilità* dell'operatore economico che sia in posizione dominante è il presupposto che consente di dosare la nozione di abuso in funzione delle singole caratteristiche del

⁹ Cfr. AGCM, segnalazione S2782.

mercato e degli effetti anticoncorrenziali della condotta e di includere anche comportamenti che sino ad oggi non erano stati considerati come altrettanti *antitrust infringement*.

Guardando alle figure più specifiche (e quindi alle sottofattispecie di abuso di posizione dominante) come l'*essential facility doctrine*, parimenti può pensarsi a una certa flessibilità dei requisiti, che ne concedano un uso appropriato sia alla *sharing economy* sia al problema particolare dei *big data*, appunto assimilabili in casi particolari che lo giustifichino alle infrastrutture essenziali.

Il campo delle intese verticali – e la sottospecie del fascio di intese verticali – potrebbe del pari essere utile ad affrontare i problemi provocati da clausole di esclusiva e da altre clausole restrittive, dato che anche questa figura, pur se accompagnata da un tradizionale atteggiamento di accondiscendenza da parte del vigilante sulla base di una loro tendenziale minore gravità rispetto alle intese orizzontali, mostra quei confini aperti e porosi rispetto a nuovi effetti anticoncorrenziali meritevoli di puntuale repressione.

Infine, non si può dubitare che lo spazio valutativo – e questa volta effettivamente di tipo regolatorio – che AGCM vanta nel potere autorizzatorio delle concentrazioni sia idoneo a essere finalizzato a fronteggiare le preoccupazioni che emergessero nel campo della *sharing economy* e dei vari fenomeni a cui si è fatto cenno, al fine di evitare il rafforzamento di posizioni già conclamate come dominanti.

Gli strumenti previsti dall'ordinamento, quindi, sembrano idonei a intervenire nei settori più innovativi e sono altresì adatti a effettuare la sintesi degli interessi che, dal punto di vista della tutela della concorrenza, potrà connotare le relative fattispecie.

6. Antitrust e consumatore

Un tratto caratteristico di questa stagione dell'attività di vigilanza *antitrust* è la sempre più ricorrente attenzione per gli interessi del consumatore.

È questione vecchia quella se le norme che reprimono gli illeciti anticoncorrenziali siano direttamente volte alla protezione del consumato-

re, intesa in senso prettamente giuridico, e se, pertanto, siano costitutive di diritti soggettivi in capo a quest'ultimo, o se svolgano una tutela di tipo soltanto indiretto.

Sul piano giuridico, la Corte di Cassazione a sezioni unite sin dal 2005 ha scelto la prima strada, lì dove ha qualificato le norme in questione come attributive di diritti soggettivi al consumatore, agevolando per questa via la tutela risarcitoria conseguente alla loro violazione. È un percorso, questo, che se pure può generare qualche perplessità (che in passato avevo avuto modo di segnalare), nondimeno a livello di diritto europeo sembra ormai largamente prevalente. Basterebbe, in proposito, menzionare l'architettura della direttiva 2014/104/UE sul c.d. *private enforcement* e il suo recepimento in Italia con il d.lgs. n. 3 del 2017.

Sul piano della *policy antitrust* il rilievo della figura del consumatore e dei suoi interessi è ancor più interessante da segnalare.

Guardando non solo all'attività dell'Autorità italiana, ma anche all'approccio che si diffonde in Europa, si ha la netta sensazione che gli strumenti del diritto *antitrust* siano frequentemente concepiti come altrettanti modi di tutela diretta del consumatore. Menzionando il dibattito sulle disequaglianze, abbiamo prima osservato che si registra una certa attenzione verso gli abusi di sfruttamento, tradizionalmente invece considerati residuali rispetto agli abusi escludenti e che, accanto ad un'altra analisi economica, emerge nelle decisioni delle autorità europee una spinta a una soddisfazione diretta delle ragioni del consumatore. Se si torna a considerare la questione, mai tramontata in Italia, della legittimazione costituzionale e democratica delle autorità indipendenti, possiamo rilevare che nello scenario apertosi con la crisi economico-finanziaria del 2008 le autorità, più che per la loro qualità tecnica, neutrale e indipendente appunto, siano state sovente apprezzate dai cittadini in quanto capaci di risolvere i problemi del consumatore al cospetto dei poteri di mercato.

Sia il dato giuridico sia quello di *policy* non possono essere presi per quel che sono senza avanzare alcuni dubbi e frapporre alcuni limiti.

Uno dei capisaldi dell'azione *antitrust* sta nel motto per cui essa deve tutelare la concorrenza e non i concorrenti. Questo significa che l'Autorità ha l'obiettivo di garantire il funzionamento di un mercato

libero grazie alla repressione degli abusi e dei suoi “fallimenti” e non quello di favorire posizioni individuali. Da questo di vista, a parere di chi scrive, resta valido l’assunto per cui l’autorità di concorrenza deve tutelare il mercato e quindi il *consumer welfare* ma non i consumatori come soggetti individuali di diritto. Questo implica alcune cautele nel declinare le norme sulla tutela risarcitoria, lì dove assicurano una tutela avanzata che si espande dal piano del *public enforcement* a quello del *private enforcement* e significa anche che figure come gli abusi di sfruttamento non possono essere disinvoltamente affermati solo sulla scorta di pulsioni (e costruzioni) prettamente consumeristiche, essendo invece necessario assicurare l’accertamento dell’illecito in linea col principio di necessaria tipicità, pur se con l’elasticità che l’evolversi dei fenomeni certamente concede all’interprete. La tutela della concorrenza che si attua mediante l’accertamento di illeciti amministrativi non ha natura strettamente finalistica, nel senso che non ha per obiettivo la soddisfazione di interessi individuali, per quanto ampiamente diffusi essi siano. Essa è invece un fenomeno pur sempre legato al mercato e al suo funzionamento, sicché ha una portata correttiva propria del mercato e dei suoi assetti.

Oltretutto, non va trascurato che proprio in Italia la tutela diretta del consumatore è garantita dalla medesima AGCM in maniera tutt’altro che debole con la repressione delle pratiche commerciali scorrette, di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 206 del 2005.

Infine, l’enfasi posta sul consumatore non può farci dimenticare gli interessi dell’impresa e di ciò che fare impresa implica: il diritto della concorrenza tutela indubbiamente anche gli operatori economici. Per quanto scontato, questo dato merita una sottolineatura.

7. Prevedibilità dell’illecito, network europeo e Proposta di nuova direttiva per la disciplina dei poteri delle autorità di concorrenza

La seconda ragione del successo di AGCM è stata individuata nella capacità di attrarre l’interesse di giuristi ed economisti, entrambi impegnati nel coniare quei “fallimenti” che nella complessa fenomenologia

dei comportamenti di mercato corrispondessero ad altrettanti illeciti, così severamente vietati.

L'esito di questo percorso, a oggi, può dirsi sicuramente positivo.

Non mancano però elementi critici che meritano la dovuta attenzione, specie di fronte a sfide così innovative come quelle che abbiamo prima descritto.

