

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL
MERCATO

IL DANNO *ANTITRUST*
PROFILI GIURIDICI ED ECONOMICI

12 febbraio 2009

Roma

Le azioni civili nelle Corti europee ed italiane

Alcune questioni sulla prova del danno

Gabriella Muscolo

(Tribunale di Roma

Sezione specializzata per la proprietà industriale e la concorrenza)

"I stand here for law"

(W. Shakespeare

The Merchant of Venice)

SOMMARIO: 1.Introduzione: il bilanciamento tra *public e private enforcement* in Italia e in Europa. 2. Le azioni di risarcimento del danno davanti alle Corti italiane ed europee: la questione dell' accesso

alla prova e la cooperazione con la Commissione e le Autorità Nazionali. 3. Conclusioni: rimedi e principio di proporzionalità.

Outline

1.Introduzione: il bilanciamento tra *public e private enforcement* in Italia e in Europa. La tradizionale prevalenza del *public enforcement* in Italia e in Europa; la comparazione con gli US, in cui circa 95% azioni di *enforcement* sono private avanti a Corti, L. PROSPERETTI, *Il danno antitrust*, Bologna 2009 e circa 50 % sono *settlements* D. GINSBOURG, elazione inedita al Forum annuale del *Jevon Institute* su *Cartel Sanctions*- Londra, 4 febbraio 2009);
-con Libro Bianco di Commissione Europea sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie *antitrust* 4 aprile 2008 (su cui rinvio a relazione R. Becker) su precedenti giurisprudenza CGE (Causa C-453/1999, *Courage e Crehan*, Racc. 2001, pag. I,-6297 e Cause Riunite C-295-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619) rafforzamento di *private litigation* con adozioni di regole che favoriscano azioni di condanna al risarcimento danni avanti alle Corti, siano esse *follow on* o *stand alone actions*; tuttavia senza indebolimento di ruolo AN; quindi sistema a due pilastri;
-identificazione di ostacoli all' esercizio di azioni: primo, difficoltà delle parti nell' accesso alle informazioni e alla prova dei fatti rilevanti (vedi Capitolo 3 del Documento di Lavoro della Commissione); secondo incertezza nella

liquidazione del danno, peraltro connesso al primo, per difficoltà prova ammontare danno causalmente collegato a illecito *antitrust* ;

-perciò segue studio Oxera del 19 gennaio 2010 preordinato alla adozione di linee guida non vincolanti per le Corti per la liquidazione del danno *antitrust*, esempio di strumento di *soft law*(rinvio relazione Becker?)secondo modelli tutti fondati su metodo *but for*: --anche il Rapporto da atto di come attendibilità modelli dipenda soprattutto dalle informazioni a disposizione di parti e Corte su *counterfactual*;

-graduale incremento delle azioni di condanna al risarcimento del danno *antitrust* in Europa e in Italia, (statistiche nazionali però bel lontane da quelle altri Paesi, es Germania, l' anno scorso pendenza circa 50 cause); di competenza sezioni specializzate proprietà industriale e concorrenza, costituite con d.lgs. 168/2003 e a cui attribuzione materia con art. 134 d.lgs. 30/2005, Codice della Proprietà Industriale- CPI, che regola risarcimento danno a art. 125; prevalenza azioni su cartelli (L. PROSPERETTI cit.);

-punto critico è identificabile nell' accesso all' informazione per le parti e per la Corte, e nella gestione dell' informazione da parte di quest' ultima; perciò quale giudice *focus* su questo è libro Prosperetti, la cui seconda parte, poi declinata nella terza, è tutta dedicata alla “Prova del danno” e ai “ Metodi” per la sua valutazione è strumento di lavoro indispensabile per tutti gli esperti e in particolare per i giudici della concorrenza; pregevole l' attenzione dedicata alla giurisprudenza, italiana e straniera.

2. Le azioni di risarcimento del danno davanti alle Corti italiane ed europee: la questione dell' accesso alla prova e la cooperazione con la Commissione e le Autorità Nazionali.

