

FILIPPO GHERSINI

Accesso alla prova e *private enforcement*: prospettive di sviluppo alla luce della sentenza Cargest

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La sentenza *Cargest* – 3. Il *private enforcement* in Europa: un percorso a ostacoli – 4. I due lati dell’Atlantico: due sviluppi paralleli – 5. *Public vs. Private*: i due lati dell’*enforcement* – 6. Funzioni del *private enforcement*: una prospettiva di politica della concorrenza – 7. La direttiva 2014/104: un difficile compromesso – 8. La *discovery* e il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza *Cargest* – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente *paper* intende analizzare brevemente il modo in cui la recente sentenza *Cargest* della Corte di Cassazione si inserisce nel complesso quadro del *private enforcement* del diritto della concorrenza,¹ anche alla luce del recente intervento del legislatore europeo e con particolare riferimento all’accesso alla prova e al rapporto con l’*enforcement* svolto dalla pubblica Autorità.²

A tal fine, premesso un breve riepilogo dei fatti di causa, si delinea una breve panoramica dell’evoluzione del *private enforcement* del diritto della concorrenza nell’Unione Europea, rilevandone talune somiglianze e differenze con il sistema statunitense, per procedere ad analizzarne funzioni e rapporto con il *public enforcement*: questo rapporto costituirà la chiave di lettura con cui commentare la citata Direttiva e trarre – da ultimo – alcune conclusioni circa il ruolo che la sentenza in commento potrebbe giocare in un siffatto quadro.

2. La sentenza Cargest

La Suprema Corte si è – relativamente – recentemente pronunciata sul tema dell’onere della prova nelle azioni per risarcimento del danno da

1 Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 4 giugno 2015, n. 11564, *in re Comi S.r.l. + 51 c. Cargest S.r.l.*

2 Il riferimento è alla Direttiva 104/2014/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. *Infra*, se non diversamente indicato, *breviter* anche solo la “Direttiva”.

illecito *antitrust*, con una sentenza che è divenuta nota con il nome del convenuto soccombente, la società Cargest.

La vicenda processuale prendeva le mosse da un'azione (c.d. *stand alone*),³ promossa da cinquantadue operatori del mercato ittico e ortofrutticolo di Guidonia nei confronti della Cargest S.r.l., gestrice in via esclusiva del mercato stesso.⁴ Gli esercenti, convenendo in giudizio la società, affermavano che la stessa avrebbe detenuto di una posizione dominante nel mercato della gestione del complesso, e che ne avrebbe abusato imponendo ai grossisti condizioni contrattuali vessatorie e discriminatorie – delle quali si chiedeva al giudice di accertare la nullità, unitamente ai regolamenti allegati ai contratti di locazione. In particolare, i ricorrenti partivano dall'assunto che il mercato geografico rilevante in questione fosse limitato alla città di Roma.

La Corte d'Appello di Roma rigettava però la prospettazione degli attori,⁵ motivando la decisione con la mancata dimostrazione da parte di questi ultimi della delimitazione geografica del mercato rilevante, con particolare riferimento all'esclusione da quest'ultimo degli altri mercati ortofrutticoli del Lazio.

I grossisti proponevano allora ricorso per Cassazione: la Suprema Corte accoglieva l'impugnativa, ritenendo carente la motivazione della gravata sentenza in ordine all'insufficiente assolvimento, da parte degli attori, dell'*onus probandi* in ordine all'esistenza di un mercato rilevante in cui sarebbe maturato l'abuso dedotto in giudizio. Nelle parole dei giudici di legittimità, *...la negativa decisione finale non è stata giustificata in modo razionale e intelligibile, essendo mancata una opportuna delimitazione del*

3 Il termine è invalso nell'uso per riferirsi alle azioni che prescindano dal previo accertamento da parte dell'Autorità della concorrenza della condotta asseritamente anticoncorrenziale da cui trarrebbero origine i danni di cui si chiede il risarcimento al giudice. Le azioni che invece prendono le mosse a valle dell'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità amministrativa prendono il nome di *follow-on*. Per una riflessione sulle azioni *stand-alone* e *follow-on* in un'ottica di illecito civile si veda L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012, in particolare ai capitoli 1 e 2.

4 Si tratta del principale mercato ortofrutticolo all'ingrosso del Lazio, che in particolare serve il fabbisogno della città di Roma.

5 App. Roma, sentenza n. 991/2010, depositata l'8 marzo 2010.

"mercato rilevante" in concreto, cioè in funzione della specifica ipotesi di abuso denunciata..."

In particolare, i giudici di legittimità ritenevano che *"...la Corte di merito, senza svolgere un'attività istruttoria, ha fatto meccanica applicazione del principio generale dell'onere della prova nell'ambito di una private antitrust litigation non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato [...] senza valutare l'opportunità di attivare i [propri] poteri istruttori anche d'ufficio..."*. L'attività istruttoria in questione è, appunto, quella in ordine all'accertamento e alla delimitazione del mercato rilevante.

Nel motivare la propria decisione, la Suprema Corte – e questo è il punto focale della decisione, ai fini della presente analisi – ha dato rilievo alle peculiarità dell'azione di risarcimento da illecito anticoncorrenziale, e in particolare alla già citata, e molto discussa, azione *stand-alone*. Peculiarità che, nelle parole della sentenza in commento, i giudici del merito avevano invece mancato di cogliere, non avvalendosi dei propri poteri istruttori d'ufficio.⁶ Come si vedrà più oltre, tale peculiarità consiste proprio nelle particolari difficoltà in termini probatori e di allegazione cui vanno incontro gli attori che intendono domandare al giudice il risarcimento di danni subiti in seguito a illeciti anticoncorrenziali.

