

ANNO XVIII - Bari, giugno 2017

ISSN 1825-6112

sud in europa

DIPARTIMENTO DI
SCIENZE POLITICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI BARI ALDO MORO

www.sudineuropa.net
info@sudineuropa.net



La scommessa vincente della **PACE IN EUROPA**

L'editoriale di ENNIO TRIGGIANI

In un mondo attraversato da mille dubbi sui contorni del proprio futuro e nel pericoloso vuoto di istituzioni internazionali veramente efficaci, l'Unione europea, pur nelle sue mille contraddizioni, resta il progetto e l'alleanza politica più innovativa della storia. Lo testimoniano i 70 anni di pace e, quindi, di sviluppo che la caratterizzano; il valore della "pace" è, pertanto, nel DNA della nostra Europa ed è rafforzato dal grande catalogo di diritti fondamentali, che ne costituisce la carta d'identità, a partire da quello alla vita. Esso viene salvaguardato non solo dall'assenza di guerra ma anche dall'abolizione, dovunque, della pena di morte. Per cui appare abbastanza singolare che un impulso rilevante a doverci ricordare la grandiosità di questo progetto debba provenire, anche se in maniera del tutto involontaria, da un Presidente degli Stati Uniti. Infatti, i ripetuti "schiaffi" inferti ai troppo spesso tremebondi Stati del nostro vecchio continente stanno forse

resuscitando in essi un sentimento di dignità che potrebbe indurli a recuperare la voglia di riprendere con nuova determinazione il cammino comune. Solo così può essere fermata l'emergente voglia di ritorno al protezionismo nazionale dimenticando che "se le merci non attraversano i confini sono poi gli eserciti a farlo!" (Frédéric Bastiat). Si auspica un rinchiudersi nei confini nazionali per riacquistare sicurezza; non si comprende che ci si caccia in una trappola che potrebbe decretare il "suicidio" dei nostri Paesi. In realtà, l'identità europea non è un'invenzione propagandistica di illusi federalisti o qualcosa tuttora indecifrabile. Si tratta, invece, di un percorso culturale e politico fondato su alcuni aspetti ben precisi e consolidati. Uno di questi, oltre al collante dei diritti fondamentali, è dato dalla battaglia per salvare, pur con enormi ritardi, il clima difendendo gli accordi di Parigi del dicembre 2015 (COP21) dalla sconsiderata scelta del Presidente Trump di ritirarsi dagli stessi.



Presidenza del Consiglio
Regione Puglia



Comune di Bari



Centro di Documentazione
Europea di Bari

Cofinanziato dall'UE



Le azioni di risarcimento del danno per **ILLECITO ANTITRUST** in Italia: il decreto legislativo 3/2017

di ANGELA MARIA ROMITO

Merita un (seppur breve) commento la norma di recepimento della direttiva (UE) 2014/104 del 26 novembre 2014 (pubblicata in GUUE L 349 del 5 dicembre 2014) il cui termine di attuazione è scaduto a fine dicembre 2016: si tratta del recentissimo decreto legislativo n. 3/2017 (pubblicato in GURI n. 15, del 19 gennaio 2017).

Entrato in vigore lo scorso 3 febbraio, il provvedimento di legge nazionale porta a termine un percorso legislativo lungo e dibattuto che si è snodato dapprima attraverso il Libro Verde del 2015 ed il Libro Bianco del 2008 sulle azioni risarcitorie per danno *antitrust*, poi nella articolata disciplina di armonizzazione della direttiva 2014/104 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'UE.

La norma di fonte europea è stata oggetto di numerosi commenti ed i rilevanti problemi interpretativi che essa propo-

ne sono stati in più sedi segnalati dalla dottrina più attenta; la norma di recepimento italiana, invece, seppur accolta con favore, è in attesa di dar prova di sé. Utile appare in questo spazio riprendere brevemente le fila degli obiettivi che la direttiva intende perseguire e della *ratio* sottesa alla sua approvazione, per poi analizzare alcune questioni riferite alla sua attuazione nel nostro ordinamento.

La direttiva nasce sul presupposto della diretta applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (considerate norme di ordine pubblico): esse sono cioè norme invocabili in giudizio dai singoli, tutelano le posizioni giuridiche soggettive, sicché chiunque si consideri leso dalla violazione delle norme in tema di concorrenza potrà agire dinanzi il giudice nazionale invocando la tutela risarcitoria. Obiettivo primario della norma derivata è, dunque, armonizzare alcuni aspetti processuali e sostanziali relativi alle azioni risarcitorie.

