



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

**IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA:
SCENARI APPLICATIVI
E LE PROSPETTIVE DEL MERCATO**

*Atti del VII Convegno Antitrust di Trento,
11-13 aprile 2019*

a cura di

*Gian Antonio Benacchio
Michele Carpagnano*

2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

43

2019

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2019*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-878-2
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-688-2.

Dicembre 2019

IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA:
SCENARI APPLICATIVI
E LE PROSPETTIVE DEL MERCATO

*Atti del VII Convegno Antitrust di Trento,
11-13 aprile 2019*

a cura di
*Gian Antonio Benacchio
Michele Carpagnano*

INDICE

	Pag.
Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano <i>Presentazione del volume</i>	VII
Marina Tavassi <i>La realtà del private antitrust enforcement in Italia</i>	1
Roberto Chieppa <i>Coordination between Private and Public Antitrust Enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement</i>	31
Gabriella Muscolo <i>L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali</i>	37
Peter Roth <i>Private Antitrust Enforcement in the United Kingdom</i>	47
Romain Maulin <i>Private Antitrust Enforcement in France Following the Imple- mentation of the Damages Directive: Most Recent Trends and Case-Law</i>	55
Eduardo Pastor Martínez Follow on: <i>España busca un nuevo modelo de juez</i>	69
Franziska Weber <i>The German Experience</i>	97

	Pag.
Till Schreiber <i>Private Enforcement in the Netherlands</i>	113
Aurora Saija <i>La distinzione tra public e private enforcement del diritto anti-trust: un valore da preservare</i>	123
Irene de Angelis <i>Il principio di continuità economica nel private enforcement e il suo impatto sulla compliance antitrust</i>	133
Carlo Biasior <i>Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato. La nuova azione di classe</i>	145

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Il *private antitrust enforcement* è ormai realtà. Con sempre maggiore frequenza in Italia e nei principali Stati membri dell'Unione europea sono incardinate, analizzate e decise dai Tribunali di prima e seconda istanza, oltre che dai collegi arbitrali, azioni individuali e di classe aventi ad oggetto il risarcimento del danno connesso ad una violazione della normativa antitrust. Anche la Corte di cassazione e la Corte di giustizia sono tornate a pronunciarsi negli ultimi anni su questioni di grande rilevanza per l'evoluzione del *private antitrust enforcement* come rimedio tipico realmente a disposizione di *chiunque* abbia subito un danno causato da un illecito antitrust.

Ci sembra questo il principale dato condiviso dai relatori e dai partecipanti al VII Convegno Antitrust di Trento, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dall'11 al 13 aprile 2019, di cui il presente Volume raccoglie gli Atti.

È con particolare soddisfazione, quindi, che diamo alle stampe il presente Volume al fine di condividere, idealmente, con tutta la comunità antitrust nazionale ed internazionale questa importante affermazione del *private antitrust enforcement* nell'Unione europea.

Si tratta del punto di arrivo di una evoluzione che da Trento, nel corso degli anni, abbiamo seguito con grande attenzione.

La settima edizione del Convegno, infatti, come le precedenti del 2017, 2015, 2013, 2011, 2009 e 2007, è stata interamente dedicata allo studio, al dibattito ed al confronto, in chiave comparata, su aspetti chiave del *private antitrust enforcement* e sulle principali questioni applicative coinvolgendo tutti i protagonisti di questo complesso fenomeno giuridico-economico: giuristi accademici e pratici, magistrati, funzionari delle istituzioni nazionali e dell'Unione preposte al *public antitrust enforcement* ed alla *competition policy*, ma anche economisti, giornalisti specializzati, esponenti della *business community* e rappresentanti delle associazioni a tutela dei consumatori.

I lavori del Convegno si sono concentrati intorno a quattro sessioni di lavoro principali: i) la realtà del *private antitrust enforcement* nei Tribunali italiani; ii) il coordinamento tra *private e public antitrust enforcement* in Italia e nell'Unione europea; iii) lo scenario applicativo

del *private antitrust enforcement* nell'Unione europea e iv) la prospettiva del mercato.

Anche l'edizione del 2019 si pregia, come di consueto, del patrocinio e del fondamentale supporto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della *Autorité de la Concurrence* francese, della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* spagnola, del *Conseil de la Concurrence* del Gran Ducato di Lussemburgo oltre che della Provincia autonoma di Trento.