Ad avviso dei giudici di Cassazione, gli omologhi del grado di appello meglio si sarebbero regolati interpretando estensivamente *"...gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito [...] per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata..."*.⁷

⁶ *"...giudici di merito, i quali [...] hanno deciso la causa [...] senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia."*

⁷ Il riferimento è all'esibizione di documenti, alla richiesta di informazioni alla P.A., e alla consulenza tecnica d'ufficio, disciplinate rispettivamente agli artt. 210, 213, 218 c.p.c. In ordine alla richiesta di informazioni, la sentenza fa anche riferimento all'art. 15 del Regolamento (CE) 1/2003 sull'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

L'influenza e il grado di innovazione di un tale orientamento verranno discussi più oltre nel presente elaborato; ciò che pare ora più opportuno mettere in rilievo è che, così giudicando, la Suprema Corte si è inserita nel solco segnato dalla recente Direttiva – cui si accennava *supra*.

3. *Il private enforcement in Europa: un percorso a ostacoli*

Giova probabilmente, a questo punto, dedicare una breve panoramica alla evoluzione del *private enforcement* – globalmente, in Europa, e in Italia – e in particolare ai rapporti tra di esso e il suo equivalente pubblicistico:⁸ ciò consentirà di inquadrare la Direttiva appena citata in un più ampio contesto, così da poter meglio valutare l'impatto che la sentenza in commento potrà avere nella pratica.

È stato evidente, sin dagli albori del diritto della concorrenza in Europa, come l'applicazione delle norme di diritto della concorrenza non potesse essere affidata unicamente alle istituzioni (allora) comunitarie. Fattori quali la diversità delle questioni sorgenti in diverse aree d'Europa – in un mercato allora ben lungi dall'armonizzazione – e le risorse limitate a disposizione della Commissione, e non ultimo il mero dato numerico dei casi, suggerivano il coinvolgimento di altri soggetti.

E questi soggetti furono – come non era difficile prevedere – gli Stati membri. La Commissione aveva, muovendo i propri primi passi, da subito incoraggiato i tribunali degli Stati membri a ricevere amichevolmente azioni di risarcimento del danno *antitrust*, nella speranza che il fardello del *public enforcement* venisse alleggerito dal ricorso all'iniziativa processuale privata, come già era successo negli Stati Uniti.⁹

Questo incoraggiamento della Commissione era però destinato a rimanere lettera morta per decenni, dacché il *private enforcement* non ha cominciato ad assumere una qualche rilevanza pratica che con l'avvento del nuovo millennio. Lo sviluppo decisamente rallentato del contenzioso *antitrust* privato si può in parte spiegare con la comparativa efficacia dello

8 A fini definitòri, il *private enforcement* è stato definito dalla Commissione Europea come “l'applicazione del diritto antitrust nell'ambito di controversie civili dinanzi ai giudici nazionali” - v. para 1.1 del *Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*, COM/2005/0672, pubblicato il 19 dicembre 2005.

9 J. GOYDER e A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 531.

strumento della denuncia alla Commissione: i privati danneggiati dalle condotte anticoncorrenziali di altri soggetti hanno sovente trovato più agevole rivolgersi alle Autorità della concorrenza piuttosto che avviare un procedimento civile. Dal canto suo, la Commissione per anni ha dato l'impressione di favorire questo strumento, mostrandosi decisamente amichevole nei confronti dei denunciati.¹⁰

Un tale atteggiamento ha cominciato a mutare negli anni Novanta, allorché un crescente numero di denunce ha portato a un marcato rallentamento nella gestione dei procedimenti, con tutto disappunto dei soggetti che tali denunce avevano sporto.¹¹ Nel frattempo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva aperto la strada alla possibilità per le corti degli Stati membri di applicare il diritto europeo,¹² facendo espresso riferimento al risarcimento del danno derivante da pratiche anticoncorrenziali.¹³

Sembra qui particolarmente calzante riprendere un felicissimo passaggio di Goyder, nel quale l'autore, richiamando il principio *ubi remedium, ibi ius*:

10 V. il citato *Green Paper*; v. nota 8 *supra*.

11 Per un'analisi quantitativa dell'evoluzione dei carichi di lavoro della Commissione negli anni, v. F. RUSSO; M. P. SCHINKEL; A. GÜNSTER; e M. CARREE, *European Commission Decisions on Competition – Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, in particolare alle pp. 10-19.

12 In questo senso grande rilevanza ha avuto la sentenza *Delimitis*, in cui la Corte di Giustizia ha enunciato quelli che sarebbero diventati i principi cardine dell'applicazione dei principi del diritto comunitario della concorrenza da parte dei giudici nazionali. V. Caso C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, ECR (1991) I-935. La giurisprudenza *Delimitis* affermò il principio del primato del diritto comunitario. Ciononostante la situazione era destinata a rimanere non priva di ambiguità: ancora nel 2000, la Corte di Giustizia sottolineava – nella sentenza *Masterfoods* – la difficoltà intrinseca di dare incentivi ai privati affinché portassero le controversie su questioni *antitrust* avanti ai giudici nazionali, senza allo stesso tempo far venir meno il controllo della Commissione sulle linee di politica della concorrenza e sulla concessione di esenzioni. V. Caso C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, ECR (2000) I-11369.