Proprio perché gravemente sanzionati e repressi, proprio perché configurati in norme basate su concetti indeterminati, gli illeciti *anti-trust* devono comunque essere prevedibili e prevenibili. A tacer d'altro, non si giustificerebbe l'attenzione che oggi si presta all'attuazione di programmi di *compliance* preventivi se poi, in concreto, non fossero utili per il fatto che l'illecito si fosse manifestato oltre le ragionevoli previsioni di un operatore economico pur conscio del rischio *antitrust*. La questione della tipicità e della prevedibilità dell'illecito, in altre parole, rimane a mio parere centrale. L'accostamento tra l'esperienza UE e quella USA, in proposito, è importante. Nell'ordinamento degli Stati Uniti tale questione è stata risolta con la distinzione tra illeciti *per se* e illeciti da accertare secondo la *rule of reason*: solo quelli che rientrano nel primo elenco, e sempre che ne sussistano tutti i puntuali requisiti, sono punibili, mentre gli altri sono sottoposti a uno scrutinio ampio, che si nutre dell'analisi economica e del criterio della ragionevolezza inteso come metodo di assorbimento di tutti gli interessi e le circostanze che contrassegnano una certa vicenda.

Poiché è il Regolamento comunitario n. 1 del 2003 l'architettura fondamentale dell'azione *antitrust*, il giudizio su di esso diventa il passaggio centrale. Il compito del *network* delle autorità di concorrenza europee è infatti soprattutto quello di assicurare un'azione sì efficace ma anche omogenea nel mercato interno.

Il giudizio sul funzionamento del *network* è in chiaroscuro. L'idea di fondo che ne ha ispirato l'emanazione si è confermata giusta: liberare la Commissione da una mole di lavoro ormai insostenibile e coinvolgere direttamente le autorità nazionali in una rete unica incaricandole di una diretta applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Da questo percorso non ci si discosta, dunque. Oltretutto, la creazione del *network* ha favorito momenti di collaborazione anche bilaterali e trilaterali tra le autorità nazionali. Proprio l'Autorità italiana ha mostrato di saper operare in

modo coordinato con le autorità di altri Stati membri, realizzando un'efficace azione congiunta su fenomeni di mercato che occupano uno spazio europeo e che comunque sono attratti nelle competenze delle autorità di concorrenza nazionali per effetto del Regolamento n. 1 del 2003. Si guardi al citato caso Booking ed Expedia, nel quale l'Autorità italiana ha agito in stretto raccordo con le autorità francese e svedese.

Tuttavia, sovente si ha la sensazione di un certo scollamento, anche procedimentale, tra il coordinamento della Commissione e la decisione presa dall'Autorità nazionale. Inoltre l'omogeneità di azione tra le varie autorità è un risultato tutt'altro che raggiunto.

La riprova di ciò sta nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 marzo 2017, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nuovi poteri, in modo da realizzare una più efficace tutela e un miglior funzionamento del mercato interno¹⁰. Una delle principali premesse della proposta è infatti che si è registrata un'applicazione fortemente disomogenea degli artt. 101 e 102 TFUE e questo soprattutto a causa della diversità dei poteri delle autorità nazionali e del modo di loro esercizio. In alcuni casi adeguati ed efficacemente esercitati, in altri casi troppo blandi o alterni. Una siffatta disomogeneità altera le condizioni di buon funzionamento del mercato interno e suggerisce dunque un intervento.

Pertanto, nella proposta si cerca di intervenire sui seguenti piani: (i) attribuendo alle autorità nazionali condizioni effettive di indipendenza dal Governo e congrua disponibilità di mezzi e risorse, prevedendo anche la facoltà di stabilire i settori e i casi sui quali intervenire con priorità; (ii) assicurando alle autorità nazionali adeguati poteri istruttori, ispettivi e di accertamento dei fatti, nonché poteri di ordinare (ossia, conformare) la cessazione dei comportamenti vietati; (iii) prevedendo che le sanzioni siano di entità adeguata e che siano perciò idonee ad attuare la deterrenza; (iv) dettando una disciplina comune e puntuale sui programmi di clemenza (i c.d. *leniency programs*); (v) prevedendo adeguate forme di collaborazione e reciproca assistenza tra le autorità nazionali; (vi) stabilendo norme sulla sospensione della prescrizione, in

¹⁰ Proposta di direttiva COM (2017) 142 final.

modo da favorire l'azione congiunta di più autorità in relazione al medesimo tipo di comportamento anticoncorrenziale.

8. *Esperienza giuridica e disvalore sostanziale dell'illecito antitrust*

Questo disegno, che pure è apprezzabile in molte sue parti, potrebbe avere qualche punto debole per il fatto che sembra guardare unicamente al rafforzamento dell'intensità dell'azione sanzionatoria *antitrust*, lasciando un po' in secondo piano il fine dell'omogeneità degli accertamenti. Infatti, non è detto che una maggiore convergenza sulle fattispecie e sulla loro identità (e quindi la loro prevedibilità e prevenibilità) sia assicurata unicamente da una più intensa propensione sanzionatoria. Per questo obiettivo servirebbe anche un più efficace raccordo da parte della Commissione. Proprio in tempi nei quali la crisi economica continua a far sentire le onde lunghe della sua portata e nei quali avvertiamo le sfide del cambiamento profondo del mercato e dei mestieri è importante che l'azione *antitrust*, dal suo canto, sappia dare segnali di orientamento stabili. L'importanza della rete coordinata dalla Commissione sta quindi anche nell'assecondare linee di *policy* convergenti e nell'evitare che l'accertamento degli illeciti vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE avvenga in maniera vuoi disordinata vuoi troppo tecnico-formale e slegata perciò dagli effettivi interessi in gioco. Se quel che conta nel diritto non sono tanto le norme scritte e le geometrie formali dell'interpretazione, bensì quell'interpretazione che sappia estrapolare l'*esperienza giuridica* e il nucleo effettivo degli interessi, allora di ciò deve farsi carico anche questo settore dell'ordinamento¹¹. La sua importanza nella vita di tutti i giorni, del resto, è tutt'altro che marginale. Se, da un primo punto di vista, la potestà sanzionatoria è essenziale al suo funzionamento, da un altro punto di vista non è da meno l'esigenza di offrire interpretazioni stabili e prevedibili, che sappiano intercettare in maniera corretta il disvalore sostanziale delle fattispecie di illecito e che, quando non lo ravvisino, non esitino a chiudere il caso senza accertamento dell'infrazio-

¹¹ Con questa espressione si vogliono esplicitamente richiamare gli insegnamenti di P. GROSSI, in particolare da *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995-2006, in part. p. 27 e ss.

ne. Sarebbe infatti pericoloso per la tenuta stessa del *public enforcement* se le istituzioni (amministrative e giurisdizionali) incaricate di attuarlo si trincerassero dietro interpretazioni troppo formali e tendenti a irrigidire il metodo del *case law* oppure troppo unilateralmente ispirate a visioni “mercatiste” che non tenessero conto di tutti gli altri interessi rilevanti e che quindi non coniugassero garanzie, analisi sostanziale e disvalore effettivo della fattispecie.