Tre sono in sintesi i motivi che hanno spinto l'Unione europea ad intervenire

nel settore, tutti indicati nei 'considerando': innanzitutto l'esigenza di tutela del mercato interno, evitando fenomeni di *forum shopping* riferite a tali tipi di azioni giudiziarie (in considerazione della mancata armonizzazione dei criteri per la quantificazione del danno, in osservanza del principio dell'autonomia procedurale); in secondo luogo, in virtù del principio della tutela giurisdizionale effettiva (*ex* articoli 19 TFUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), si è ritenuto doveroso facilitare l'accesso anche all'azione risarcitoria per fattispecie governate dal diritto europeo (ma anche statale) della concorrenza. Infine, la terza ragione che giustifica l'intervento normativo europeo, come risulta dai 5° e 6° 'considerando', è quella di colmare il *gap* tra il *public* e il *private antitrust enforcement*: creando maggiore coordinamento tra le due branche in cui si sostanzia il sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali si potrà assicurare la massima efficacia delle norme in tema di concorrenza. Tutto ciò



APPROFONDIMENTI



CONCORRENZA

giustifica il fatto che la direttiva sia stata adottata su una doppia base giuridica: rispettivamente gli articoli 103 TFUE e 114 TFUE.

La direttiva (e di conseguenza anche il decreto di attuazione) trova applicazione con riferimento alle azioni di risarcimento cosiddette *follow on* (che seguono cioè la decisione di accertamento della violazione da parte della autorità *antitrust*) e *stand alone* (proposte in assenza di una previa decisione *antitrust*). Invero, nella prassi le azioni risarcitorie proposte in assenza di un preventivo accertamento favorevole da parte delle autorità garanti della concorrenza sono molto rare, sicché, sebbene con qualche perplessità, non appare errato considerare che la applicazione della direttiva crea una sorta di pregiudizialità di fatto del *public enforcement* rispetto al *private*.

Passando alla disamina dei 20 articoli del decreto di recepimento occorre innanzitutto rimarcare la sua sostanziale conformità alla norma sovranazionale, seppur vi siano alcuni elementi di originalità.

Innanzitutto, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia (causa 127/73, *BRT/SABAM*, causa C-453/99, *Courage* e cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*), la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno *antitrust* è molto ampia: potranno infatti proporre l'azione giudiziaria tutte le persone, fisiche giuridiche, professionisti o consumatori finali (questi ultimi anche dopo aver esperito un'azione collettiva ex art. 140-bis codice del consumo), indipendentemente dal fatto che siano acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione del diritto della concorrenza. Il danno risarcibile, così come desumibile dalle regole generali dell'ordinamento UE, comprenderà il lucro cessante, il danno emergente e gli interessi, senza che sia possibile liquidare i c.d. danni punitivi (art. 1); i criteri per la liquidazione del danno sono quelli determinati dagli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c. (art. 14). Il rimando alle disposizioni interne consente quindi al giudice di liquidarlo in modo equitativo, in mancanza di una piena prova dell'ammontare del danno subito, e altresì di quantificarlo in un importo inferiore rispetto a quello dimostrato dalla parte ricorrente, nel caso di concorso colposo del danneggiato nella fattispecie illecita.

Tre le novità più interessanti per il nostro ordinamento (in aderenza a quanto già indicato nella direttiva) vi è la possibilità per il giudice di avvalersi dell'ausilio qualificato della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), attraverso la formulazione di quesiti specifici: si tratta di un aiuto di non poco conto considerate le specificità del contenzioso *de quo* che necessariamente richiede una analisi fattuale ed economica spesso molto complessa.

Il regime probatorio previsto dal decreto è parimenti molto interessante, attesa la frequente inaccessibilità e occultamento di prove determinanti in possesso del convenuto. La necessità di ricomporre la asimmetria informativa che normalmente sconta chiunque (sia esso impresa, consumatore, autorità pubblica) subisca un danno derivante da un illecito concorrenziale ha spinto ad introdurre un regime di prova più ampio di quanto previsto dal nostro art. 210 c.p.c.: senza giungere ad un *discovery order* (tipico dei Paesi di anglosassoni), che avrebbe consentito una completa *disclosure* delle informazioni e dei documenti essenziali a fondare la domanda risarcitoria, il giudice italiano potrà emettere nei confronti delle parti o di terzi un ordine di esibizione delle prove sulla base di un'istanza che consenta di individuare in modo specifico e circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prova oggetto della richiesta. La c.d. "pregiudizialità del *public enforcement* rispetto al *private*" rileva nell'art. 4 del d.lgs. a norma del quale il giudice potrà ordinare l'esibizione di prove raccolte nel fascicolo di un procedimento dinanzi alla AGCM, qualora né le parti né i terzi siano ragionevolmente in grado di procurarsi in altro modo le medesime informazioni. Vigé anche in questo caso il principio di "proporzionalità" che presiede all'esibizione ex art. 3. Vale la pena segnalare che ai fini processuali