- Processi di concorrenza come *fact intensive* per eccellenza, centralità del fatto e della prova, e dunque della fase istruttoria; ruolo del giudice della concorrenza come giudice del caso, *finder of the fact*, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria;

-in casi *antitrust* non soltanto *basic facts* ma anche e soprattutto fatti tecnico economici; questione di ruolo di giudice e ruolo di esperto (vedi se vuoi G. MUSCOLO, *Processo di concorrenza a prova economica* , in *Concorrenza e Mercato* 2009, e bibliografia ivi, e I. LIANOS e I. KOKKORIS; *Judging Economists*, The Neth, US, UK, 2009 per *landmark cases* vedi *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc*, 509 U.S.579/1993; *General Electric co vs Joiner*, 522 U.S. 16/1997; *Kumho Tire co vs Carmichael*, 118 S. Ct. 29/1998; 119 S. Ct.1167/1999. La traduzione italiana del caso Daubert è in *Riv.trim .dir.proc.civ.* , 1996, 277 s.s.);

- in Italia consulenza tecnica d' ufficio regolata artt. 61 s.s. e 191 s.s. c.c. e 13 s.s. disp att. risolve, in parte, questioni di selezione esperto, anche se non esperti economisti in contenuto minimo albo e prescrizione di appartenenza a “ associazione professionale”, iscrizione in albo professionale, che non c'è per economisti;

-comunque restano ferme tutte questioni di gestione dell' esperto, che possono essere risolte con buone prassi processuali e di valutazione della

consulenza, giurisprudenza Cass. vari principi sul dovere di motivazione in fatto delle decisioni che utilizzano consulenze tecniche, tutti applicabili anche a quelle economiche: l' assenza di un onere di motivazione specifica se la decisione recepisce le conclusioni della consulenza, o se, nel caso di due consulenze difformi tra loro, anche esperite in gradi diversi di giudizio, sceglie le conclusioni della seconda, ritenendosi in queste ipotesi sufficiente un rinvio al ragionamento consulente; l' assenza di un onere di motivazione sulle contestazioni dei fatti tecnici effettuate dalle parti, se anteriori alla consulenza, presumendosi queste esaminate dal consulente, alla cui giustificazione il giudice si limita a rinviare.(Cass. 14 febbraio 2006 n. 3191 e Cass. 3 agosto 2004 n. 14849, e precedenti conformi; addirittura una isolata pronuncia di Cass.. 24 aprile 05 n. 8297 nega la sussistenza di un vizio motivazione nel caso in cui non sia stata data specifica risposta a note critiche formulate dal difensore e non dal consulente di parte); questo corpo di regole giurisprudenziali si traduce in una restrizione del dovere di motivazione sui criteri di valutazione della consulenza utilizzati dal giudice;

-anche l' esperto ha problemi di accesso alle informazioni, art. 121 u.c. CPI, norma speciale, che permette al CTU recezione documenti anche se non già prodotti in causa facilità l' accesso;

-in giurisprudenza vedi due *leading cases* per liquidazione danno, citati Prosperetti, App. Milano 26 novembre-24 dicembre 1996 ; *Telsystem c. Sip*, in cui con sentenza non definitiva accertamento autonomo da AGCM di abuso e con ordinanza consulenza tecnica uso di metodo analitico e App. Torino 7

febbraio 2002 in cui liquidazione equitativa per insufficienza di informazioni sul *counterfactual* in caso ctu, ma comunque metodo analitico semplificato anche in criteri equità);

-dopo consultazioni su *Green Paper e White Paper* Commissione ha abbandonato opzioni che incidenza su onere prova, che resta a carico della parte attrice per tutti i fatti costitutivi della fattispecie illecita, condotta illecita, nesso di causalità e voci di danno; (rinvio a relazioni del *panel* successivo per le questioni relative al *passing on*);

-giurisprudenza di legittimità italiana più recente maggior rigore su onere prova: vedi Cass. 2 febbraio 2007 n. 2305, Cass. 8 novembre 2007 n. 23304 che affermano principio di onere di prova di danno in concreto, anche in caso di liquidazione equitativa);