13 In *Guérin Automobiles*, la Corte di Giustizia affermava che “occorre ricordare che è sempre consentito ad un'impresa, che si ritiene lesa da un comportamento anticoncorrenziale, far valere dinanzi ai giudici nazionali, specialmente quando la Commissione decide di non dare un seguito favorevole alla sua denuncia, i diritti che essa deriva dagli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato [ora artt. 105 e 106 TFUE], i quali producono effetti diretti nei rapporti tra singoli”. V. Caso C-282/95 P, *Guérin Automobiles c. Commissione*, ECR (1997) I-1503, al para. 39.

nel caso in esame, la Commissione aveva espresso lo *ius*, senza però fornire il *remedium* – un compito lasciato agli Stati membri e ai loro tribunali.¹⁴

Se, infatti, la Corte di Giustizia aveva da tempo affermato il principio della diretta azionabilità dei diritti sorgenti dal diritto della concorrenza,¹⁵ la strada in direzione di un effettivo *remedium* non venne aperta fino alla fondamentale sentenza *Courage v. Crehan*, nel 2001.¹⁶ Questa pronuncia è stata presto considerata un punto di svolta e nella politica europea della concorrenza, e nella tutela giurisdizionale dei diritti garantiti da disposizioni di diritto dell'UE.¹⁷

4. *I due lati dell'Atlantico: due sviluppi paralleli*

Nonostante gli sviluppi appena sommariamente descritti – importantissimi in linea teorica – ancora in pieni anni 2000 il *private enforcement* nell'Unione Europea si presentava in uno stato che è stato definito “di totale sottosviluppo”;¹⁸ impressione che risultava vieppiù rafforzata dal confronto con la situazione oltreoceano –¹⁹ dove le azioni dei

14 J. GOYDER e A. ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, (nota 9); a pp. 533-536.

15 Principio affermato già nel 1978 nel Caso C-127/73, *Belgische Radio en Televisie e Société Belge des Auteurs, Compositeurs c. SABAM*, ECR (1974) 313.

16 Caso C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd*, ECR (2001) I-6297. In particolare v. il para. 24, in cui la Corte ha affermato che “qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, [ora artt. 105 e 106 TFUE]”.

17 Su quest'ultimo punto cfr. P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, Jovene Ed., Napoli, 2012, in particolare i para. 5 e 6 del cap. 2, a p. 189 *et seq.*

18 “Total underdevelopment”: il riferimento è a uno studio di fine 2004, v. *Ashurst study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, pubblicato il 31 agosto 2004. Secondo tale studio, tra il 1962 e il 2004 si sono registrati in tutto sessanta casi di azioni di danni per violazione del diritto europeo della concorrenza.

19 Per un'analisi approfondita della situazione negli Stati Uniti nel medesimo periodo, si può fare riferimento a C.P. ROGERS, III; S. CALKINS; M.R. PATTERSON; e W.R. ANDERSEN *Antitrust Law: Policy and Practice*, 4^a ed., LexisNexis, Newark, 2008, al cap. 6, pp. 833-931.

privati hanno storicamente avuto un ruolo di primo piano nell'applicazione delle norme *antitrust*.²⁰

Se un tale confronto non deve indurre a pensare che si voglia adottare una cultura del contenzioso di stampo americano,²¹ i fattori che hanno portato al successo del *private enforcement* nel sistema statunitense rappresentano indubbiamente un utile punto di riferimento.²² Senza negare l'influenza di un dato culturale, infatti, gli USA offrono un ambiente estremamente favorevole per chi voglia iniziare un'azione di risarcimento del danno anticoncorrenziale – i cosiddetti *private antitrust litigants*, per rifarsi sia alla dottrina statunitense che alle parole della sentenza in commento.

Questo ambiente è reso così favorevole – si diceva – da una serie di scelte legislative, a cui andrebbe ricondotta la soverchiante maggioranza del contenzioso *antitrust*;²³ si tratta di: (i) la possibilità per il giudice di infliggere al soccombente danni punitivi pari fino a tre volte il danno subito dall'attore;²⁴ (ii) il sistema della *class action*;²⁵ (iii) gli onorari legali

20 Sui motivi che storicamente hanno portato gli Stati Uniti a sviluppare un sistema di contenzioso *antitrust* sicuramente particolare come quello che oggi li caratterizza, si veda R.J.R. PERITZ, *Competition Policy in America 1888-1992 - History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, New York, 1996.

21 La stessa Commissione ha più volte reiterato come l'intenzione sia di sviluppare un modello di *private enforcement* "rispettoso dei sistemi legali e delle tradizioni europei" - il virgolettato riporta le parole dell'allora Commissario alla Concorrenza, Neelie Kroes, riprese da un comunicato stampa della Commissione, IP/08/515, del 3 aprile 2008.

22 Secondo stime del Cato Institute – un autorevole *think tank* – negli Stati Uniti circa il 90 per cento dei casi *antitrust* sono rappresentati da azioni di *private enforcement*. Dati disponibili *online*.

23 J.L. KESSLER; S.W. WALLER *International Trade and U.S. Antitrust Law*, 2^a ed., Thomson West Publishers, Eagan, 2006, alle pp. 184-185. Va rilevato per scrupolo di correttezza che Kessler e Waller non citano il fattore – qua menzionato *sub (v)* – dell'onere difensivo.