Il Convegno ha potuto altresì contare sul prezioso contributo di Intesa Sanpaolo e di MLex per quanto riguarda la parte stampa e comunicazione.

Il presente Volume, oltre a rendere fruibili in formato cartaceo i risultati emersi dalle giornate del Convegno (la cui registrazione è visibile *on line* sul sito dell'Osservatorio www.osservatorioantitrust.eu, nella sezione Formazione), è stato pensato per essere un utile strumento di approfondimento per gli studiosi e gli operatori del diritto *antitrust* per una condivisione di nozioni e di esperienze italiane ed europee.

Concludiamo questa breve introduzione con un doveroso ringraziamento ai collaboratori dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza che, con il loro impegno volontario e quotidiano, fanno sì che il nostro sito internet possa contribuire a divulgare in maniera indipendente e con tempestiva efficacia la conoscenza del diritto antitrust nazionale (non solo in Italia ma anche a livello internazionale) e dell'Unione.

Siamo inoltre sinceramente grati al nostro Preside di Facoltà, Prof. Fulvio Cortese, per aver condiviso il progetto che anima il nostro Convegno ed averne supportato la realizzazione.

Ringraziamo, infine, tutto il personale amministrativo e tecnico della Facoltà di Giurisprudenza, che con grande impegno ha contribuito all'ottimale riuscita del Convegno. Un ringraziamento particolare va, anche quest'anno, alla Dott.ssa Giorgia Sartori per l'impegno, la professionalità e la disponibilità che ha dimostrato nell'organizzazione del Convegno ed alla Dott.ssa Valentina Lucatti per l'attenta cura redazionale del presente Volume.

Trento, 8 ottobre 2019

Gian Antonio Benacchio e Michele Carpagnano

LA REALTÀ DEL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT IN ITALIA

Marina Tavassi

*Presidente della Corte d'Appello di Milano
e Presidente della Sezione Impresa di secondo grado*

SOMMARIO: 1. Un giudice specializzato per il private enforcement. 2. La giurisprudenza milanese. 3. I rapporti tra Commissione e Giudici nazionali. 4. La vincolatività delle decisioni delle Autorità Garanti. 5. Il recepimento della Direttiva 104/2014 in Italia. 6. Novità in tema di prescrizione. 7. Il trasferimento del danno a valle. 8. Considerazioni conclusive.

1. Un giudice specializzato per il private enforcement

L'analisi del *case law* del *private enforcement* in Italia appare di grande interesse anche se i provvedimenti sono in generale poco conosciuti, soprattutto all'estero, per un ricorrente problema del nostro Paese di scarsa valorizzazione di quanto avviene nell'ambito del settore giudiziario, ancorché di qualità e innovativo, contribuendo così a dare della giustizia italiana un'immagine negativa sia per quanto riguarda i tempi delle decisioni che per quanto riguarda le competenze e l'impegno dei giudici. Nel settore in esame al contrario l'esperienza dei giudici italiani è ricca e variegata, con approfondimenti e soluzioni innovative che spesso hanno anticipato le soluzioni individuate a livello europeo e le decisioni adottate in altri Paesi, le quali invece hanno ricevuto ampia diffusione ed ampia valorizzazione dalla stampa specialistica, come pure da quella non specializzata.

Può dirsi innanzitutto come l'analisi della casistica italiana in tema di *private enforcement* rende evidente la sussistenza di un consistente divario fra le diverse sedi giudiziarie. E ciò fin da quando il legislatore del 1990 (Legge nazionale antitrust, legge n. 287/1990) rese le Corti d'appello competenti in primo ed unico grado – fatto salvo il grado di

legittimità – per l’applicazione delle norme nazionali (art. 33, secondo comma)¹, riservando alla distribuzione di competenza ordinaria – fra primo e secondo grado, sempre fatto salvo il grado di legittimità – i procedimenti in cui si invocava l’applicazione della normativa europea.