Un’attività positiva di orientamento che guarda alla sostanza dell’*esperienza* e che tenta di guidare l’operato delle autorità nazionali potrebbe esser considerata, ad esempio, quella che ha indotto la Commissione a dequotare il rilievo delle intese per oggetto, sollecitando una più attenta valorizzazione degli effetti anticoncorrenziali ai fini della loro punibilità; e in questo proponendo di modificare il principio costantemente affermato in giurisprudenza, ma mai sottoposto a una revisione accurata, che rende punibili le intese per oggetto quand’anche non abbiano prodotto effetto alcuno¹². Qui l’indicazione è basata su indici sostanziali e presuppone altrettante analisi economiche delle vicende e tende a ordinare gli interessi sostanziali in modo da delimitare l’effettivo disvalore della fattispecie, cercando di evitare costruzioni aprioristiche che da tale sostanza finissero per discostarsi notevolmente.

Oltretutto, la Proposta di direttiva citata offre uno strumento molto importante a questo scopo. Mi riferisco all’art. 4, par. 2, lett. e), il quale prevede appunto che “le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza abbiano il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti ai fini dell’applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE”. Già questa facoltà, per come affidata alle autorità nazionali, sembra utilmente esercitabile nella direzione indicata. Potrebbe essere ancor più interessante ipotizzare una qualche facoltà di indirizzo spettante alla Commissione nella sua funzione di coordinamento del *network*. Tornando all’esempio fatto, potrebbe indicarsi come prioritaria la repressione di quei cartelli che hanno verosimilmente prodotto degli effetti, anziché quelli che risultano punibili solo per oggetto.

¹² Si richiamano in proposito le Linee guida della Commissione sulle restrizioni della concorrenza per oggetto al fine individuare le fattispecie *de minimis*.

9. *Speciale efficacia del provvedimento e private enforcement*

Infine, la terza ragione del successo: i rilevanti poteri dell'AGCM.

La prospettiva futura è quella di un loro incremento.

In primo luogo, a un incremento, o quantomeno a una stabilizzazione della loro effettività punta la Proposta di direttiva del marzo 2017 che abbiamo citato poc'anzi.

In secondo luogo, la stagione attuale ha registrato un'attenuazione dell'istituto degli impegni, al quale si era data una dimensione in verità eccedente le funzioni dell'istituto, e una crescita dell'attività sanzionatoria, sia in termini di numero degli accertamenti sia in termini di entità delle sanzioni e ciò soprattutto per le conseguenze delle recenti Linee guida per il computo delle sanzioni approvate dall'Autorità¹³.

In terzo luogo, il recepimento della direttiva 104 del 2014 sul *private enforcement* ha nei fatti accresciuto l'importanza e aumentato le conseguenze del provvedimento di accertamento della sanzione, in relazione alle cause risarcitorie *follow on*. In particolare, va ricordato l'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, il quale ha recepito l'art. 9 della direttiva 104. L'art. 7 stabilisce quanto segue:

Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta a impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

¹³ Per quanto concerne l'istituto degli impegni, la sua portata applicativa è stata ristretta con la Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863, *Procedure di applicazione dell'articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*.

Sul piano dell'inquadramento teorico l'aspetto che più colpisce è che il provvedimento, quando non fosse oggetto di ricorso davanti al giudice amministrativo, sarebbe vincolante per il giudice civile, benché soltanto per la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, e non per il nesso di causalità e per l'esistenza del danno. Questa speciale efficacia dell'atto amministrativo, derivata inevitabilmente dalla scelta consolidata nell'art. 9 della direttiva, pone più di un dubbio, perché, conferendo al provvedimento un effetto giuridico inedito, sembra porsi in aperto contrasto con quanto dispone l'art. 101 Cost., secondo periodo, ai sensi del quale "I giudici sono soggetti soltanto alla legge" e non, dunque, all'atto amministrativo.

Le ragioni del diritto europeo, del funzionamento del mercato interno e del *public enforcement* andrebbero perciò poste al confronto con questo principio costituzionale e col fatto che esso sembra attenere strettamente al carattere democratico dell'ordinamento nonché al carattere rappresentativo delle istituzioni non giurisdizionali, entrambi elementi indefettibili della forma repubblicana e, come tali immodificabili ai sensi dell'art. 139 Cost.

Sullo sfondo, dunque, abbiamo la teoria dei c.d. controlimiti, della quale anche recentemente la nostra Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi¹⁴.

Se mai un problema di controlimiti all'applicazione del diritto europeo dovesse porsi e lo si ritenesse fondato, ne seguirebbe il rischio di illegittimità costituzionale dell'art. 7 *in parte qua* e, dunque, previa teorica dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, il ripristino della facoltà di disapplicazione del provvedimento amministrativo che si ritenesse illegittimo in capo al giudice ordinario ai sensi dell'art. 5 della LAC (legge abolitiva del contenzioso) del 1865. Sennonché questa tematica potrebbe (forse) restare sulla carta, vuoi per alcune buone ragioni che il diritto europeo avrebbe da spendere a salvaguardia delle

¹⁴ Il tema dei controlimiti è stato recentemente risollevato in Italia nel noto caso Taricco, su cui cfr. Corte di giustizia UE, 8 settembre 2015, causa C-105/14; cfr. R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo* – www.penalecontemporaneo.it.

determinazioni delle autorità di concorrenza, amministrazioni speciali e comunque “vicine” alla giurisdizione, non foss’altro che per alcuni enunciati di neutralità e indipendenza che oltretutto la nuova Proposta di direttiva mira ad aumentare (ragioni comunque da ben valutare), vuoi e soprattutto perché il caso della mancata impugnazione davanti al TAR del Lazio dei provvedimenti sanzionatori di AGCM è più prossima all’inesistenza che alla rarità. Quando il provvedimento viene sottoposto a controllo giudiziale, sarà il giudicato amministrativo a incorporarne l’effetto e questo potrà giustificare l’opponibilità al giudice civile e quindi non si apprezza più una distonia rilevante rispetto al nostro quadro costituzionale.

10. Segue. *Cartelli e presunzioni*

Resta allora una notevole rilevanza e un sostanziale rafforzamento del “peso specifico” del provvedimento di accertamento di una infrazione *antitrust*. Il che responsabilizza di più l’Autorità, consigliando ancora maggior cura nello scrutinio dei casi posti alla sua attenzione.

Se poi si guarda al caso delle intese orizzontali, gli effetti di questo vincolo derivante dall’accertamento amministrativo sono ancor più intensi. Infatti, l’art. 14 del d.lgs., anche in tal punto in perfetta aderenza alla direttiva, prevede sia che “Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223,1226 e 1227 del codice civile”, e dunque accettando anche un criterio equitativo in difetto di prove puntuali sulla entità del danno, sia che “L’esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell’autore della violazione”. Sicché, in altre parole, quando si tratta di un cartello, si pone una doppia presunzione: quella che riguarda la qualificazione di un dato comportamento come illecito *antitrust* anche ai fini risarcitori solo perché tale ritenuto in via amministrativa; e anche quella che riguarda l’esistenza di un danno quando un tale illecito consista in un cartello. Il ribaltamento dell’onere della prova, oltretutto, ha una portata tale da rendere sostanzialmente impossibile la prova del contrario, se

non nei casi sporadici in cui sia possibile dimostrare, o grazie all'accertamento condotto nel procedimento da AGCM o grazie alle prove fornite al giudice civile, l'assoluta inesistenza di effetti.