24 I cosiddetti *treble damages*, che sono stati oggetto di un vivacissimo dibattito in dottrina tra chi sostiene la loro efficacia deterrente e chi argomenta che l'*overcompensation* dei danni possa rappresentare un fattore di inefficienza. Per un'analisi completa in favore dei danni punitivi, si veda, *inter alia*, J.A. SEBERT, *Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation* in *UCLA Law Review*, 1985-1986, n. 33, p. 1565 *et seq.*

25 Introdotta in una forma molto simile a quella attuale nel 1966, modificando la Regola 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

basati sul cd. *contingency system*, che permette agli avvocati di trattenere quote considerevoli del risarcimento che riescono a ottenere; (iv) l'incisività e l'ampiezza degli strumenti cautelari a disposizione dei giudici; e (v) il pesante onere difensivo che grava sui presunti autori di condotte anticoncorrenziali.²⁶

L'Europa ha, tuttavia, tendenzialmente scelto di non avvalersi di questi strumenti,²⁷ basandosi su considerazioni sia di ordine teorico –²⁸ una diversa cultura giuridica,²⁹ tendente a dare maggior peso a taluni aspetti negativi del sistema statunitense –³⁰ sia di ordine pratico – la particolare

26 Le regole sulla *discovery*, che richiedono ai convenuti di produrre in giudizio grandi quantità di documenti, sono citate da diversi autori come una delle ragioni principali dell'onerosità, per gli asseriti autori di pratiche anticoncorrenziali, del contenzioso *antitrust* nel sistema americano. Cfr. J. GOYDER e A. ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, (nota 9); a p. 547.

27 Si scrive qui “*tendenzialmente*” dacché negli ordinamenti di taluni Stati membri si possono rintracciare alcuni strumenti di *enforcement* paralleli a quelli che caratterizzano il sistema statunitense: ciò è particolarmente il caso per le azioni collettive. Per una discussione sul tema si veda R. VAN DEN BERGH, *Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem in Maastricht Journal*, 2013, 20, no. 1, p. 12 *et seq.*

28 J.L. KESSLER e S.W. WALLER, in *op. cit.*, correttamente notano come le citate caratteristiche del sistema americano siano state la principale distinzione, e fonte di frizione, tra gli USA e quegli altri paesi che hanno un sistema di diritto della concorrenza basato esclusivamente o principalmente sull'*enforcement* pubblico. Il riferimento è, in buona misura, all'Europa. Le differenze e le comunanze in materia di *private enforcement* tra le due sponde dell'Atlantico erano peraltro state anticipate *ante litteram* in A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, a p. 183 *et seq.*

29 In particolare, molti critici del sistema statunitense citano il fatto per cui molto del contenzioso che si crea negli Stati Uniti verrebbe concluso transattivamente, anche in presenza di allegazioni degli attori prive di alcun pregio, in ragione dell'onere che litigare costituisce per i convenuti. V. in proposito, J. GOYDER e A. ALBORS-LLORENS, *op. cit.* Per un confronto approfondito – seppure non recentissimo – tra il ruolo che il *private enforcement* gioca in diversi sistemi giuridici si veda C.A. JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK, and USA*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

30 È ricorrente l'immagine dell'avvocato statunitense che, agendo quasi come un imprenditore, cerca di massimizzare il profitto che egli stesso deriva dall'azione di danno, a discapito degli appartenenti alla *classe* di attori. Sulla misura in cui ciò rappresenti un pregiudizio e quanto un rischio concreto, e sul confronto con il sistema

natura istituzionale dell'Unione potrebbe rendere ardua una piena armonizzazione tra gli Stati membri.

5. Public vs. Private: *i due lati dell'enforcement*

Non va, peraltro, dimenticato il già accennato *favor* che ha storicamente accompagnato in Europa il *public enforcement*. Come anticipato, questo è sì dovuto a fattori culturali, specialmente in quelle giurisdizioni use a un ruolo attivo dello Stato nell'economia, ma anche a precise scelte di politica legislativa.

Tali scelte si possono riassumere in quattro fattori principali:³¹ (i) le analisi complesse e costose che sono necessarie al fine di applicare al caso concreto i principî del diritto della concorrenza; (ii) il fatto che talune condotte anticoncorrenziali possano essere scoperte solo tramite analisi di monitoraggio dei mercati che vanno ben al di là degli scopi che ordinariamente perseguono le parti private nei procedimenti civili; (iii) l'impossibilità – in buona parte delle giurisdizioni europee – per i giudici civili di ricorrere a mezzi investigativi paragonabili a quelli di cui dispongono le autorità amministrative;³² e, non da ultima (iv) l'impossibilità per i giudici di selezionare degli obiettivi di *enforcement* – in particolare sulla base di criteri di dimensione economica – con il risultante rischio di “intasamento” dovuto a cause di minore importanza.³³

europeo, si veda, *inter alia*, J. BACKHAUS *et al.* (a cura di) *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

31 Si richiama, per questa distinzione, D. GERADIN; A. LAYNE-FARRAR; e N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2012, a p. 322 *et seq.*

32 Molto spesso le prove decisive nei casi *antitrust* si rintracciano mediante il controllo della corrispondenza e mediante ispezioni a sorpresa – i cosiddetti *dawn raids* – negli uffici delle società coinvolte: si tratta, evidentemente, di misure che non trovano spazio nei procedimenti civili, e in particolare avanti i giudici italiani.

