

DIRETTIVA 2014/104/UE. ENFORCEMENT ANTITRUST, NOVITÀ IN TEMA DI RISARCIMENTO DEL DANNO



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC. Su ogni numero affronteremo tematiche legali con particolare attenzione al mondo dell'elettronica. Ulteriori approfondimenti sul sito: www.andec.it. Mentre sulla Web page (www.avvocatoiorio.it) è disponibile la rubrica tradotta in inglese e francese.

1) I "considerando" sono quella serie di affermazioni di principio che in ogni direttiva precede il testo legislativo vero e proprio, organizzato in articoli e commi, anticipandone il contenuto in termini più discorsivi rispetto a questi ultimi.

2) "Gli Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non possano in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie: a) dichiarazioni legate a un programma di clemenza; e b) proposte di transazione", Art. 6 comma 6 della Direttiva.

3) La ratio del generale divieto di accesso di cui al comma 6 è quella di proteggere l'effettività del public enforcement, che in un bilanciamento tra il diritto alla prova della parte e la riservatezza delle informazioni fa prevalere quest'ultima.

La Direttiva 2014/104/UE, adottata il 26 novembre 2014 (cosiddetta "Direttiva enforcement"), che dovrebbe essere recepita in Italia entro il 27 dicembre 2016 (la cui attuazione molto probabilmente slitterà di diversi mesi) persegue lo scopo di realizzare un più efficace coordinamento tra gli ordinamenti nazionali in ambito UE in materia di risarcimento del danno conseguente a condotte vietate dalla normativa antitrust.

Gli ordinamenti nazionali, infatti, **mostrano marcate differenze nel grado di tutela apprestato alle vittime degli illeciti antitrust, con il risultato di determinare distorsioni della concorrenza e di ostacolare il corretto funzionamento del mercato unico.**

Pertanto, la Direttiva Enforcement mira a fare sì che l'applicazione del diritto antitrust da parte rispettivamente delle corti civili e delle autorità antitrust nazionali (di seguito "Autorità Antitrust"), **segua regole coordinate ed efficaci, essendo entrambe le forme di enforcement necessarie per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.**

Infatti, il "considerando" numero 6¹ della Direttiva così dispone: *"per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico [...] e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza"*. In particolare, gli aspetti più importanti del coordinamento perseguito dalla direttiva tra giudici ordinari ed Autorità Antitrust sono i seguenti:

- Divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità al giudice ordinario competente per l'azione di risarcimento del danno (art. 6);
- Effetti delle decisioni di condanna dell'Autorità nel giudizio di risarcimento del danno (art. 9);
- Presunzione circa l'esistenza del danno in caso di cartelli accertati dall'Autorità, (art. 17).

I suddetti tre punti saranno di seguito esaminati.

ACCESSO DEL GIUDICE - MIRATO E LIMITATO - AL FASCICOLO DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

Supponiamo che si sia concluso un procedimento davanti all'Autorità Antitrust a seguito dell'assunzione, da parte del soggetto che aveva violato la correlativa normativa (convenuto), di impegni precisi a rimediare agli effetti della propria pregressa condotta (cosiddetto "programma di clemenza") e

che la parte danneggiata (l'attore) si sia rivolta al giudice ordinario per conseguire il risarcimento dei danni, che in effetti è in tal caso di sua esclusiva competenza. Ebbene, in tal caso la direttiva stabilisce che il giudice nazionale, su istanza dell'attore, **potrà chiedere all'Autorità Antitrust di accedere alla documentazione relativa agli impegni formali assunti dal convenuto nel procedimento conclusosi avanti alla suddetta Autorità**, al fine esclusivo di verificare l'effettiva esistenza di transazioni e assunzioni di impegni: tali documenti sono invece inaccessibili al giudice ordinario per qualsiasi altro scopo (come stabilito dalla Direttiva all'art. 6 comma 6²).³

In altre parole, il giudice può visionare le dichiarazioni e transazioni relative ai programmi di clemenza perfezionati davanti all'Autorità Antitrust e ai relativi impegni assunti dal convenuto, ma solo per accertarsi che si tratti effettivamente di dichiarazioni e/o transazioni così come descritti dalla Direttiva. Nessun altro tipo di utilizzo è consentito nel processo civile.