-ma scelta meccanismi *disclosure* della prova per mitigarne l' onere e favorire l' accesso della parte onerata, con *discovery* di stampo europeo, sul modello della direttiva CE 48/2004 c.d. direttiva *enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale (vedi se vuoi G. MUSCOLO, *Processo di concorrenza e accesso alla prova: la discovery*, discorso inedito per la Associazione dei giuristi Italiani di Diritto *Antitrust* , Roma, 22 settembre 2009);

- libro Prosperetti, come suoi precedenti e sopravvenuti contributi scientifici in materia, per suoi contenuti multidisciplinari (vedi M. TAVASSI in *Prefazione*), e per esperienza stessa autore di collaborazione con Corti e AGCM, coniuga sapere economico con sapere giuridico e si inserisce appieno in dibattito sulla prova economica; inoltre pur con i rilievi critici di stampo

generale di cui sotto, esprime parere favorevole sulle proposte del Libro Bianco sul punto particolare dell' accesso documentale.

-un altro meccanismo di alleggerimento dell' onere della prova nei processi di concorrenza è dato dal *set* di norme sulla cooperazione tra le Corti da un lato e la Commissione e le Autorità Nazionali per la Concorrenza dall' altro; sono norme multi direzionali, che hanno più *rationes* concorrenti, quella appena indicata concorre con quella principale di garanzia della uniforme applicazione de diritto comunitario della concorrenza: artt. 15 e 16 Reg CE 1/2003, Raccomandazione 101/04 Commissione sulla Cooperazione con le Corti, *White Paper*, par 2.3;

- in particolare vedi art. 15.1 richiesta di informazioni alla Commissione, da intendersi come informazioni non sulla mera pendenza della procedura, ma sui fatti che ne sono oggetto, salva la *confidentiality*; art. 15.2 sulla richiesta di parere della Commissione su questioni di fatto ed economiche(a parte su questioni giuridiche, per cui sorgono questioni di compatibilità col sistema); art. 15.3 che in contesto norma di cooperazione tra Commissione e AN, contiene principio di cooperazione tra Corti e AN, sviluppato in Libro Bianco (vedi se vuoi G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali* nei Quaderni Assonime, 2008)

-Art. 16, disposizione di più controversa interpretazione, su estensione vincolo decisioni Commissione per Corti Nazionali, allo scopo uniforme applicazione diritto comunitario, pro interpretazione più restrittiva, unicamente vincolo,

cioè prova legale, di accertamento positivo illecito, non di suo nesso causalità con danno e danno (vedi par. successivo per esempio), unica interpretazione costituzionalmente orientata (vedi A. KOMNINOS, *Resolving Jurisdictional Issues*, rel inedita nel *Joint Training Programme for Judges*, Jevon Institute, University College of London, Londra, 5 febbraio 2010);

-vedi caso recentissimo italiano Trib. Mi 29 aprile 2009 (*Enichem c. altri 28*), in cui *Italian torpedo* verso azione pendente avanti alla High Court of Justice UK (*Provimi case*), *follow on* rispetto a decisione Commissione 29 novembre 2006 in Case COMP/F/38.638 *Butaiene Rubber(BR) and Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR)*, di accertamento cartello tra 13 società sul mercato del BR e SBR, per accertamento negativo 1) dell' esistenza del cartello; 2)della partecipazione ad esso di Eni e altre società del gruppo, 3) in ogni caso di effetti del cartello sui prezzi; 4) e di danni ai concorrenti;

-decisione di inammissibilità dei primi tre punti per rischio conflitto con decisione Commissione e contrasto art. 16 Reg. 1/2003 e quarto punto per difetto prospettazione specifica; critica su terzo punto: esistenza o no *overcharges* non attiene a esistenza cartello, condotta illecita ex art. 81, ma a quantificazione danno e nesso causale, interpretazione troppo estensiva art. 16; nb High Court non ha fatto ricorso a sospensione internazionale, comunque parti processo italiano non erano parti quello inglese;

-Libro Bianco par. 2.3, che peraltro richiama espressamente l' art. 16.1 del regolamento, definendo nella versione inglese, la decisione della Commissione come “ *binding proof in civil procedures*” e il Documento di Lavoro cap. 4:

vincolatività per le Corti delle decisioni delle Autorità Nazionali di accertamento dell' illecito anticoncorrenziale, nel caso di azioni *follow on*;

