

ITALIAN CONFERENCE **VI** CONVEGNO NAZIONALE

**AAI**  
ASSOCIAZIONE ANTITRUST  
ITALIANA



**I PRINCIPALI SVILUPPI  
NEL DIRITTO DELLA  
CONCORRENZA DELL'UNIONE  
EUROPEA E NAZIONALE**

---

*MAIN DEVELOPMENTS  
IN EUROPEAN AND ITALIAN  
COMPETITION LAW*

***Decreto n. 3/2017 e normativa sostanziale e processuale ordinaria: un **regime speciale** (e una occasione mancata per ammodernare le norme su azioni di danno per illeciti di massa caratterizzati da asimmetria informativa)?***

Tribunale Milano: «**alleggerimento dell'onere d'allegazione e di prova, dilatazione all'accesso dei mezzi probatori e affievolimento degli standard probatori a favore del danneggiato**» in nome dell'effettività della tutela alla luce dell'asimmetria informativa tra danneggiante e danneggiato (Direttiva 104 e Cass. n. 11654/2015).

**COME?**

- ***Categorie di prova - Accesso alla prova - Tutela confidenzialità***
- ***Sanzioni per mancata disclosure***
- ***Decorrenza prescrizione***
- ***Vincolatività decisioni amministrative di public enforcement***
- ***Criteri quantificazione del danno (presunzione danno e valutazione equitativa)***
- ***Competenza giurisdizionale concentrata***

***NB Giurisprudenza sulla CTU in materia di danni antitrust.***

**Categorie di prova - Accesso - Tutela della riservatezza dei dati**

**Decreto n. 3/2017** introduce la possibilità che il giudice ordini:

- ▶ l'esibizione di intere **categorie** di prove pertinenti (*disclosure*)
- ▶ **misure** dirette a mantenere riservati i documenti **oggetto dell'ordine di esibizione del giudice**

**NB lista grigia** (utilizzabili solo dopo la chiusura del procedimento antitrust), **lista nera** (non utilizzabili), **lista bianca** (utilizzabili in qualsiasi momento, ma solo dalla parte che l'ha ottenuta o dal suo successore nel diritto).

Superato (per scelta della Commissione con la Direttiva 104) il tema del «**bilanciamento**», lasciato al giudice dalla precedente giurisprudenza comunitaria, tra esigenze del *public enforcement* (tutela delle *leniency applications*) e del *private enforcement* (favorire il secondo *pillar* dell'*enforcement antitrust*).

**Art. 3, comma 4** del Decreto: facoltà per il giudice di accompagnare l'ordine di esibizione a «**specifiche misure di tutela**», tra cui l'obbligo del segreto, l'oscuramento di parti riservate del documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione degli atti esibiti e il conferimento ad esperti dell'incarico di rielaborare i contenuti rivelati in forma sintetica o aggregata.

**Commi 5 e 6** prevedono pure il **diritto della controparte e del terzo ad essere sentiti** prima dell'adozione dell'ordine di esibizione e la riservatezza delle comunicazioni degli avvocati con i propri clienti.

## Tutela della riservatezza dei dati

**Diritto riconosciuto da normativa sovranazionale primaria e strumenti di *soft law*:**

- **art. 5, par. 4 della Direttiva n. 104/2014**, recepito **dall'art. 3, comma 4 del Decreto n. 3/2017**
- **Direttiva n. 2016/943** recepita dal **d.lgs. n. 63/2018** che detta la **disciplina in materia di know how e segreti commerciali**: il Tribunale di Milano ha ritenuto *«sussistenti le esigenze di confidenzialità non solo nelle cause in cui l'oggetto principale del contendere sia il know-how ben potendo tali profili sorgere anche nell'ambito di cause aventi oggetto principale diverso»*
- **Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE (2020)**

## Tutela della riservatezza dei dati

**Soggiacciono allo stesso regime e si possono mantenere riservati anche i documenti depositati spontaneamente dalle parti?**

Secondo l'orientamento consolidato del Tribunale di Milano (a seguito di istanze di riservatezza presentate da parti del procedimento risarcitorio, quindi non necessariamente riferite a ordine di esibizione), il Giudice:

- **valuta la sussistenza dei presupposti** per applicare la tutela rafforzata dei dati riservati;
- **individua le modalità di accesso delle parti alle informazioni riservate**, in relazione alla specificità del caso e del tipo di informazione (adottando, ad esempio, quali modalità precauzionali: i procedimenti a porte chiuse, l'accesso alle informazioni ad un numero limitato di soggetti, il deposito dei documenti in busta chiusa/su supporto digitale con relative credenziali di accesso, ecc);
- **individua le modalità per consentire alle altre parti di integrare**, a seguito dell'accesso differito alle informazioni riservate, **le rispettive difese** in punto sia di allegazione sia di prova (in aggiunta allo scambio codicistico di memorie istruttorie). NB Cosa succederà dopo le **modifiche procedurali e relative preclusioni processuali** previste della riforma Cartabia?

**Obiettivo:** tutelare le dinamiche concorrenziali orizzontali (se informazioni confidenziali divulgate nel processo venissero a conoscenza dei concorrenti) o evitare che tali informazioni siano trasmesse a altri potenziali danneggiati per utilizzo in altre azioni di danno?