33 Questo punto è particolarmente rilevante alla luce dell'obiettivo di massimizzazione del benessere della collettività che caratterizza il diritto della concorrenza. La Commissione Europea, per esempio, ha dei seppur limitati poteri di prioritizzazione dei casi – sul punto, e sui correlati limiti, si veda il caso T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogeurs-réparateurs (CEAHR) c. Commissione*, ECR (2010) II-5865, e la giurisprudenza ivi citata. Sul tema, strettamente connesso, dei costi dell'*enforcement* si veda S. BASTIANON, *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in F. ROSSI DAL POZZO e B. NASCIBENE (a cura di) *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 137-152.

Un *fil rouge* che unisce i fattori appena elencati è la diversa posizione in cui si trovano i soggetti, pubblici o privati, chiamati a ottenere l'applicazione delle norme di diritto della concorrenza – *public enforcers* e *private enforcers*. Queste due categorie, infatti, si trovano in una posizione diversa sia in ordine agli obiettivi che perseguono che in ordine alle informazioni cui hanno accesso per fondare le proprie posizioni.³⁴

In particolare, la posizione dei soggetti privati chiamati a essere parte attiva del *private enforcement* è caratterizzata da asimmetria informativa, ovvero dalla difficoltà di ottenere gli elementi di prova necessari a dimostrare integrati gli estremi costitutivi della fattispecie illecita.³⁵ Tipicamente, le informazioni sono di difficile accesso proprio perché nelle mani dei presunti autori dell'illecito: è questo il caso dei dati relativi alle quote di mercato detenute da costoro, o di quelli necessari alla definizione del mercato rilevante. Questa situazione, di asimmetria informativa, è stata posta in rilievo anche nella sentenza in commento – come accennato *supra* – e tornerà in rilievo nelle sezioni successive del presente elaborato.

È da tempo evidente come *public* e *private enforcement* non siano due soluzioni alternative, quanto – si perdonerà l'espressione abusata – due lati della stessa medaglia.³⁶ Nonostante una tale complementarità, però, tali due lati possono avere – come in effetti hanno – punti di contrasto.

Uno degli esempi forse più calzanti è quello del rapporto tra programmi di clemenza – *leniency programmes*, secondo la terminologia anglosassone molto diffusa tra i tecnici dell'*antitrust* – e azioni di danno: in estrema

34 Questa distinzione è stata, peraltro, ripresa in un *paper* empirico, nel quale gli autori discutono appunto il rapporto tra *private* e *public enforcements* in termini degli incentivi che spingono ad agire le due categorie di soggetti – pubbliche e private. I.R. SEGAL; M. D. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a Survey* in *European Competition Law Review*, 2003, Vol. 28, n. 5, pp. 306-315.

35 In questo senso, *inter alia*, G. MUSCOLO, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L. Pace, *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, a p. 338 *et seq.*

36 In questo senso si vedano, recentemente, R. CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità* in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 279 *et seq.*; M. SIRAGUSA *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza e del mercato nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano* in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 313 *et seq.*

sintesi, quei soggetti che scelgono di collaborare con l’Autorità in cambio di un trattamento sanzionatorio favorevole.³⁷

Il punto di contrasto è la misura in cui i potenziali danneggiati dalla condotta anticoncorrenziale possano avere accesso alle informazioni rivelate da tali soggetti “collaboratori”, per farne materiale probatorio nell'azione civile:³⁸ l'accessibilità e l'utilizzabilità di tali documenti nel giudizio rappresenterebbero – evidentemente – un grosso disincentivo a collaborare.³⁹ Si può dire che, in termini teorici, si ha una discrasia tra l'interesse pubblico all'individuazione e al perseguimento in sede amministrativa dell'illecito *antitrust*,⁴⁰ e l'interesse privato al risarcimento del danno patito.

37 Si tratta di uno strumento introdotto per la prima volta nel mondo dell'*antitrust* negli Stati Uniti nel 1978. In Europa i programmi di clemenza furono introdotti nel 1996 dalla *Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra le imprese*, in OJ 96/C 207/04 del 18 luglio 1996, e successivamente modificati nel 2002 e 2006 (rispettivamente, *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in OJ 2002/C 45/03 del 19 febbraio 2002, e *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, in OJ 2006/C 298/11 dell'8 dicembre 2006), e da ultimo del 2015 (*Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese* in OJ 2015/C 256/01 del 5 agosto 2015).

38 Il tema appare particolarmente rilevante alla luce dei dati empirici sulla rilevanza che i programmi di clemenza hanno nell'attuale panorama applicativo del diritto della concorrenza: la Commissione riceve, in media, due richieste di clemenza al mese e, nel 2013, tutte e quattro le decisioni negative adottate dalla Commissione scaturirono dalla partecipazione a programmi di clemenza. I dati sono stati diffusi dalla Commissione nel *Commission Staff Working Document accompanying the Document Report on Competition Policy – 2013*, in particolare a p. 19.

39 A. SCHWAB, *Pitfalls of the European Competition Network: why better protection of leniency applicants and legal regulation of case allocation is needed*, in *European Competition Law Review*, 2008, Vol. 29, n. 9, p. 523 et seq.

