

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*

*La Direttiva Danni ed il Decreto attuativo:
alcuni entusiasmi mal riposti*

AVV. ENRICO ADRIANO RAFFAELLI

RUCELLAI & RAFFAELLI
STUDIO LEGALE

1. Il *private antitrust enforcement* nell'UE: quali obiettivi? - I

Mario Monti, Commissario europeo per la Concorrenza, 2004:

*“Increased private action would further develop a culture of competition amongst market participants, including consumers, and raise awareness of the competition rules, and ... **Private litigants may take action against infringements which the Commission and the national competition authorities would not pursue, or do not have sufficient resources to deal with**”.*

- Tuttavia, negli anni si è perso l'intento di valorizzare realmente il *private enforcement*.
- **Principale finalità della Direttiva Danni** → **non pregiudicare il *public enforcement*** e uniformare alcune norme per evitare rischi di alterazione della concorrenza tra Stato e Stato e di *forum shopping*.

1. Il *private antitrust enforcement* nell'UE: quali obiettivi? - II

L'intento di **non pregiudicare il *public enforcement*** risulta da varie previsioni della Direttiva Danni, ad es.:

- nel valutare la proporzionalità di un ordine di divulgazione di informazioni contenute nel fascicolo di una ANC, i Giudici nazionali devono considerare, tra l'altro, “*se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza*” (art. 6, par. 4, lett. c), della Direttiva);
- con riferimento alla divulgazione delle prove contenute nel fascicolo di una ANC, è prevista una **protezione assoluta** per le “*dichiarazioni legate ad un **programma di clemenza***” (art. 6, par. 6, della Direttiva).

1. Il *private antitrust enforcement* nell'UE: quali obiettivi? - III

- Nell'ambito dell'Unione europea, l'*enforcement* del diritto antitrust è **saldamente nelle mani della Commissione europea e delle ANC.**
- Al rafforzamento del *public enforcement* è stato dedicato un recente intervento *ad hoc* del legislatore europeo → Direttiva (UE) 2019/1 (c.d. *Direttiva ECN+*).
- La **Direttiva Danni non rilancia** il *private enforcement* quale reale **alternativa** al *public enforcement* e **favorisce** soprattutto le **azioni follow-on.**



- **Totale assenza** di previsioni specificamente dedicate alle **azioni stand-alone.**

2. L'applicazione della Direttiva e del Decreto: profili problematici - I

- È **indispensabile** che gli attori **dimostrino** (anche nelle azioni *follow-on*) la sussistenza del **nesso di causalità** e del **danno** (le presunzioni previste da Direttiva e Decreto non possono essere invocate al di fuori del loro ambito di applicazione).
- **Impossibilità** di procedere ad una **valutazione equitativa del danno**, per mancanza dei presupposti richiesti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.
- Discutibile tendenza a richiamare **pronunce rese da altri Giudici** (anche **in altri Stati membri**) **senza tenere conto** del relativo contesto.
- Importanza di valutare **caso per caso** le **specificità** di ogni singola causa, sotto il profilo sia fattuale che giuridico.

2. L'applicazione della Direttiva e del Decreto: profili problematici - II

- Per quanto riguarda in particolare le azioni *stand-alone*, la **giurisprudenza *Cargest*** (Cass., 4 giugno 2015, n. 11564) si scontra con i problemi pratici che emergono nei giudizi di merito.
- **Difficoltà**, per il giudice di merito, di **colmare** con i propri poteri istruttori le frequenti **lacune probatorie** da parte degli attori.
 - Es. Tribunale di Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa “A”, 13 Aprile 2016, ***Arslogica Sistemi / IBM Italia*** → il Collegio sarebbe stato costretto ad individuare **in maniera autonoma** il **mercato rilevante**. Il Tribunale ha affermato: “*Tale operazione esorbiterebbe in maniera evidente dai pur ampi poteri officiosi riconosciuti dalla giurisprudenza [Cargest]*”.

3. La concentrazione della competenza - I

- La scelta del legislatore italiano di concentrare la competenza in materia di *private antitrust enforcement* sulle **Sezioni specializzate** di **tre Fori** (Milano, Roma e Napoli) è sicuramente molto **opportuna**.
- **Tuttavia**, si registrano comunque **significative** (e problematiche) **divergenze di approccio** tra i diversi Tribunali competenti.
 1. Es. **chiamata in causa di terzi** nei casi in cui i prodotti per cui è causa siano riconducibili ad una **pluralità di imprese** coinvolte in un'infrazione del diritto antitrust e presentino specifiche **peculiarità** → in alcune sedi, se è convenuta una sola impresa sulla base della solidarietà passiva, la relativa istanza viene **accolta**, al fine di garantire il **diritto alla difesa** dell'impresa convenuta e per ragioni di **economia processuale** // in altre sedi viene invece sistematicamente **respinta**.

3. La concentrazione della competenza - II


2. Es. **procedimento ex art. 696 bis c.p.c.** (“*Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*”) → **non** pare **condivisibile** l’utilizzo di tale procedimento nei casi di risarcimento danni da illecito antitrust.

Cfr. Tribunale di Milano, Sez. Specializzata in Materia di Impresa “A”, ord. 10 maggio 2019 → le questioni controverse devono essere affrontate nel pieno sviluppo del **contraddittorio tra le parti** (giudizio ordinario di merito).

3. Es. **tentativi di conciliazione** → **non** appare **condivisibile** la scelta di proporre alle parti una **proposta conciliativa** ai sensi dell’art. 185 *bis* c.p.c.

Il fatto che tra i presupposti di tale strumento processuale vi sia l’ “*esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto*” si scontra con l’intrinseca **complessità** del contenzioso risarcitorio antitrust.

4. La moltiplicazione delle conseguenze negative per le imprese

- *Public e private enforcement* del diritto antitrust nell'UE → “**doppio binario**”, **non soddisfacente**: sono favorite essenzialmente le azioni *follow-on* ed il *private enforcement* **non** è (più) concepito quale **reale alternativa** al *public enforcement*.
- 
- Conseguenze fortemente **negative** per le **imprese** → **si sommano**:
 - **sanzioni** anche molto elevate (*public enforcement*)
 - **azioni risarcitorie** (*private enforcement*)
 - La stessa **Direttiva Danni** considera il problema all'**art. 20** (“*Riesame*”), **MA** la Commissione europea, nella Relazione presentata il 14.12.2020 ai sensi dell'art. 20 della Direttiva, **non ha affrontato la questione**, affermando che “*sufficient evidence to carry out a meaningful evaluation of the Damages Directive is not yet available*”.