## Prescrizione

**Art. 8 Decreto n. 3/2017: casi stand alone** - diritto al risarcimento del danno si prescrive in **5 anni** → termine decorre dal momento della cessazione della violazione **E** dal momento in cui l'attore ne sia a conoscenza (come disciplina previgente, «**esteriorizzazione del danno**»).

**(Diversamente da disciplina previgente** - art. 2947 e 2935 c.c.): ORA nei casi *follow on* è prevista la sospensione della prescrizione in caso di avvio da parte dell'AGCM o della Commissione o altra autorità nazionale di un procedimento relativo alla violazione oggetto dell'azione di risarcimento → un anno dal momento in cui la decisione è divenuta definitiva

► NB 2 diversi termini prescrizionali per *casi follow-on e stand alone*! Decorrenza per **consumatori** e **operatori professionali** **nello stesso mercato uguale** nei casi *follow on* e **diversificata** nei casi *stand alone* (Cassazione: ante Decreto decorrenza differenziata a causa del momento percettivo presunto!)

► Rischio per le imprese di essere chiamate a risarcire danni antitrust molti anni dopo la commissione del fatto e la decisione amministrativa definitiva (post contenzioso giudiziale amministrativo, quindi tempo giudizi Tar e Consiglio di Stato + 6 anni).

## Prescrizione

Art. 8 non è norma di **applicazione retroattiva**, in quanto ha **natura sostanziale** (non inclusa nell'elenco delle disposizioni procedurali dell'art. 19 del Decreto), confermato da **Cassazione n. 5381/2020**.

Art. 22.1 della Direttiva 104 stabilisce espressamente che le norme nazionali di attuazione non possono avere effetto retroattivo. La irretroattività è anche stabilita dall'art. 11 delle Preleggi.

MA cosa accade nel caso di una azione di danni per un **cartello iniziato prima del 03.02.2017** (data di entrata in vigore del Decreto), protrattosi per diversi anni e sanzionato con procedimento avviato e provvedimento adottato dopo il 03.02.2017?

E' rilevante la data di avvio o chiusura del procedimento (come percezione/esteriorizzazione del danno)? Quella di cessazione sostanziale del cartello in quanto illecito permanente? O semplicemente quella di entrata in vigore del Decreto?

## Effetto vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust

**Effetto vincolante** in sede risarcitoria delle decisioni AGCM (non più solo «**prova privilegiata**» contro cui era ammessa prova contraria), purchè non più soggette ad impugnazione, o delle relative sentenze amministrative passate in giudicato → solo *an* («*portata materiale, personale, temporale e territoriale*»), restano da provare nesso causale e danno: vantaggio notevole per le azioni *follow on*

**Sindacato giudice amministrativo** → si estende anche ai profili tecnici che non presentino un oggettivo margine di opinabilità (CEDU sentenze *Grande Stevens* e *Menarini*; Corte di Giustizia sentenza *Galp*; Corte di Cassazione n. 1013/2014, caso *Acea-Suez*; Consiglio di Stato n. 2479/2015, caso A428). ORA art. 7 Decreto: revisione piena delle basi fattuali della decisione amministrativa.

**NB IL problema dell'assetto costituzionale dei poteri. La Relazione illustrativa del Decreto** spiega che l'effetto vincolante è compatibile con i principi costituzionali (art. 101 comma 2) perchè si tratta solo di **una limitazione del diritto processuale del convenuto di fornire evidenza contraria circa l'esistenza dell'illecito** che comunque ha il diritto pieno di utilizzare davanti all'AGCM o nel contenzioso davanti ai giudici amministrativi in sede di impugnazione della decisione amministrativa (giudici che devono quindi avere pieni poteri di revisione anche fattuale della stessa).

Vincolatività già prevista per le decisioni della Commissione europea dal Regolamento 1/2003 e basata sul principio di “**leale cooperazione**” tra Commissione e giudici, quindi sulla sostanziale autolimitazione dell'estensione del potere giurisdizionale pieno, non già su una norma cogente “perfetta” in quanto dotata di autonomia.

## Effetto vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust

**Effetto vincolante** anche in caso di provvedimento divenuto definitivo senza un procedimento di cognizione piena da parte dell'autorità antitrust (*settlement* comunitario, domani forse nazionale) e/o di un controllo pieno ed intrinseco da parte del giudice amministrativo (ad esempio per giustificata mancata impugnazione)?

La **Relazione** specifica che il giudice del risarcimento non è soggetto alla decisione AGCM divenuta definitiva a seguito della scadenza del termine per impugnare qualora lo stesso ritenga **irrimediabilmente viziato** il provvedimento dell'Autorità. Cosa significa e quali sono i casi concreti?

Potenziale conflitto tra Direttiva 104 e (interpretazione autentica del) Decreto 3/2017?

La limitazione di fornire prova contraria è una violazione dei diritti costituzionali fondamentali del convenuto causata da prescrizioni sovranazionali difformi tale da violare i controlimiti della Carta, anche alla luce della natura analoga a quella penale delle sanzioni antitrust (v. sentenze Taricco)?