EFFETTI DELLE DECISIONI DI CONDANNA DELL'AUTORITÀ NEL GIUDIZIO DI RISARCIMENTO DEL DANNO

Un ulteriore profilo di collaborazione tra giudice civile e Autorità antitrust attiene in particolare al valore delle decisioni di condanna dell'Autorità Antitrust nel processo civile di risarcimento del danno, conseguente alla condotta sanzionata in sede amministrativa. **La Direttiva prevede infatti che il giudice nazionale consideri definitivamente accertata una violazione constatata da una decisione dell'Autorità Antitrust o di**

un giudice amministrativo del ricorso che abbia statuito in proposito. Da questa previsione normativa si evince il valore di prova privilegiata che viene riconosciuto alle decisioni di condanna adottate dall'Antitrust. Questo significa che il giudice nazionale, ai fini del risarcimento del danno, non sarà tenuto ad accertare l'esistenza del danno, e potrà soffermarsi sugli altri profili tipici dell'accertamento relativi al rapporto di causalità tra condotta e danno e alla successiva quantificazione di quest'ultimo. Questa previsione è il risultato di una tendenza all'armonizzazione tra giurisdizione civile e amministrativa già sollecitata in precedenza in Italia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in merito alla valenza di prova privilegiata delle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Tale filone giurisprudenziale ha svolto un ruolo importante in un sistema, come quello italiano, il cui punto di partenza era (e per molti aspetti rimane) il principio del "doppio binario", ossia della totale autonomia tra giurisdizione civile e amministrativa⁴.

IN CASO DI CARTELLI ACCERTATI DALL'ANTITRUST, L'ESISTENZA DEL DANNO SI PRESUME

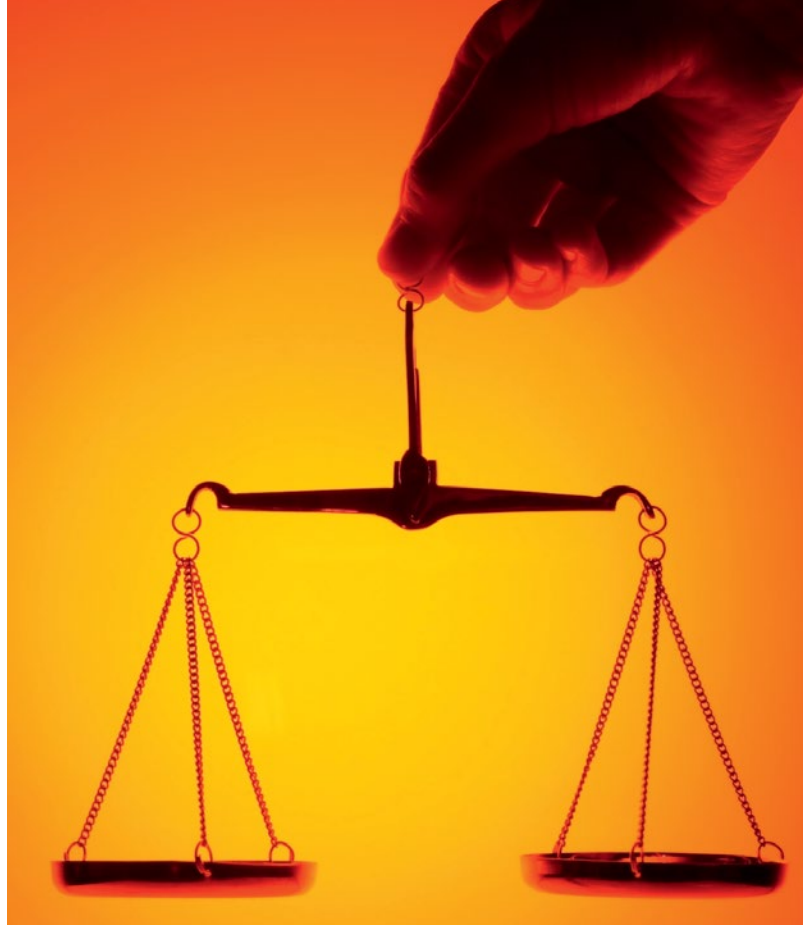
Un altro profilo di novità riguarda i criteri di quantificazione del danno che il giudice ordinario deve osservare.