La materia fu poi concentrata, almeno in parte, sulle Sezioni Specializzate: un tempo le 12 Sezioni Specializzate della Proprietà industriale e intellettuale, di primo e secondo grado, competenti solo per le controversie antitrust afferenti ai diritti di proprietà industriale (art. 134 C.P.I.)², poi (dal 2012) trasformate in Sezioni Specializzate dell’Impresa (21, con l’aggiunta di una sezione a Bolzano, quale sezione distaccata rispetto a Trento, cosicché qualcuno afferma che ci sono 22 Sezioni specializzate). In tale ultima occasione si è opportunamente deciso di eliminare la previsione di cui al citato secondo comma dell’art. 33 della legge n. 287/90³, che originariamente recava la distinzione di compe-

¹ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 33, *Competenza giurisdizionale*.

1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d’appello competente per territorio.

² D.lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005, art. 134: *1. Sono devoluti alla cognizione delle sezioni specializzate previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168:*

a) i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l’esercizio dei diritti di proprietà industriale, nonché in materia di illeciti afferenti all’esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e degli articoli 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la cui cognizione è del giudice ordinario, e in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate.

³ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 33, *Competenza giurisdizionale (come modificato dal Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104, Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (Allegato 4, art. 3) e dall’articolo 2 comma 2 del decreto-legge 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”)*.

1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.

tenza fra azioni promosse nell'ambito della normativa nazionale e azioni promosse in applicazione della normativa comunitaria, così riconducendo la distribuzione di competenze fra giudici di primo grado e di appello alle regole ordinarie. La competenza territoriale restava disciplinata in base agli accorpamenti conseguenti all'estensione territoriale delle Sezioni specializzate.

La svolta, che può effettivamente dirsi epocale sotto il profilo della competenza territoriale, è stata determinata dalla previsione coraggiosa, ed a mio avviso molto opportuna, di ricondurre le azioni del *private enforcement* a tre sole sedi giudiziarie (Milano, Roma e Napoli) per tutto il territorio italiano, previsione realizzata con l'art. 18 del d.lgs. n. 3 del 2017⁴, in sede di attuazione della Direttiva c.d. *Enforcement* UE/2014/104.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni.

⁴ D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, *Attuazione della direttiva 2014/104/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*, art. 18, *Competenza dei tribunali per le imprese*:

1. All'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, primo periodo, le parole: «dal comma 1-bis» sono sostituite dalle seguenti: «dai commi 1-bis e 1-ter»;

b) dopo il comma 1-bis è aggiunto il seguente: «1-ter. Per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1-bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti:

a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata);

b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata);

Le ragioni della concentrazione sono da ricercarsi in un doppio ordine di considerazioni, che ne forniscono una motivazione per così dire circolare: da un lato, si è preferito concentrare su pochi giudici realmente specializzati la trattazione della complessa materia, dall'altro si è preso atto della circostanza che di fatto solo in alcune (poche) fra le 21 (o 22) sedi giudiziarie venivano radicate cause antitrust, con la conseguenza che risultava del tutto "antieconomico" sotto il profilo delle risorse umane, specializzare un numero maggiore di giudici, che di fatto o non si sarebbero mai occupati di casi antitrust oppure ne avrebbero dovuto affrontare un numero estremamente ridotto, inidoneo a garantire la tenuta nel tempo della specializzazione e gli approfondimenti e aggiornamenti che la materia costantemente richiede.

Al contrario, questo lungo periodo (quasi un trentennio) di applicazione della normativa in questione ha dimostrato la sussistenza di una forte concentrazione di controversie di *private enforcement* soprattutto in quella che giustamente viene definita la capitale economica del Paese, Milano.

2. La giurisprudenza milanese

Conseguentemente il tema del *private enforcement* vede in Milano un osservatorio privilegiato, dove non solo i numeri elevati delle controversie, ma anche la novità e la continua evoluzione delle questioni trattate pongono la sede milanese in posizione di avanguardia nel panorama italiano, ma anche in quello europeo ed internazionale.

Parlando della quantità si può ricordare che, assumendo come periodo di osservazione gli anni dal 2013 al 2018, fra primo e secondo grado a Milano sono stati pronunciati oltre un centinaio di provvedimenti (103, secondo uno studio condotto dall'Università degli Studi di Mila-

c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria».

no)⁵, di questi 70 sono della Sezione specializzata Impresa di primo grado ed il resto del grado d'appello.