L'incidenza di questa previsione è ancor più rilevante se si considera un dato ben noto a tutti gli addetti ai lavori. A causa delle difficoltà probatorie, è rarissimo che un cartello sia accertato nella forma dell'*accordo* anticoncorrenziale ed è quindi assai più frequente la configurazione di una *pratica concordata*. Quest'ultima, però, è una violazione che si regge solitamente su un mero parallelismo di comportamenti sul mercato da parte degli operatori economici, il quale viene considerato illecito o perché non esistono altre spiegazioni plausibili del suo accadere che non siano quelle legate all'esistenza di un cartello o perché al parallelismo si unisce un momento di contatto qualificato (sovente, uno scambio di informazioni) da cui possa evincersi, in mancanza di prova contraria, un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE o dell'art. 3, l. n. 287 del 1990. Nelle pratiche concordate, in altre parole, è fisiologico che possa restare un margine di dubbio sul se effettivamente una volontà di accordarsi vi sia stata, perché la fattispecie si basa su un argomento presuntivo: dal fatto noto (parallelismo) si risale, sussistendo certe condizioni, al fatto ignoto (il cartello). Ebbene, nel caso della pratica concordata, le presunzioni che si sovrappongono rischiano allora di essere addirittura tre: la presunzione che serve a dimostrare la violazione *antitrust* nella tipologia della pratica concordata; la presunzione che corrisponde al vincolo (assoluto) imposto al giudice civile quanto alla "natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale"; infine la presunzione relativa all'esistenza di un danno.

11. Procedimento antitrust e ricerca della verità

Queste novità, come si diceva, richiedono grande cura nell'accertare l'illecito.

Senonché, in molte occasioni la dottrina in questi anni ha segnalato l'esistenza di un *path dependence* che induce l'Autorità, una volta av-

viata un'istruttoria, a concluderla nel segno della sussistenza dell'illecito¹⁵.

Assumendo come parametro di riferimento i procedimenti avviati, i dati statistici degli ultimi anni riportano una percentuale di casi chiusi con l'accertamento dell'inesistenza dell'illecito pari a circa il 15 per cento rispetto al totale delle istruttorie avviate.

Questa percentuale resta abbastanza bassa e, insieme al dato quantitativo dei ricorsi accolti dal giudice amministrativo, che resta comunque ragguardevole, lascia la sensazione di una ancor modesta incidenza dell'attività difensiva nel contraddittorio procedimentale; il che oltretutto conferisce, nei fatti, prevalentemente al giudice amministrativo il compito di dire la parola decisiva sull'accertamento dell'illecito. Pur se nell'ultimo periodo l'Autorità ha mostrato una maggiore propensione alla chiusura del procedimento con una decisione di archiviazione anziché di applicazione della sanzione, valorizzando sia la terzietà del Collegio sia l'effettività del contraddittorio e mostrando perciò segnali confortati, rimane ancora aperto il tema di fondo di come favorire un maggior sviluppo della dialettica a tre Difesa-Uffici-Collegio.

Molti casi in verità non giungono al procedimento perché archiviati in fase preistruttoria. Se del caso, però, l'Autorità potrebbe anche avviare un numero maggiore di istruttorie e nel contempo imprimere ancor più al procedimento e al contraddittorio un fine di ricerca della verità, evitando di assumere una tendenza che volesse difendere il "caso" per il solo fatto che sia stato avviato. Insomma, l'avvio di istruttoria non dovrebbe essere solo una "imputazione" del sospetto di illecito, ma anche il dato di partenza di un'analisi aperta a ogni possibile soluzione, tenendo conto in maniera puntuale (e confutando, va da sé, quando è dovuto) gli elementi addotti dalle difese delle parti.

Una correzione di tendenza di questo tipo (la quale, va detto, costituirebbe comunque una novità rispetto alla storia complessiva dell'Istituzione sino ad oggi) produrrebbe una serie di vantaggi: (i) rafforzerebbe il valore e il grado di persuasività della decisione, anche rispetto al controllo del giudice amministrativo; (ii) giustificherebbe l'effetto vin-

¹⁵ Cfr., ad esempio, C. OSTI, *Controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008, 245 e ss.

colante conferitogli dall'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017 citato, quantomeno stemperando le perplessità sollevate ai sensi dell'art. 101 Cost.; (iii) favorirebbe ancor più la formazione di un *case law* stabile e prevedibile, secondo lo sviluppo di linee in grado di intercettare i “nuovi” interessi da tutelare, dei quali si è già detto nei paragrafi precedenti; e questo anche con un positivo “ritorno” di esperienza all'interno del *network* guidato dalla Commissione.

Né può dirsi che una tendenza di questo tipo sia incompatibile con la regola secondo cui, nell'ambito della rete creata dal Reg. n. 1 del 2003, alle autorità di concorrenza degli Stati membri è affidato solo il potere di accertare gli illeciti (art. 5 del detto Reg.) e non quello di accertarne l'insussistenza, che spetta unicamente alla Commissione¹⁶. Infatti questo principio avrà una diretta rilevanza ai fini della formazione del vincolo verso il giudice civile – previsto solo per le decisioni che affermano l'infrazione e non per le altre – e potrà qualificare sul piano tecnico le decisioni di tipo “negativo” delle autorità come altrettante *archiviazioni* del caso; ma non implica di certo che le autorità non possano – o non debbano – assicurare una valutazione aperta della fattispecie.

Non è da dimenticare, infine, che l'art. 3 della Proposta di direttiva del 22 marzo 2017 stabilisce quanto segue:

L'esercizio dei poteri di cui alla presente direttiva da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza è soggetto a garanzie adeguate, compreso il rispetto del diritto di difesa e del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice da parte delle imprese, conformemente ai principi generali del diritto dell'Unione e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁶ Cfr. Corte di giustizia UE, 3 maggio 2011, causa C-357/09, *Tele2 Polska*. Cfr. altresì sul tema M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato 2015*, in part. 303 e ss.

12. Il sindacato del giudice amministrativo e la resistenza alle periodiche obiezioni dottrinali

Parlando dei poteri dell'Autorità, rimane da ricordare cosa accade sul fronte del controllo su di essi.

Il sindacato del giudice amministrativo continua ad avere un rilievo centrale e il suo controllo viene sollecitato costantemente dalle parti che abbiano subito l'irrogazione della sanzione. Anzi, la tendenza dell'Autorità a concludere comunque i suoi procedimenti, una volta avviati, con l'accertamento dell'infrazione, accresce la rilevanza del ruolo del TAR e del Consiglio di Stato.

Forse è anche a causa di questo stato di cose che periodicamente torna alla ribalta il dubbio che il controllo esercitato dal giudice amministrativo sia inadeguato alle esigenze di tutela dei diritti degli interessati.