40 La creazione di incentivi sufficienti affinché i soggetti coinvolti in violazioni *antitrust* collaborino è stata descritta come “uno degli ostacoli più spaventosi alla deterrenza ottimale” (“a daunting challenge to optimal deterrence”) - in D.D. SOKOL, *Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think about Enforcement*, in *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, n. 1, pp. 201-240. È, peraltro, dimostrato come la capacità dell'Autorità di individuare autonomamente l'illecito è esattamente ciò che spinge i potenziali partecipanti a programmi di clemenza a collaborare con le autorità. Cfr. V. MELI, *L'AGCM e i programmi di clemenza* in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di),

La questione è stata largamente dibattuta in dottrina, in ispecie dopo che la Corte di Giustizia – con la nota sentenza *Pfleiderer* –⁴¹ ha in sostanza lasciato il giudizio di bilanciamento tra le due esigenze nelle mani dei giudici nazionali.⁴² In ogni caso, ciò che rileva ai fini della presente analisi è l'opportunità di un intervento del legislatore volto a mettere chiarezza sul rapporto tra le due forme di *enforcement*.⁴³

6. *Funzioni del private enforcement: una prospettiva di politica della concorrenza*

L'opportunità – appena enunciata – di definire il rapporto tra *enforcement* posto in essere da soggetti pubblici e posto in essere da soggetti privati è tanto maggiore se si ritiene che il *private enforcement* non abbia una mera funzione compensativa del danno subito, ma anche una funzione deterrente nei confronti di possibili violazioni.

Pare, infatti, scorretto vedere il *private enforcement* solo da un punto di vista di *compliance*. Considerando i tre obiettivi dell'*enforcement* individuati da Harding e Joshua – ingiuntivo, risarcitorio, e punitivo – risulta evidente come l'obiettivo risarcitorio possa essere perseguito solo mediante il ricorso all'azione privata di danni.⁴⁴

Il *private enforcement* può, però, avere anche un'efficacia deterrente nei confronti dei soggetti che potrebbero potenzialmente violare il diritto della

Vent'anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Giappichelli, Torino, 2010, in particolare a p. 424.

41 Caso C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, ECR (2011) II-5161. Cfr. anche le conclusioni sul medesimo caso dell'Avvocato Generale Mazak.

42 Si veda, *inter alia*, G. GODDIN, *The Pfleiderer Judgment on transparency: the national sequel of the access to document saga*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, Vol. 3, n. 1, pp. 40-43; E. BARBIER DE LA SERRE; S. QUILES, *Conjugaison du private enforcement et des programmes de clémence: que le législateur de l'Union tranche* in *Droit Processuel de la Concurrence*, 2011, Vol. 29, pp. 59 *et seq.*

43 Intervento che era stato ampiamente auspicato da più parti, oltre che dalle istituzioni europee stesse – si veda, ad esempio, il cosiddetto *Libro Bianco – White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*, COM/208/165, del 2 Aprile 2008.

44 C. HARDING e J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe – A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, Oxford, 2003, alle pp. 229 e 230.

concorrenza,⁴⁵ e ha un'efficacia punitiva nei confronti di coloro che effettivamente lo violano. Ciò che però contraddistingue questo strumento è lo scopo che esso persegue di dare rimedio alle perdite subite da altri soggetti attivi nello stesso mercato a causa dell'avvenuta violazione delle norme sulla concorrenza.⁴⁶ In questo senso, le azioni di danni non si limitano a porre fine a situazioni che creano inefficienza, ma contribuiscono a compensare a tale inefficienza riallocando risorse – per mezzo dello strumento risarcitorio – in favore di chi più le merita.

È qui necessario, ancora una volta, richiamare la distinzione tra azioni *stand-alone* e azioni *follow-on*: se entrambe sono dirette a perseguire una funzione risarcitoria, solo le prime portano effettivamente alla scoperta di un maggior numero di illeciti, laddove le seconde contribuiscono a creare deterrenza solo nella misura in cui innalzano il rischio economico per chi i soggetti protagonisti di violazioni, (idealmente) privandoli dei sovraprofiti ottenuti distorcendo il meccanismo della concorrenza.

Vi è stato – e in una certa misura continua a tutt'oggi – dibattito tra gli studiosi in merito all'effettiva efficacia deterrente delle azioni di danni. Se, infatti, alcuni commentatori ritengono che un efficace effetto deterrente sia ottenuto soltanto mediante le sanzioni pecuniarie comminate dall'Autorità pubblica, altri ritengono che – anche in assenza di danni punitivi – la condanna al risarcimento possa costituire un fattore atto a scoraggiare gli operatori economici dall'intraprendere condotte anticoncorrenziali; a favore di questa seconda posizione si è autorevolmente schierata anche la Corte di Giustizia.⁴⁷

Una conseguenza diretta di questa visione è, però, che affinché deterrenza vi possa essere è necessario che le azioni di danni siano un rischio concreto per i *violators*: sarà pertanto necessario che chi tali azioni potrebbe instaurare sia nella posizione di farlo avendo accesso alle fonti di prova,

45 Per quanto da più parti si è rilevato come – sovente – l'ordine di grandezza delle condanne al risarcimento non sia sufficiente a ottenere un concreto effetto deterrente. V. R. VAN DEN BERGH, *op. cit.*, p. 16.

46 W. WILS, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, 2009, 32, n. 1, pp. 3–26.

47 Il riferimento è alla già richiamata sentenza *Courage v. Crehan*, e alla sentenza nelle Cause Rinite C-295 a 298/04, *Vincenzo Manfredi et al. c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, ECR (2006) I-6619.

così da poter ragionevolmente sperare nell'esito vittorioso della causa.⁴⁸ Ancora una volta, viene in rilievo il tema dell'accesso alla prova, di cui – coerentemente – la citata Direttiva, di cui si discuterà nella sezione successiva, si occupa.