La sorte dei giudizi di primo grado ha visto il sostanziale accoglimento della domanda nel 49% dei casi (34 provvedimenti), mentre i casi di rigetto sono stati 36.

L'analisi di tali ultimi casi restituisce un'amplissima maggioranza di rigetti per insufficienza di prova (33 provvedimenti, per una percentuale del 91%), essendo gli altri casi di rigetto determinati da questioni di rito. Un'analoga analisi dei provvedimenti di secondo grado (in totale 33) evidenzia l'accoglimento dell'appello in 11 casi (pari al 33%).

Con riguardo alle fattispecie esaminate, dei 70 casi di primo grado, 22 riguardavano intese (32%), 46 abusi di posizione dominante (66%), nessun caso di concentrazioni. Un'ulteriore partizione può riferirsi fra i 52 casi di azioni *follow-on* (74%) e i 13 *stand-alone* (19%). Con riferimento ai settori di appartenenza delle diverse azioni, si sono avuti, con un forte incremento nell'ultimo periodo (fra il 2016 ed il 2018), 17 casi riguardanti il settore bancario (24%), 22 riguardanti le c.d. *airport fees* (31%), 18 casi del settore telefonia (26%). In sede di appello si sono avuti 6 casi (dei complessivi 33) in materia di intese (18%), 27 in materia di abuso di posizione dominante (82%), 24 casi *follow-on* (82%) e 6 *stand-alone* (18%). Quanto ai settori coinvolti, 4 casi hanno riguardato il settore bancario (12%), 12 le *airport fees* (36%), 9 il mercato della telefonia (27%), 2 i servizi ipocatastali (6%), essendo questi ultimi provvedimenti emessi dalla Corte d'appello come giudice di primo ed unico grado, secondo la previgente normativa di cui al citato art. 33 l. 287/90.

⁵ Lo studio, denominato GAM - Giurisprudenza Antitrust Milanese, condotto dall'Università degli Studi di Milano, ha raccolto la giurisprudenza milanese generando un *database* che raccoglie le sentenze del Tribunale e della Corte d'appello di Milano, sull'applicazione *private enforcement*. Il *database* è disponibile *online* all'indirizzo <http://gam.eurojus.it/en/>. Il sito, a cura dei dottori Jacopo Alberti e Filippo Croci, ha il sostegno accademico e finanziario della cattedra Jean Monnet del professor Massimo Condanzi e l'approvazione del sottoscritto presidente della Corte d'appello di Milano, Marina Tavassi, presidente anche dell'Associazione AECLJ, *Association of European Competition Law Judges*.

Esaminando il gruppo più numeroso dei casi sopra menzionati, riguardante il settore aeroportuale, merita di essere ricordata la sentenza della Sezione specializzata milanese di primo grado (sent. 7532/2017) che ha affermato la sussistenza della condotta illecita sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante delle società di gestione degli aeroporti di Milano e Roma per l'assegnazione, al di fuori di procedure competitive, del sedime aeroportuale, considerata infrastruttura essenziale per il servizio di avvolgimento bagagli. La Sezione specializzata di primo grado ha utilizzato la *essential facility doctrine*, evoluzione del concetto di "abuso di posizione dominante", capace di ampliare la tutela effettiva dello sviluppo della libera concorrenza nell'interesse dei consumatori attraverso l'applicazione della regola di condivisione obbligatoria della risorsa ritenuta costituire risorsa essenziale, ed ha ritenuto ricorrente anche il profilo della violazione del divieto di intese verticali (stanti gli accordi di esclusiva che caratterizzavano la concessione del sedime alla società concorrente). Ha quindi inibito alle società di gestione aeroportuali di affidare direttamente ad un operatore mediante accordi in esclusiva le aree dei sedimi aeroportuali di Malpensa, Linate e Fiumicino, dedicate al servizio di avvolgimento bagagli.