In un primo tempo, e mi riferisco al dibattito acceso nei primi anni del secolo, allorché il Consiglio di Stato ebbe a qualificare – ma solo nominalmente – come di tipo “debole” il suo sindacato in materia *anti-trust*, è stata mossa una triplice obiezione: (i) il giudice amministrativo è organizzato per tutelare interessi legittimi, ma questi sono una posizione soggettiva debole, e quindi debolmente protetta in sede processuale, mentre nel nostro caso rilevano veri e propri diritti soggettivi; (ii) il giudice amministrativo effettua un sindacato ristretto ai tre vizi di legittimità (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza), mentre nel caso in questione è necessario un vaglio completo e senza limiti di sorta; (iii) il processo amministrativo implica un giudizio sull'atto, mentre nella nostra ipotesi si rende necessario un giudizio sul rapporto che possa assicurare una cognizione piena della fattispecie.

A queste tre obiezioni è stato agevole replicare che: (i) l'interesse legittimo non è affatto una situazione soggettiva “debole” o “minore” rispetto al diritto soggettivo, né sul piano dei contenuti né su quello della tutela, e questo perlomeno grazie alle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali e al diritto vivente sin dal secondo dopoguerra; e oltretutto qui il giudice amministrativo è munito di giurisdizione esclusiva; (ii) l'eccesso di potere è un profilo di illegittimità che comporta, ormai da molti anni, un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità della

decisione amministrativa il quale presuppone, a sua volta, un ampio accesso al fatto, generando un modello sostanzialmente analogo a quello utilizzato dalla Corte di giustizia UE quando effettua il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione in materia *antitrust*; (iii) il giudizio amministrativo è da molti anni considerato come un giudizio (anche) sulla fondatezza della pretesa e sul rapporto e non unicamente sull'atto amministrativo.

In un secondo momento, soprattutto a seguito di alcune notissime sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di questi ultimi anni¹⁷, in dottrina da più parti si è denunciata l'insufficienza del sindacato giudiziale amministrativo argomentando dall'art. 6 CEDU e dal fatto che il procedimento amministrativo *antitrust* è considerato alla stregua di una "accusa penale" secondo i c.d. *Engels criteria* stilati dalla Corte EDU. Le carenze (*recte*: diversità dal processo penale) in punto di terzietà dell'organo giudicante, imporrebbero allora che il sindacato giudiziale sulla decisione "penale" fosse di *full jurisdiction*. Tuttavia, il giudizio amministrativo, inevitabilmente caratterizzato da un controllo esterno sulla legittimità della decisione e quindi ben distinto, ad esempio, dal processo penale, non risponderebbe al modello della giurisdizione piena¹⁸.

Tuttavia, il processo amministrativo è stato considerato idoneo a provvedere una *full jurisdiction* proprio dalla Corte EDU nel caso *Menarini*.

Nel frattempo il Consiglio di Stato, oltre a lasciare da parte l'aggettivo "debole" con i suoi equivoci, ha avuto modo di chiarire in più occasioni che il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità presuppone un ampio e completo accesso ai fatti, i quali vanno conosciuti e ponde-

¹⁷ Quanto al primo, Corte EDU, *Menarini Diagnostics c. Italia*, II, 27 settembre 2011 (ric. 43509/08), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 414; quanto al secondo, Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, II, 4 marzo 2014 (ric. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10), in *Giur. comm.*, 2014, II, 543, nonché in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053, con nota di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*.

¹⁸ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 158 e ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 119 e ss.

rati anche nella loro rilevanza tecnico-economica. L'unico limite che resta è nella circostanza che il giudice non compie un controllo di tipo interamente sostitutivo e ripetitivo, che vada anche oltre il caso in cui possa dirsi che l'Autorità abbia dato una risposta compresa tra quelle che rientrano nella ristretta gamma delle soluzioni ragionevoli al caso.

Senonché il problema è stato posto, per la terza volta, dopo l'art. 9 della direttiva 2014/104/UE e soprattutto dopo l'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, i quali, come si è visto, assegnano al provvedimento un'efficacia vincolante nei confronti del giudice civile¹⁹.

L'argomento speso è il seguente: di fronte ad un effetto eccezionale e costitutivo del provvedimento, imperniato su un accertamento dell'illecito come fattispecie che va oltre l'irrogazione della sanzione, vincolante nei confronti del giudice civile, non sarebbe più sufficiente un sindacato esterno. Sarebbe indispensabile proprio un sindacato di tipo sostitutivo, a protezione dei diritti soggettivi coinvolti nella vicenda. Quindi, stando a questo ragionamento, delle due l'una: o si ammette che il giudice amministrativo possa espandere il suo controllo, grazie anche alla giurisdizione esclusiva che in questa materia è comunque prevista; o si passa *de jure condendo* a modificare l'ordine delle competenze giurisdizionali, sostituendovi il giudice civile (beninteso, con tutti i problemi di compatibilità costituzionale che ne seguirebbero).

Anche questo terzo ordine di obiezioni, tuttavia, non persuade.

In primo luogo, è da ricordare che il Reg. n. 1 del 2003 (che esaurisce la gran parte delle istruttorie avviate da AGCM, puntualmente basate sugli artt. 101 o 102 TFUE) affida alle autorità di concorrenza e non al giudice del ricorso il potere di accertare la sussistenza dell'illecito. Al giudice del ricorso compete solo un controllo su questa decisione, non il potere-dovere di sostituirla con una propria. Non diversamente, il menzionato art. 3 della Proposta di direttiva del 22 marzo 2017 riconosce un *diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice da parte delle imprese, conformemente ai principi generali del diritto dell'Unione e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

¹⁹ G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 e ss.

In secondo luogo, un controllo pieno e sostitutivo non viene nemmeno esercitato dalla Corte di giustizia UE sulle decisioni sanzionatorie della Commissione. Anche qui il nucleo del sindacato, pur presupponendo una conoscenza piena dei fatti, è imperniato sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

In terzo luogo, esiste un orientamento giurisprudenziale che ammette in ogni caso che il giudicato amministrativo (di accoglimento), quando anche formatosi nella giurisdizione di legittimità, ben possa essere vincolante nei confronti del giudice ordinario²⁰. Sicché, anche da questo punto di vista, un effetto vincolante verso il giudice civile che sia mediato dal sindacato giudiziale amministrativo (sì sul rapporto, ma pur sempre non sostitutivo) non sembra né una novità assoluta né una soluzione estranea alle maglie dell'ordinamento.

Infine, di fronte ad un procedimento complesso e coinvolgente esperienze professionali così diverse tra loro, ipotizzare un processo con esito sostitutivo che implichi (altrimenti non se ne comprenderebbe il senso) una sostanziale ripetizione giudiziale del procedimento sembra una soluzione non razionale e distonica rispetto a essenziali principi di efficienza amministrativa.