7. La Direttiva 2014/104: un difficile compromesso

Si spera che l'*excursus* fin qui compiuto sia stato utile per mettere in rilievo la situazione esistente a monte della Direttiva, e in particolare quei temi che essa mira a risolvere e disciplinare. Questo consentirà, premessa una succinta esposizione dei contenuti della Direttiva stessa, di analizzare i rapporti tra la medesima e la sentenza in commento – il che si farà nella successiva sezione di questo *paper*.

In termini sistematici, la Direttiva rappresenta un'evoluzione importante nel panorama del diritto europeo della concorrenza, in quanto finalmente il *private enforcement* sarà regolato da una norma vincolante, il che in ultima analisi dovrebbe portare a un'armonizzazione di tale disciplina nei vari Stati membri.⁴⁹

La Direttiva fa dichiaratamente propria, già nei *consideranda*, la conclusione ormai tralatizia della complementarietà di *private* e *public enforcement*,⁵⁰ definendoli come “*due pilastri*” del sistema del diritto della concorrenza.⁵¹ Coerentemente con tali premesse, la disposizione cerca di trovare un bilanciamento tra la repressione delle pratiche anticoncorrenziali e il diritto dei singoli al risarcimento dei danni subiti.

Per quanto occupa la presente analisi, della Direttiva ci si concentrerà su quelle disposizioni volte a facilitare l'accesso, per i potenziali attori, agli elementi probatori da allegare a supporto della domanda risarcitoria. Il riferimento è a quelle norme della Direttiva che disciplinano le condotte cui si deve attenere il giudice nazionale al fine di assicurare una tutela

48 In tal modo, peraltro, il *private enforcement* – forte della funzione deterrente – viene ad acquisire un ruolo quasi pubblicistico: in questo senso P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, a p. 222-223.

49 Finora la disciplina era regolata fondamentalmente da strumenti di *soft law* quali le Comunicazioni della Commissione.

50 *Considerandum* n. 6 della Direttiva medesima.

51 *Inter alia*, nella relazione di accompagnamento.

effettiva ai soggetti danneggiati da un illecito *antitrust*. In particolare, il riferimento è a due disposizioni.

In primo luogo, viene riconosciuto il potere, in capo ai giudici degli Stati membri, di disporre l'accesso (i) alle informazioni detenute da una parte ovvero da un soggetto terzo,⁵² e (ii) agli atti in possesso delle Autorità nazionali della concorrenza.⁵³

In relazione a quest'ultima possibilità, sono previste delle facoltà che, in conformità con l'auspicio enunciato nei *consideranda*, mirano a coniugare tutela dei litiganti privati ed effettività del *public enforcement*: da un lato, i giudici nazionali hanno facoltà di richiedere alle Autorità garanti assistenza circa l'accertamento della natura delle informazioni provenienti da programmi di clemenza ovvero da decisioni con impegni;⁵⁴ dall'altro, le stesse Autorità garanti possono, a propria volta, presentare osservazioni ai giudici nazionali in merito alla proporzionalità delle richieste di divulgazione.^{55, 56}

In secondo luogo, viene riconosciuta un'efficacia di accertamento, nell'ambito dei procedimenti avanti i giudici nazionali alle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza che abbiano carattere di definitività,⁵⁷ in un senso allargando anche a esse quanto era già previsto in riferimento alle decisioni della Commissione.⁵⁸ In senso inverso – e a parere di alcuni

52 Art. 5 della Direttiva

53 Art. 6 della Direttiva. Si noti peraltro che – per espressa disposizione del para. 2 – l'ordine di divulgazione non sostituisce, ma si aggiunge a, eventuali “*norme e prassi in materia di accesso al pubblico dei documenti previste dal Regolamento (CE) 1049/2001*” – riferimento che andrà, con riferimento all'Italia, ricondotto alla possibilità di accedere al fascicolo dell'Autorità *ex art. 213 c.p.c.*

54 Art. 6(7) della Direttiva.

55 Art. 6(11) della Direttiva.

56 In merito al termine “*divulgazione*” qui impiegato dal legislatore europeo nella versione Italiana della Direttiva, vi è chi ha osservato come meglio ci si sarebbe regolati a con le espressioni “*esibizione*” o “*produzione*” – a seconda dei casi.

57 Art. 9 della Direttiva.

58 Ai sensi dell'art. 16 del Regolamento 1/2003. Si veda in merito R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le Società*, 2014, n. 7, p. 784 *et seq.* L'autore del contributo appena citato è, peraltro, il presidente del collegio che ha pronunciato la sentenza in commento.

non coerente con il resto della norma –⁵⁹ la Direttiva nega però ogni accesso, da parte dei soggetti danneggiati, alle informazioni rilasciate nell'ambito di programmi di clemenza.⁶⁰

Attualmente il Parlamento ha approvato la legge di delega al Governo affinché esso adotti i decreti legislativi attuativi della Direttiva.⁶¹ Il Governo ha, dal canto proprio, istituito una propria commissione deputata a esaminare il testo e a coordinare i lavori in merito.