Un'altra fattispecie del medesimo settore ha riguardato le azioni promosse da diversi vettori aerei nei confronti delle società petrolifere fornitrici di carburante (Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.a. in amministrazione straordinaria contro Tamoil Italia S.p.a., Kri S.p.a. già Shell Italia S.p.a., Kai Srl già Shell Italia Aviazione S.p.a., Shell Italia Holding S.p.a. e con le terze chiamate Total Aviazione Italia Srl, Totalerg S.p.a., Total S.A., Kuwait Petroleum Italia S.p.a., Esso Italiana Srl, Eni S.p.A.). Si è trattato di un gruppo di azioni *follow-on*, in esito all'indagine dell'Agcm condotta nel medesimo settore. Alitalia e altri vettori aerei hanno agito in giudizio chiedendo di accertare che le compagnie petrolifere avevano posto in essere tra il 1998 ed il 2006 una fattispecie di intesa complessa e continuata nel mercato del carburante destinato agli aeromobili, in violazione della disciplina a tutela della libera concorrenza (in particolare, dell'art. 101 TFUE). Le compagnie petrolifere avrebbero ostacolato Alitalia nel progetto di procurarsi autonomamente il carburante (in auto-fornitura); inoltre, l'intesa avrebbe comportato un concordato rialzo dei prezzi per la fornitura del *jet fuel*. Le conseguenze

sarebbero state, oltre al danno emergente, un notevole ricarico dei prezzi dei biglietti aerei, con la conseguente mancata possibilità per Alitalia di presentarsi sul mercato dell'aviazione civile con una strategia competitiva, ed ancora con conseguente danno all'immagine.

Le compagnie petrolifere, a loro volta, decidevano di chiamare nei procedimenti le società incaricate della gestione degli aeroporti coinvolti (come SEA, ADR, ecc.), asserendo che gli aumenti operati sul prezzo del carburante erano da attribuire ai sovrapprezzi (*overcharge*) loro imposti da dette società per l'occupazione degli spazi aeroportuali necessari all'espletamento del servizio di rifornimento del carburante. Le società chiamate in causa negavano l'esistenza dei pretesi sovrapprezzi, asserendo che, in un mercato regolato dalle autorità di regolamentazione (IATA ed ENAC, incaricate del controllo del traffico aereo), i prezzi applicati fossero in linea con i costi e con i prezzi imposti. I giudici decidevano di nominare un consulente esperto di economia, affinché, esaminati gli atti e i documenti prodotti dalle parti ed acquisite le informazioni utili, esaminasse i costi affrontati dalle compagnie petrolifere, la dinamica del supplemento di carburante, la posizione di mercato delle compagnie attrici, la determinazione delle componenti delle tariffe dei biglietti posti a carico dei consumatori finali, secondo il fenomeno del c.d. *passing-on*. Infatti, le società convenute e le terze chiamate avevano svolto una difesa in tal senso, asserendo che in ogni caso le attrici non avevano subito alcun danno, avendo trasferito l'*overcharge* a valle sul prezzo finale dei biglietti imposto ai passeggeri.

In esito alla consulenza tecnica emergeva la sussistenza di un sovrapprezzo non giustificato per l'occupazione del sedime aeroportuale e l'impossibilità di stabilire se detto sovrapprezzo fosse stato in tutto o in parte trasferito a valle sui consumatori finali. I primi giudici ritenevano quindi le azioni proposte fondate e condannavano le società di gestione aeroportuale a restituire parte del canone ricevuto dalle compagnie petrolifere a titolo di risarcimento danno.

Tali decisioni, impugnate dinanzi alla Sezione specializzata delle Imprese di secondo grado, sono state sostanzialmente confermate, ad eccezione di alcune revisioni circa l'ammontare dei danni liquidati.

A tale riguardo la Corte d'appello, avvalendosi di una nuova strategia, decideva in alcuni casi di delegare a un mediatore esterno il tentati-

vo di bonario componimento degli aspetti ancora controversi (in sostanza il *quantum*). Il tentativo esperito sortiva esito positivo solo in un caso.

Gli altri casi sono stati decisi dalla Corte sostanzialmente in modo conforme alle decisioni dei primi giudici, a volte con riduzioni nel risarcimento liquidato.