più vantaggiosa è la posizione dell'attore che in sede civile agisca per il risarcimento del danno derivante da un'intesa di cartello: vige in questo caso la presunzione dell'esistenza del danno, sicché dovrà provare soltanto il *quantum* del pregiudizio subito (art. 14, co.2 d.lgs.). Resta salvo il principio del c.d. *legal privilege*, principio giuridico generale avente il rango di diritto fondamentale, che garantisce tutela del segreto professionale dell'avvocato (si veda *ex multis* la sentenza della Corte di giustizia, causa C- 550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e altri c. Commissione*): non saranno cioè divulgabili informazioni contenute nella corrispondenza tra avvocati indipendenti iscritti all'albo professionale legati al cliente in forza di uno specifico mandato (ma non la corrispondenza degli avvocati dell'ufficio legale interno alla impresa).

Il cuore della intera disciplina è nell'art. 7 del decreto riferito all'efficacia probatoria nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza. La norma, che riprende l'art. 9 della direttiva, desta qualche perplessità, non solo perché rafforza una sorta di rapporto gerarchico tra l'accertamento di stampo amministrativo rispetto a quello giurisdizionale, ma anche perché attribuisce diverso "peso" nei giudizi civili alle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza dei diversi Paesi UE. Ed infatti, una decisione amministrativa della nostra AGCM che accerti la violazione delle norme *antitrust* – se sia intervenuta all'esito di un giudizio caratterizzata dal sindacato giurisdizionale "pieno" e se sia passata in giudicato, per il decorso dei termini di impugnazione o all'esito del giudizio d'impugnazione – non ha valore di "prova privilegiata" (così come invece indicato dal un consolidato orientamento della nostra Cassazione), ma risulterà vincolante in sede giurisdizionale circa la natura della violazione, la portata materiale, personale, temporale e territoriale; al libero apprezzamento del giudice sarà rimessa la valutazione circa il nesso eziologico, l'esistenza del danno e la sua quantificazione. Stando così le cose, il diritto di difesa del convenuto nelle azioni di *follow on* risulta notevolmente compresso, non potendo questi fornire alcuna prova contraria dell'illecito (oramai inconfutabilmente accertato in sede amministrativa), ma potendo solo contestare l'esistenza del nesso di causalità tra questo e il preteso danno subito dall'attore.

Secondo una diversa (e criticabile) gradazione, ai sensi dell'art. 7, co. 2, la decisione definitiva di una Autorità *antitrust* di altro Paese membro che abbia accertato la violazione del diritto della concorrenza costituisce prova *prima facie* della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale che dovrà essere valutata dal giudice italiano insieme ad altre prove. Il decreto (così come la direttiva) contempla un diverso regime giuridico tra i provvedimenti resi all'esito del giudizio amministrativo interno e quelli celebrati in altri Paesi dell'UE. Il perché di tale differenza non è del tutto chiaro, atteso che in senso contrario militano un generale principio di mutuo riconoscimento dei provvedimenti resi nell'ambito dell'UE e una sostanziale equiparazione "del valore" delle autorità di concorrenza in seno all'*European Competition Network* (ECN), oltre che una parimenti condivisa responsabilità nella corretta attuazione delle norme sulla concorrenza.

In modo sintetico merita di essere menzionato anche il capo VI del decreto (articoli 15 e 16), che fa salva la possibilità per le parti di giungere ad una soluzione consensuale della controversia, tramite la sospensione per massimo due anni del giudizio risarcitorio.

La nuova disciplina indicata dal decreto in parte si applica anche ai giudizi promossi dopo il 26 dicembre 2014 ed ancora pendenti (le disposizioni contenute negli articoli 3, 4, 5 e 15, co. 2).

Un ultimo dato da segnalare riguarda la modifica delle competenze delle sezioni specializzate in materia di impresa: la trattazione delle controversie per il danno *antitrust* sarà concentrata in tre uffici giudiziari con sede a Milano, Roma e Napoli, così come indicato dalla legge n. 114/2015.