Per le ragioni testé esposte (e a prescindere da obiezioni di rango costituzionale) non convincono neppure quelle proposte, che periodica-

²⁰ L'accertamento, compiuto nel processo amministrativo e passato in giudicato, della legittimità di un provvedimento esclude la possibilità di far valere, poi, nel giudizio civile e tramite la disapplicazione, sia i vizi dedotti con l'impugnazione che i vizi deducibili: in questo senso: Cass., sez. II, 15 febbraio 2007 n. 3390, in *Giust. Civ. mass.*, 2007, 2; Cass., sez. I, 8 gennaio 2003 n. 60, in *Dir. form.*, 2003, 383; Cass., sez. I, 27 marzo 1997 n. 2721, in *Giust. Civ. mass.*, 1997, 475; Cass., sez. I, 3 febbraio 1997 n. 982, in *Giust. Civ. mass.*, 1997, 169. Questo principio subisce, però, una deroga nel caso in cui si faccia valere davanti al giudice ordinario la radicale inesistenza del provvedimento e sempre che tale questione non sia stata esaminata ed esclusa nel giudicato formatosi nel processo amministrativo (Cass., sez. un., 6 maggio 1998 n. 4573, in *Giust. civ.*, 1999, I, 211). La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario invece è stata ammessa in costanza di un giudicato amministrativo di rigetto della domanda di annullamento, quando quest'ultimo non ha esaminato la questione di merito relativa alla legittimità del provvedimento, limitandosi a rilevare la carenza di legittimazione ad agire in capo al ricorrente (Cass., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22492, in *Giust. Civ. mass.*, 2006, 10).

mente affiorano nel dibattito, secondo le quali sarebbe opportuno addirittura pensare all'istituzione di collegi speciali del Consiglio di Stato, integrati con esperti in materie economiche.

13. Proposte per alcune modifiche organizzative e sindacato sui fatti opinabili

Piuttosto, una volta sgomberato il campo dai dubbi sull'idoneità del sindacato giudiziale amministrativo, quel che preme sottolineare è l'esigenza di distinguere tra le enunciazioni di principio e i concreti accadimenti processuali.

Non basta, dunque, affermare che il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità comporta un pieno accesso ai fatti e una valutazione condotta anche alla luce della tecnica, con un giudice che diviene pienamente “padrone” della fattispecie complessa. Occorre che questo principio trovi in concreto, e sempre, un puntuale riscontro. Sarebbero utili a questo fine alcuni accorgimenti organizzativi. Considerato che i casi *antitrust* trattati dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato si aggirano intorno ad una decina per anno, potrebbe essere opportuno fissare udienze dedicate esclusivamente a questo tipo di controversie. In esse, potrebbe essere così meglio garantita un'ampia discussione, con la possibilità per il Collegio, come accade davanti alla Corte di giustizia, di interloquire con le difese, ponendo altrettanti quesiti. Nel contempo, potrebbe essere prevista *ab initio* una diversa e più elevata soglia quantitativa per gli atti difensivi rispetto a quella generale oggi fissata in un apposito decreto del Presidente del Consiglio di Stato. La sentenza, poi, dovrebbe essere particolarmente attenta a ripercorrere tutti i fatti e tutti gli elementi dedotti dalle rispettive difese, andando se necessario anche oltre al modo in cui li ha ricostruiti l'Autorità, come peraltro già sovente accade, e con attenzione anche ai risvolti che specie oggi, dopo il d.lgs. n. 3 del 2017, il giudicato può avere in sede civile.

A quest'ultimo proposito, va sottolineato che l'art. 7 prima citato prevede che “Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata”. Verifica diretta, dunque, significa assicurare il pieno accesso al fatto ed anche

l'analisi della sua rilevanza. Ad esempio, pensando alle pratiche concordate e alle spiegazioni alternative del parallelismo che siano state fornite dalle parti e disattese dall'Autorità, è indispensabile che il giudice amministrativo le ponderi compiutamente in una con la motivazione spesa sul punto dall'Autorità.

In conclusione, va menzionato anche il passaggio immediatamente successivo dell'art. 7 citato, lì dove stabilisce che "Il sindacato del giudice del ricorso (...) si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima". In verità, questo inciso non è particolarmente felice, perché potrebbe dare adito a una lettura che addirittura facesse retrocedere il sindacato al di sotto dell'intensità con cui si esprime già adesso. Il punto è che dalla lettera dell'articolo potrebbe formalmente essere estrapolata la regola per cui: "Il sindacato del giudice del ricorso non si estende ai profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità".

Tuttavia, è da tempo acquisito che il giudice amministrativo abbia il potere di effettuare un controllo di ragionevolezza e proporzionalità che non soltanto presuppone la piena conoscenza dei fatti, ma si espande ai profili economici e "opinabili", anch'essi oggetto della sua cognizione. Il giudizio di ragionevolezza, in altre parole, è condotto anche alla luce della tecnica, sicché il giudice dovrà stabilire se una certa conclusione dell'Autorità (sulla configurazione del mercato rilevante o sulla natura abusiva del comportamento o sulla giustificabilità economica del parallelismo) sia o meno anche tecnicamente attendibile. Qualora la soluzione prescelta dall'Autorità sia attendibile e ragionevole, in quanto rientra nella ristretta serie di quelle ragionevoli da dare al problema, allora il provvedimento sarà ritenuto legittimo, altrimenti si individuerà un profilo di illegittimità. L'unico limite sta nel fatto che il controllo non è mai interamente sostitutivo, perché rimane entro il confine del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità. Ciò detto, questo sindacato si estende a tutti i profili tecnici e non solo a quelli che non presentano un oggettivo margine di opinabilità. Il punto è che, quando si tratta di valutazioni opinabili, il tipo di controllo resterà appunto nell'orbita del vaglio di ragionevolezza e proporzionalità, ché questo è il rispetto che si deve all'opinabilità. Se la lettera dell'art. 7 dovesse invece indurre a

ritenere che il sindacato non tocca in modo assoluto i profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità, ne deriverebbe un modello di sindacato inadeguato. Inadeguato anzitutto a rispettare la soglia della *full jurisdiction* di cui all'art. 6 CEDU; e inadeguato anche a soddisfare esigenze di effettività della tutela giurisdizionale richieste dallo stesso ordinamento comunitario prima ancora che dalla nostra Costituzione all'art. 113.

Pertanto, questa interpretazione riduttiva della portata del sindacato giudiziale, ove mai si affacciasse, non è condivisibile. Esistono, del resto, gli argomenti di interpretazione teleologica e di interpretazione conservativa, costituzionalmente orientata e coerente con i parametri del diritto UE, che possono superare questa prospettiva limitativa. La lettera della norma non sembra del resto così univoca. Pertanto dovremo dire che essa va letta semplicemente nel senso che, quando i profili tecnici non presentano un oggettivo margine di opinabilità, la cognizione del giudice non potrà che essere illimitata e sostitutiva *in parte qua* (dovendo così intendersi il significato del verbo “estendere”); e che, quando invece i profili tecnici presentano un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato dovrà rispettare i confini del vaglio di ragionevolezza e proporzionalità, da tempo già sperimentati.

AN OVERVIEW OF DUE PROCESS IN COMPETITION PROCEEDINGS BEFORE THE LUXEMBOURG COMPETITION COUNCIL¹

Mattia Melloni

Università della Lorena, Nancy (Francia),

Componente del Collegio, Autorità della concorrenza del Lussemburgo

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The right to confront the evidence and the arguments against the undertaking (1st requirement). 3. The hearing before the decision-maker (2nd requirement). 4. A neutral decision-maker (3rd requirement). 5. Decisions rendered without inordinate delays (4th requirement). 6. Review by independent tribunals of adverse decisions rendered by the national competition authority (5th requirement). 7. Conclusion.