Nell'impossibilità di ricordare i tanti provvedimenti pronunciati, si può fare menzione dei più significativi, come la sentenza n. 7638/2016, pubblicata il 17.06.2016, nella controversia che ha visto opposte la società ATTRAKT e GOOGLE, caso riguardante una dedotta ipotesi complessa, di violazione antitrust, abuso dipendenza economica, concorrenza sleale; ovvero l'ordinanza n. 14634/2017, emessa il 19.06.2017, nel caso VAPORART contro FACEBOOK in tema di rifiuto a contrarre; o ancora l'azione di classe promossa nel 2016 da Altroconsumo nei confronti di Samsung Electronics Italia⁶, per il risarcimento del danno sofferto dai consumatori che avevano acquistato in Italia, nel periodo 16.08.2009-19.12.2014, uno dei modelli di smartphone o di tablet distribuiti da Samsung Electronics Italia s.p.a., indicati in specifico elenco, in relazione alla dimensione della memoria effettiva del dispositivo, inferiore rispetto ai valori nominali dichiarati dal produttore. Dopo che l'azione era stata dichiarata ammissibile (con ordinanza confermata dalla Corte d'Appello di Milano)⁷, l'attività necessaria alle adesioni degli interessati non veniva proseguita, con conseguente abbandono della vertenza.

Nell'attività dei giudici italiani, e milanesi in particolare, oltre alla Direttiva 2014/104/UE⁸, i riferimenti più ricorrenti vanno agli artt. 101-102 TFUE e agli artt. 2-3 della legge n. 287/90, nonché alle Linee Guida della Commissione del 13 giugno 2013⁹. Altro testo di riferimento è

⁶ Ordinanza di ammissibilità del Tribunale di Milano del 10 novembre 2016 (pres. Marangoni, est. Perrotti), così come integrata dal successivo provvedimento del 10.04.2017 (r.g. 17682/2016).

⁷ Ordinanza 6 giugno 2017, pres. Tavassi, est. Scalise.

⁸ Direttiva n. 2014/104 del 26 novembre 2014: del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 (G.U.U.E. del 05.12.2014, l. 349/I).

⁹ Comunicazione sulla quantificazione dei danni nelle azioni basate sulle violazioni degli artt. 101 e 102 del TFUE e guida pratica (2013/C 167/07 del 13.06.2013).

dato dalla Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004 sulla Cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali¹⁰ e poi, fin dai provvedimenti più risalenti, al Regolamento (CE) n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, sull'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

3. I rapporti tra Commissione e Giudici nazionali

Interessante in base alle norme del Regolamento 1/2003 l'utilizzo dello strumento della cooperazione fra giudici e Commissione, secondo la previsione di cui all'art. 15, appunto intitolato "Cooperazione con le giurisdizioni nazionali", che disciplina la trasmissione di informazioni, l'invio alla Commissione di copia delle sentenze (di fatto scarsamente ottemperata dagli Stati e dai giudici), la possibilità di presentare informazioni scritte o orali da parte della Commissione ai giudici delle controversie in atto nei singoli Stati.

Le Autorità Garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione possono chiedere alla competente giurisdizione dello Stato membro di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato.

Inoltre, la Commissione si propone come *amicus curiae* verso le Corti nazionali e può quindi intervenire su richiesta dei giudici (art. 15 Reg. 1 e punti 21-26 della Comunicazione sui rapporti Commissione / Giudici) che si rivolgano alla Commissione o al fine di ottenere informazioni e/o pareri. Ma l'intervento può essere anche su iniziativa della Commissione, che ritenga di far pervenire osservazioni scritte ovvero osservazioni orali, in questo caso solo previa autorizzazione del giudice.

Laddove l'intervento della Commissione avviene su richiesta dei giudici, le informazioni richieste possono vertere su eventuali procedimenti pendenti sul medesimo caso o casi simili, oppure su altre notizie che appaia necessario o opportuno acquisire. Un esempio è stato sperimentato su iniziativa della Sezione specializzata Impresa di Milano, nel

¹⁰ G.U.U.E. del 24.04.2004, C 101.

caso Centri Sportivi contro Comune di Milano, che sarà meglio esaminato in seguito.

Certo le informazioni richieste ed ottenute devono fare i conti con i limiti di riservatezza (secondo l'art. 287 CE e l'art. 339 TFUE), con le operazioni economiche segrete e con le informazioni segrete, rispettando in particolare le regole di cui agli artt. 5 e 6 della Direttiva 104 circa le limitazioni di accesso al fascicolo di cui ai *leniency programmes*.