- i due sistemi presi a modello dal legislatore europeo sono quello tedesco e quello inglese; vedi a proposito l' espresso richiamo alle Sezioni 26 e 20 del *UK Enterprise Act* 2002, inserite come sezioni 47A e 58° nel *UK Competition Act* e alla sezione 33 del *German Competition Act* nel citato capitolo del Documento di Lavoro;

-pareri italiani tutti conformi in favorevole alla iniziativa della Commissione in linea generale ma sfavorevole al vincolo automatico in particolare: vedi a proposito, all' esito della pubblicazione del Documento di lavoro e delle consultazioni della Commissione sul medesimo, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie le “Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie”, del 16 luglio 2008; della Corte Suprema di Cassazione, le “Osservazioni a seguito del *meeting* del 6 novembre 2007 con i giudici nazionali relativo al *private enforcement* in materia di concorrenza” , del Consiglio Superiore della Magistratura, la deliberazione del 10 settembre 2008. Vedi inoltre di Assonime *Comments on the White Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules*, 15 luglio 2008;

-anche queste proposte sono multidirezionali quanto a scopo: garanzia di uniformità della applicazione del diritto comunitario, e ormai anche nazionale, della concorrenza ma anche incentivo al *private enforcement*, con ulteriore

facilitazione di accesso alla prova, avendo Commissione e Autorità Nazionali poteri e strumenti inquisitori di cui sono generalmente sprovviste le Corti;

-proprio rispetto a questo scopo rilievo di alcuni punti critici: su premesse che il vincolo opererebbe soltanto per le decisioni di accertamento dell' illecito e non anche per quelle di accertamento negativo, e soltanto per accertamento del fatto causativo del danno, non essendo questione del danno stesso nel procedimento avanti alla Autorità, non vi è agevolazione per azioni *stand alone* e per accertamento nesso causale e ammontare danno, due segmenti della fattispecie in cui grande difficoltà di accesso alle informazioni;

-l' efficacia vincolante è *cross-border*, quindi anche per decisioni di AN di Paesi membri che minore carico casi ed esperienze; unico controllo è affidato a Network; inoltre efficacia transfrontaliera vincolo solleva miriade di questioni di procedura civile internazionale;

-controproposta in via principale sta in prassi giurisprudenziale di quasi tutti gli Stati membri, accertamenti delle AN come prova privilegiata della sussistenza dell' illecito, o al più fondanti una presunzione di sussistenza dell' illecito, con facoltà di prova contraria avanti alla Corte, con una mera inversione onere prova;

-in via subordinata per il caso di adozione comunque del sistema di vincolo automatico, proposta di interpretazione restrittiva della denotazione del vincolo, come quella di cui sopra per il vincolo dell' art. 16 Reg 1/2003, al fine di compatibilità con Costituzione (italiana ma anche altri Stati membri es. Francia);

-libro Prosperetti dedica capitolo a proposte Commissione Europea, tesi critica (costruttiva) è da un lato che comunque in Europa già rafforzamento deterrenza, almeno per intese, in *public enforcement* con incremento sanzioni e programmi clemenza e in *private enforcement* se non con aumento liti, con maggiore adeguatezza ristoro danni (COOK; 2008 citato), e dall'altro che innalzamento *standard* deterrenza andrebbe affidato a Stati membri da un lato a strumenti di *soft Law* comunitari dall'altro (vedi sopra su Report Oxera); molti spunti per dibattito.

3. Conclusioni: rimedi e principio di proporzionalità.

-dibattito su risarcimento danno non può non risentire di dibattito generale, oggi molto sentito sulla proporzionalità dei rimedi, sia per *public enforcement* e sanzioni sia per *private enforcement*, in cui discorso più articolato, a seconda che rimedi inibitori o rimedi risarcitori;

- in *private litigation* la proporzionalità delle misure, limite già in direttiva *enforcement* citata per settore contiguo IP, chiave di volta del sistema di tutele, permette la distinzione tra diritto di azione (e quindi di ristoro patrimoniale) e abuso del diritto di azione.