1. Introduction

The design of competition proceedings varies in each EU Member State, but in every EU member State the national law should ensure due process for undertakings accused of a violation of competition law.

There are in particular five requirements of due process that should be accommodated in the administrative enforcement of competition laws, as they are ordinarily accommodated in judicial proceedings, namely, i) the right to confront the evidence and the arguments against the undertaking, ii) a hearing before the decision-maker which is often the national competition authority, iii) a neutral decision-maker, iv) a decision rendered without inordinate delay, and v) in the case of an adverse decision for the undertaking, the review of such decision by an independent Tribunal.

¹ Le opinioni espresse in questo paper sono frutto di valutazioni personali dell'auto-re e non impegnano l'autorità amministrativa di appartenenza.

Although these five requirements apply throughout the legal systems of the EU member states, they are too often unavailable in competition proceedings.

Within the European Competition Network (hereinafter the “ECN”), for instance, we have national competition authorities (hereinafter “NCAs”) that meet few of those requirements but not all of them. For instance, almost all NCAs as well as the European Commission, miss the 4th requirement, namely, decisions rendered by the decision-maker without inordinate delays, whereas few of the NCAs and the European Commission miss the 3rd requirement, namely, having a neutral decision-maker in competition proceedings.

Against this background, purpose of my paper is to examine each requirement of due process as it applies in competition proceedings before the Luxembourg Competition Council (hereinafter the “Council”) while looking at the same time whether or not the Council meets each requirement.

2. The right to confront the evidence and the arguments against the undertaking (1st requirement)

The law setting the NCAs with both prosecutorial and adjudicatory functions should guarantee that the accused undertaking receive an opportunity to rebut the case against it. The national law should be clear on such a point and indeed most of the NCAs have it clear in their laws or in their Guidelines.

In Luxembourg article 25 of the national competition law² offers such guarantees to the accused undertaking³.

² Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. An English version of the national competition Law can be found on the Website of the Luxembourg Competition Council (<https://concurrence.public.lu/fr.html>).

³ Unlike the majority of NCAs as well as the European Commission, the Luxembourg Competition Council has not issued Guidelines yet.

Article 25 (1) of such law reads:

When the appointed councilor discovers facts likely to fall within the Council's competence and before submitting the file to the Council with a view to taking decisions provided for in articles 11 and 20 (2), he shall inform the undertakings or associations of undertakings concerned, by registered letter with a form of acknowledgement of receipt, of the objections raised against them. This statement of objections shall clearly precise the nature and the factual legal assessment behind the initiation of the procedure and the period granted to the recipient to answer, which shall not be less than one month...

Thus, the Council, and, in particular, the Council's prosecutor or councilor adopts a statement of objections, namely a preparatory measure preceding the final decision against an undertaking in which he/she finds an infringement of articles 101 and/or 102 TFEU and/or the correspondent national competition law⁴.

Purpose of the statement of objections ("SO") is to inform the undertakings concerned of the objections raised against them with a view to enabling them to exercise their rights of defense in writing and orally at a hearing that is organized few months later.

The accused undertaking is therefore provided with all the information it needs to defend itself effectively and to make comments on the accusations made against it by the Council's prosecutor. It is worth remembering that the statement of objections represents an essential procedural safeguard for undertakings to ensure that their right to be heard is observed in the competition proceedings before the Council.

3. The hearing before the decision-maker (the 2nd requirement)

The 2nd requirement of due process in competition proceedings examined in this paper concerns the opportunity for the accused undertak-

⁴ From a procedural perspective, a statement of objections is not an act or a decision adopted by the Council, rather a preparatory act preceding the final decision of the Council. Therefore, any argument concerning the legality of it must always be raised in the context of an appeal against the final decision of the Council.

ing as well as any third parties to be heard by the decision-makers at a meaningful time and in a meaningful manner. Needless to say that if national competition laws or the Guidelines that the NCAs have issued do not allow accused undertakings and third parties to be heard by decision-makers, then the 2nd requirement of due process is not fulfilled. To put it differently, if the decision-maker has not heard personally the testimony or read the evidence brought to them, then the opportunity to be heard is meaningless.

In Luxembourg the national competition law does allow the accused undertaking as well as the complainant, and any third parties to be heard personally by the Council through an oral hearing that must take place at the latest two months after the notification of the statement of objections.

Article 26, paragraph 5, of the National competition law reads:

Before taking decisions on the basis of Articles 11 and 20 (2), the Council shall give undertakings and associations of undertakings, during a hearing which cannot take place before two months have elapsed from the notification of the statement of objections, an opportunity of making their views known on the objections raised against them. During the hearing the Council shall hear successively the appointer councilor [the Council's prosecutor], the complainants, the Minister or his representative with special authority and the third parties involved. If the Council considers it necessary, it may also, during a hearing, hear other natural or legal persons. Applications to be heard on the part of such persons shall, where they show a sufficient interest, be granted.

Unlike the Council, European Commission decisions which are taken collectively by all commissioners are adopted by the College of commissioners where none of them have heard the case⁵. No commissioner, not even the commissioner for competition matters who proposes the final decision to his colleagues of the Collège after the services

⁵ As a general rule, European Commission decisions must be taken collectively by all Commissioners and all Commissioners are collectively responsible for those decisions. The delegation of decision-making powers to individual Commissioners or Directors General is regarded by the TUE and the Rules of procedures as an exception and is therefore subject to limitations. See the Note below for the reference to the appropriate article of the TUE and the Rules of Procedures of the Commission.

of the Directorate General for Competition (hereinafter DG COMP) have brought the case to him/her, attends the hearing with the undertakings.

Against this background, one may argue that European Commission's decisions are not truly based on assessment of evidence as the commissioners themselves do not "know" the competition case. Rather, they decide on the basis of the "policy" position that the commissioner in charge of competition matters at the European Commission have brought to them. Therefore, one may conclude that the institutional design contained in the European laws⁶ seems to deny undertakings and third parties a meaningful opportunity to be heard by the actual decision-makers.

On the other hand, the institutional design that the Luxembourg competition law currently offers to undertakings does allow undertakings as well as third parties a meaningful opportunity to be heard directly by the actual competition decision-makers.

4. A neutral decision-maker (3rd requirement)

The 3rd requirement of due process in competition proceedings is the most controversial one. It deals with the status of the competition decision-maker.

How many times competition scholars have faced the question: is it fair for due process purposes combining the functions of investigator and prosecutor with that of adjudicator?

In the Union we have all different scenarios where a single administrative authority investigates cases and takes enforcement decisions⁷ or

⁶ See article 17 (6) of the TEU as well as the Rules of procedure of the Commission in OJ L 308 of 8.12.2000, p. 26, as amended by Commission Decision of 24 February 2010 (2010/138/EC Euratom) OJ L 55 of 05.03.2010, p. 60.

⁷ The so-called monist administrative model. In the Union the majority of NCAs, including the European Commission, has in place this model, namely, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovenia, Slo-

where investigation and decision-making belong to two separate bodies⁸.