Quanto alle richieste di pareri provenienti dai giudici, queste possono riguardare opinioni su questioni attinenti l'*enforcement* delle politiche antitrust, su questioni economiche concernenti l'individuazione dei soggetti coinvolti, o più genericamente su questioni di fatto e di diritto¹¹. È da rimarcare che le opinioni così espresse non sono vincolanti per i giudici, cosicché lo strumento, benché spesso non gradito ai difensori del soggetto accusato della violazione, preoccupati di un possibile intervento sanzionatorio da parte della Commissione, potrebbe essere utilizzato ben più ampiamente, se non fosse per il possibile rallentamento della procedura dal momento che i tempi della risposta non sono brevi.

Va poi considerata anche l'ipotesi di intervento su iniziativa della Commissione, la quale può far pervenire osservazioni scritte ed orali su questioni relative all'applicazione degli artt. 81 and 82 (ora artt. 101-102 TFUE) ove ritenuto necessario dalla stessa Commissione ai fini della loro uniforme applicazione (art. 15.3 Reg. n.1/03 e p.ti 31-35 della

¹¹ La Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE (13 febbraio 1993), così recita: «I giudici nazionali potranno, entro i limiti del diritto procedurale nazionale, rivolgersi alla Commissione, e in particolare alla Direzione generale della Concorrenza, per chiederle informazioni. Si tratterà in primo luogo d'informazioni di carattere procedurale, richieste per sapere se una determinata pratica è pendente dinanzi alla Commissione, se è oggetto di una notifica, se la Commissione ha ufficialmente avviato il procedimento e se si è già pronunciata con decisione ufficiale ovvero tramite lettera amministrativa dei suoi uffici. Se necessario i giudici nazionali potranno anche chiedere alla Commissione un parere sui tempi probabili di concessione o di diniego dell'esenzione individuale per gli accordi o le pratiche notificati, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di sospensione del giudizio o la necessità di adottare provvedimenti provvisori» (punto 37). «Inoltre i giudici nazionali potranno consultare la Commissione su questioni giuridiche» (punto 38).

già citata Comunicazione sui rapporti Commissione/Corti nazionali). La Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (Comunicazione del 27 aprile 2004) avverte che

Il trattato CE, [...] non prevede esplicitamente una cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione. Tuttavia, nell'interpretare l'articolo 10 del trattato CE, che prescrive agli Stati membri di facilitare l'adempimento dei compiti della Comunità, le giurisdizioni comunitarie hanno dichiarato che questa disposizione del trattato impone alle istituzioni europee e agli Stati membri un dovere reciproco di leale collaborazione allo scopo di conseguire gli obiettivi del trattato stesso. L'articolo 10 del trattato implica quindi che la Commissione è tenuta ad assistere le giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario. Analogamente le giurisdizioni nazionali possono essere tenute ad assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti (*punto 15*).

In tale ottica, le osservazioni della Commissione possono riguardare l'analisi giuridico-economica dei fatti inerenti il caso di specie. Le forme di detto intervento si esplicano secondo le regole e le procedure dei singoli Stati, da concordare ove necessario con il giudice competente per il singolo procedimento. Se ne sono avuti famosi esempi, così nel caso sottoposto alla Corte d'appello di Parigi, *Garage Gremeau/Daimler Chrysler*¹², dove la Commissione è per la prima volta intervenuta a

¹² ECJ, Case C-429/07 - *Inspecteur van de Belastingdienst*, sent. 11 giugno 2009. Su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Gerechtshof di Amsterdam nell'ambito di una controversia nazionale relativa alla deducibilità fiscale di un'ammenda inflitta da una decisione della Commissione. Massime della sentenza:

“L'art. 15 del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, intitolato «Cooperazione con le giurisdizioni nazionali», istituisce una procedura di scambio d'informazioni reciproco fra la Commissione e gli organi giurisdizionali degli Stati membri e prevede, in circostanze determinate, la possibilità d'intervento della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali.

Un'interpretazione letterale dell'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento n. 1/2003 porta a considerare che la facoltà per la Commissione, agendo d'ufficio, di presentare osservazioni scritte ai giudici degli Stati membri è subordinata all'unica

fornire le proprie osservazioni all'autorità giudiziaria davanti alla quale pendeva un caso di distribuzione selettiva sotto il profilo quantitativo, e nel caso di cui si è occupata la Corte di Giustizia, noto come *Inspecteur van de Belastingdienst*¹³.

condizione che ciò sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE. Siffatto requisito può essere soddisfatto anche nei casi in cui il procedimento interessato non verta su questioni relative all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE.