8. *La discovery e il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza Cargest*

Il legislatore della Direttiva ha introdotto negli ordinamenti – preponderantemente di *civil law* – dell'Unione una forma di *discovery*, strumento mutuato dall'esperienza di *common law*.⁶² Così facendo si crea un onere di *disclosure* in capo ai convenuti che mira a riequilibrare, come già anticipato, la situazione di svantaggio informativo in cui si vengono a trovare gli attori.⁶³ In questo bilanciamento tra la posizione dei due litiganti, si trova ad avere un ruolo centrale in tema di accesso alla prova il terzo protagonista del procedimento – il giudice della *private antitrust litigation*.⁶⁴

Se, infatti, l'ordine di divulgazione previsto dalla Direttiva può essere pronunciato su istanza di parte, non si esclude che gli Stati membri possano precedere che il giudice agisca *ex officio*. Si tratta di un invito che, in pendenza dell'attuazione della Direttiva da parte del legislatore italiano, i giudici della Cassazione hanno fatto proprio nella citata pronuncia

59 Si veda al proposito C. MIGANI, *Directive 2014/104/EU: in Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and an Effective Private Competition Law Enforcement* in *Global Antitrust Review*, 2014, p. 81 *et seq.*

60 Queste sono infatti inserite in una cosiddetta *black list*, prevista all'Art. 6(6) della Direttiva, di documenti di cui in nessun caso si ammette che venga ordinata la *disclosure*.

61 Legge n. 114 del 9 luglio 2015.

62 Cfr. G. BRUZZONE e A. SAIJA, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 257 .

63 Si perdonerà l'abuso di espressioni anglosassoni, qui e altrove nel – appunto – *paper*.

64 Sul punto si veda R. RIZZO, *La funzionalizzazione del principio dell'onere della prova nella prospettiva dell'illecito antitrust*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. III, luglio/settembre 2015.

Cargest, dando un'interpretazione della normativa processuale nazionale tanto estensiva quanto, in realtà, coerente con la visione di politica legislativa espressa – pare – dal legislatore europeo.

Un tale orientamento è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, a parere della quale, in sostanza, la Suprema Corte ha dimostrato eccessivo attivismo nello sposare i principî enunciati dalla Direttiva:⁶⁵ pur riconoscendo l'esistenza di un vuoto legislativo,⁶⁶ si è ritenuto – in punto di fatto – che la situazione dedotta in giudizio non fosse caratterizzata da un'asimmetria informativa particolarmente marcata, e – in punto di diritto – che la violazione del principio per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit* si presti ad un abuso in senso esplorativo del mezzo probatorio *ex officio*.⁶⁷

Vi è, per vero, anche chi ha ritenuto che la Direttiva stessa rappresenti un *faux pas* del legislatore europeo, che avrebbe compiuto uno sforzo nella direzione sbagliata.⁶⁸ Se pare corretto dare conto delle osservazioni che la dottrina ha sollevato, non è, tuttavia, questa la sede per prendere posizione sul merito né della pronuncia in commento, né delle innovazioni apportate dalla Direttiva. Il presente *paper*, infatti, non ha che il più modesto proponimento di prendere in esame la giurisprudenza e il dato normativo e di analizzarne i risvolti operativi e le ricadute sul quadro dell'*enforcement* del diritto della concorrenza.⁶⁹

In quest'ottica, l'aspetto che forse più si può valorizzare è quello della collaborazione tra giudici e Autorità della concorrenza. I giudici di *Cargest*

65 In questo senso si sono espressi M. CASORIA, *Private enforcement, il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2015, n. 2, p. 337 *et seq.*; e, in termini analoghi, M. CASORIA e R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?* In *Foro Italiano*, 2015, n. 9, p. 2751 *et seq.*

66 E dichiarando “meritevole” l'intento perseguito dalla Cassazione.

67 Si sono in particolare, *ibid.*, ritenuti inadeguati i richiami della Suprema Corte al rispetto del principio del contraddittorio e a un “principio di plausibilità”.

68 Così C. OSTI, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, in *European Competition Journal*, Vol. 11, n. 1, pp. 221-264.

69 Conformemente a tale ottica, si è evitato di prendere in considerazione la posizione – pure condivisibile – di chi sostiene un superamento dell'ottica di *enforcement* – mutuata dall'esperienza statunitense – in favore di un approccio fondato sulla responsabilità: in questo senso P. Iannucelli, *op. cit.*, (v. Nota 48 *supra*), cap. 6, a pag. 226 *et seq.*

hanno messo in rilievo questo principio, riconoscendo la maggiore ampiezza dei poteri istruttori dell’Autorità e incoraggiando i giudici del merito – *rectius*, censurando la Corte d’Appello di Roma per non averlo fatto – ad acquisire dati e informazioni utili a provare l’illecito anticoncorrenziale, mediante un’interpretazione estensiva delle norme del codice di rito.⁷⁰

9. Conclusioni

In definitiva, dalla sentenza in commento pare possibile, tra le molte, enucleare due conclusioni, l’una di natura processuale e l’altra di natura sostanziale. Sotto il profilo processuale, la Corte di Cassazione ha evidenziato – parzialmente schermandosi dietro il riferimento a “particolarità” – come effettività della *private antitrust litigation* e applicazione rigorosa dei principi dell’onere della prova siano ben poco compatibili.

Sotto un profilo sostanziale, invece, la Suprema Corte ha evidenziato la centralità, anche in termini operativi, del coordinamento tra i soggetti chiamati ad applicare in pratica il diritto della concorrenza – Autorità e giudici. Si tratta di due conclusioni di cui – a prescindere dal merito della sentenza *Cargest* – il legislatore dovrà sicuramente tenere conto in sede di implementazione della Direttiva.

⁷⁰ In tal modo, peraltro, agendo in ossequio al principio di cooperazione tra giudici e Autorità della concorrenza degli Stati membri enunciato dall’Art. 15 del Regolamento (CE) 1/2003.