In France, for instance, the separation of investigative and adjudicatory functions is set out in the French Constitution.

In Luxembourg the National Competition Law explicitly requires for a separation of functions between the investigator and the prosecutor, on one hand, and the adjudicator, on the other.

Article 7, paragraph 4, of the National Competition Law reads:

The lead of implementation of Articles 14 to 19, 25 and 26 (2 to 4) is assigned for each separate file to a councilor appointed by a President's order... The President cannot be appointed to pursue these tasks. The councilor so appointed, hereinafter referred to as the appointed councilor, does not take part in files in which he assumed these functions, to the deliberations and decisions of the Council pursuant [infringement decisions and commitments decisions] failing which the Council's decisions will be declared void...

In particular, Articles 14 to 19 of the National Competition Law are devoted to the Powers of Investigation that are in the hands of three prosecutors or commissioners/councilors of the Council, whereas articles 25 and 26, paragraphs 2 and 4 of the National Competition Law are devoted to the drafting of the statement of objections and the treatment of confidentiality for documents seized during an investigation as well as decisions on confidentiality that can be taken by the commissioners/councilors.

In order to understand the separation of functions at the Council, one must look at the structure of the Council itself, and in particular the Board which is made up of four members, namely, one president and

vakia and the United Kingdom. See ECN, Decision-Making Powers Report of 31 October 2012.

⁸ The so-called dualist administrative model. Currently, in the Union there is a variation of this model called judicial model where few NCAs such as Austria, Denmark, Sweden Finland and Ireland have a legal system where the administrative authority, namely the competition authority, investigates the case that brings before a Court or refers it to a prosecutor who brings it to the Court. See ECN, Decision-Making Powers Report of 31 October 2012, pages 6 and 7.

three commissioners/councilors or prosecutors⁹. Indeed, the investigation is normally carried out by one of the three commissioners/councilors and the investigation services of the Council, whereas the final decision is left to the President and two other commissioners/councilors. Exceptionally the President may carry out investigations and that occurs when the Council is responsible for sectorial enquiries¹⁰.

Unlike the Council, the European Commission is at the same time investigator, prosecutor and adjudicator. In particular, the General Direction on competition (hereinafter the “DG COMP”) of the European Commission carries out the investigation, prepares the enforcement decision and then submits it for approval to the Collège of Commissioners. All final decisions including interim measures are reserved to such a Collège, according to the principle of collegiality set out in art. 17, paragraph 6, of the TEU.

Against this background, one may conclude that in Luxembourg undertakings face a neutral competition decision-maker to the extent that it does not combine the functions of prosecutor, litigator and adjudicator at the same time.

5. Decisions rendered without inordinate delays (4th requirement)

The 4th requirement of due process relies on the general statement that “justice delayed is justice denied”. Indeed whenever an individual, be it an undertaking or a person, is the subject of an enforcement action, the specter of investigation and possible litigation will disrupt their life both personally and professionally.

Against this background, NCAs should be required to act as expeditiously as circumstances will allow something which is difficult in practice to apply given the complexity of investigations.

⁹ Art. 7, paragraph 1, of the National Competition Law says that the Council is a collegial Body composed by four effective councilors, namely the President, three councilors, and five substitute councilors. However, the five substitute councilors never carry out investigations and they only sit together with the President as adjudicators in conformity with article 7, paragraph 2, of the National Competition Law.

¹⁰ See Article 30 of the National Competition Law.

In Luxembourg, for instance, the Council's decision of 13 November 2014 where the main Telecommunications operator (The Enterprise of Poste & Telecommunications – hereinafter the “EPT”) was fined up to 2.520.000 € for an abuse practice of exclusionary bundling leading to a restriction of competition in the market of mobile telecommunications services was challenged before the national judge, namely the Administrative Tribunal, for lengthy proceedings.

In the judgement of 21 November 2016 amongst the different reasons for annulment the national judge pointed out that:

c'est à bon droit que l'EPT reproche au Conseil de la concurrence le dépassement du délai raisonnable de la procédure...marquée par des longues périodes de stagnation inexplicables, sans que, par ailleurs, ce retard ne puisse s'expliquer par l'attitude de l'EPT qui aurait omis de répondre aux demandes lui posées dans des délais raisonnables...Cette conclusion ne saurait être nuancée par la complexité de l'affaire, qui est certes indéniable, mais qui ne permet pas d'expliquer les périodes d'inaction depuis le dépôt de la plainte en 2006 jusqu'en 2013, moment de désignation du conseiller désigné¹¹.

Needless to say that the 4th requirement of due process has not been met yet by the Council as the national judge highlighted in its judgement of 21 November 2016.

6. Review by independent tribunals of adverse decisions rendered by the national competition authority (5th requirement)

The 5th and last requirement of due process is essential for undertakings to overcome eventually a negative decision issued by a competition authority. At the same time, undertakings must pretend that competition authorities give a reasoned explanation of their decisions in order to ensure both better decisions in the first place as well as a record upon which a reviewing tribunal can make an informed decision. In other

¹¹ See the decision of the Administrative Tribunal of 21 November 2016, page 14 (35847). On 1st June 2017, the Administrative Supreme Court of Luxembourg upheld the decision of the Administrative Tribunal (38930 C).

words, if one competition authority does explain its reasoning, then the substance of its decision must stand up for scrutiny.

In Luxembourg such a scrutiny has been so far guaranteed to the extent that Council's decisions are submitted to the scrutiny of the Administrative Tribunal as well as the Administrative Supreme Court that, unlike the European judges, enjoy unlimited jurisdiction when it comes to the determination of the fine as well as the constituent elements of the infringement¹².

7. Conclusion

So far, the Council's experience with due process has been largely positive. The right to confront the evidence and the arguments against the undertaking (1st requirement) is well guaranteed as well as the organization of a hearing at the premises of the Council, before a final decision is adopted (2nd requirement).

Also, competition decisions in Luxembourg, be it an infringement decision or a commitments decision, are adopted by an independent and neutral authority, namely, the Council, where the functions of investigator and prosecutor are well separated from that of adjudicator (3rd requirement). The same can be said for review of Council's decisions by an independent Tribunal, namely the Administrative Tribunal (5th requirement). In Luxembourg as I highlighted above, Council's decisions are submitted to a degree of control that may go very far up to covering unlimited jurisdiction.

The only snag concerns Council's decisions rendered with delays (4th requirement) and, in particular, the last Council's decision for which the Council itself was told off by the national judge. If I may say, the Council cannot take responsibility for such a delay as the competi-

¹² In the *Galp* case the European Court of Justice (The Court) pointed out that unlimited jurisdiction "concerns solely the assessment of the fine imposed by the Commission to the exclusion of any alteration of the constituent elements of the infringement lawfully determined by the Commission". See the judgment of the Court of 21 January 2016, *Galp Energia/Commission*, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, points 76 and 77.

tion proceedings took very long because of the inactivity of the Inspection Authority that was responsible for the proceedings in Luxembourg before the legislator had changed in 2012 the institutional design of the Luxembourg competition authority.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)

34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)

35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