Viene infatti introdotta una presunzione, salvo prova contraria, che l'esistenza di un "cartello", sia sempre fonte di danno (mentre rimane da provare, da parte del danneggiato, l'ammontare del danno stesso medesimo): *"Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha il diritto di fornire prova contraria a tale presunzione"*⁵

Pertanto, chi ritiene di avere sofferto un danno per l'esistenza di un cartello, non dovrà più dimostrare in sede giudiziale civile che il cartello abbia prodotto effetti dannosi, essendo tale fatto presunto per legge, ma dovrà invece soltanto provare il quanto del danno subito. Ovviamente è fatta salva la prova contraria da parte dell'interessato. Inoltre, in ordine alla quantificazione del danno, la Direttiva afferma che il giudice nazionale ha il potere di stimare equitativamente il danno nel caso in cui il suo accertamento sia di fatto impossibile da quantificare sulla base delle prove disponibili⁶.

CONCLUSIONI

In conclusione, si tratta di misure che nel loro complesso, mirando a rafforzare ed armonizzare l'applicazione del diritto in



tema di risarcimento del danno da illecito antitrust, costituiscono una normativa da tenere ben presente (seppure ad oggi - è bene ricordare - non è stata ancora attuata da una legge nazionale). Ciò, essenzialmente, sia perché le condotte illecite eventualmente accertate dall'Autorità antitrust vengono così ad essere sanzionate con maggiore uniformità ed efficacia anche in sede di azione di risarcimento del danno, sia perché, grazie agli strumenti giuridici predisposti dalla direttiva, sono ampliati gli spazi di condivisione delle prove tra giudice ordinario e Autorità della concorrenza.

Storicamente, infatti, gli atti raccolti dall'AGCM hanno sempre goduto di una segretezza giustificata essenzialmente, in Italia, dalla autonomia delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa), principio quest'ultimo che ancora di recente faceva affermare da alcuni giuristi che *"nel nostro sistema giuridico, infatti, l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, ed il provvedimento assunto dal Garante non è vincolante per il giudice ordinario"*⁷.

4) "In proposito, la giurisprudenza di questa Corte ha parlato di "prova privilegiata", connettendo tuttavia all'espressione non sempre un univoco significato; mentre, infatti, in un caso (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640) si afferma che le parti hanno comunque la possibilità di offrire prove a sostegno dell'accertamento del Garante o ad esso contrarie, in altre pronunzie (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, Cass. 9 maggio 2012, n. 7039) si afferma che all'impresa sanzionata non è consentito "nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede", Cass. n. 11904 del 2014.

5) Art. 17, comma 2 della Direttiva.

6) Il giudice ha "il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'attore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili" (art.17, comma 1).

7) "L'azione di risarcimento dei danni ex art. 33 comma 2, legge n. 287/1990: l'onere probatorio sussistente in capo al consumatore in presenza di intesa restrittiva della concorrenza accertata

dall'Agcm", in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 4, 2015, pag. 1220 – Nota di Filippo di Peio a Cass. n. 11904/2014, in cui di Peio prosegue affermando che "da ciò discende la sempre forte preoccupazione circa la necessità di mantenere inalterato il principio di autonomia tra procedimento amministrativo e processo civile, per non precludere al giudice ordinario il sindacato in ordine al profilo della condotta originaria e non aggirare il limite dell'efficacia dell'accertamento nei confronti di soggetti terzi che non hanno preso parte al procedimento amministrativo, quali appunto i consumatori. La Cassazione, tuttavia, sulla base dei principi di effettività e di unitarietà dell'ordinamento, risolve la questione attraverso la diversa prospettiva della complementarità sussistente tra i due ordini di tutela della concorrenza, consentendo di ritenere rilevante il provvedimento amministrativo nel giudizio civile. In tal senso, afferma la Suprema Corte, occorre considerare che, sebbene sia indubbio che l'azione civile non presupponga il previo intervento del Garante, e che l'eventuale provvedimento del Garante non sia vincolante per il giudice ordinario (neppure avendo superato il vaglio del giudice amministrativo), allo stesso tempo non può negarsi che le due tutele agiscano nello stesso ambito normativo, e per la stessa finalità: tutelare l'interesse giuridicamente protetto alla libera competizione commerciale ed alla riparazione del danno ingiusto".