Peraltro, gli artt. 81-83 CE devono essere intesi come facenti parte di un insieme complessivo di prescrizioni dirette a vietare e a sanzionare le pratiche anticoncorrenziali; l'obiettivo dell'art. 83 CE è, segnatamente, quello di garantire l'efficacia del controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante. Disgiungere il divieto generale di pratiche anticoncorrenziali dalle sanzioni previste per l'inosservanza dello stesso equivarrebbe a privare di efficacia l'azione delle autorità incaricate di vigilare sul rispetto del divieto in parola e di sanzionare siffatte pratiche. Le disposizioni degli artt. 81 CE e 82 CE sarebbero quindi inoperanti se non fossero corredate di misure coercitive ex art. 83, n. 2, lett. a), CE. Esiste un intrinseco legame tra le ammende e l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE. L'efficacia delle sanzioni inflitte dalle autorità garanti della concorrenza nazionali o comunitarie in forza dell'art. 83, n. 2, lett. a), CE è pertanto una condizione per l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE e 82 CE.

La decisione che un organo giurisdizionale di uno Stato membro è chiamato a prendere nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE è idonea a incidere sull'efficacia delle sanzioni in materia di pratiche anticoncorrenziali ex art. 83, n. 2, lett. a), CE e, quindi, rischia di compromettere l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE.

L'art. 15, n. 3, primo comma, terza frase, del regolamento n. 1/2003 deve quindi essere interpretato nel senso che esso autorizza la Commissione a presentare d'ufficio osservazioni scritte all'organo giurisdizionale di uno Stato membro nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE".

¹³ Il caso è iniziato nel 2006 con l'intervento della Commissione davanti alla Corte d'appello di Parigi e si è concluso con la sentenza della Cassazione del 07.06.2007 n. 5/17909. Si tratta del primo caso di presentazione di osservazioni scritte da parte della Commissione, svolte con l'intento di interpretare il concetto di distribuzione selettiva sotto il profilo quantitativo, alla luce del Reg. 1400/2002. Daimler aveva rifiutato di concludere un nuovo accordo di distribuzione con il suo precedente distributore, Garage Gremeau, avendo questi ecceduto il numero di distributori previsto dall'accordo contrattuale.

A tale proposito merita di essere ricordato il caso in tema di Aiuti di Stato¹⁴, nel quale la Sez. Spec. Impresa di Milano (con ordinanza del 1° febbraio 2016) ha chiesto un parere alla Commissione Europea, ai sensi dell'art. 15 del Reg. 1/2003, per valutare se la situazione di favore ingenerata dal Comune di Milano (appianando a fine esercizio le perdite del gruppo dei centri sportivi denominati Milano Sport, con interventi finanziari dello stesso ente locale) potesse rappresentare un aiuto di Stato idoneo a falsare il gioco della concorrenza sul mercato. Nello stesso tempo i giudici milanesi chiedevano alla Commissione informazioni circa la pendenza di casi analoghi.

La Sezione milanese, dopo aver esaminato la Direttiva sugli aiuti di Stato e le caratteristiche necessarie per qualificare come aiuto di Stato tale rimborso, ha ritenuto che il sospetto poteva essere fondato posto che questo tipo di sostegno finanziario concesso dal Comune ai centri sportivi, che esercitavano l'attività sotto il suo controllo, poteva effettivamente rappresentare una forma di indebito aiuto reso dall'ente territoriale. Tuttavia, non era facile determinare se questo tipo di sostegno potesse essere giustificato in considerazione dell'interesse pubblico del benessere dei cittadini anziani e in difficoltà.

Per questo motivo, utilizzando la previsione dell'art. 15 del Regolamento n. 1/2003 e la Comunicazione della Commissione sull'applicazione del diritto in materia di aiuti di Stato da parte dei tribunali nazionali, la Sezione specializzata milanese decideva di chiedere un'informazione e un parere alla Commissione europea, al fine di ottenere rispettivamente notizie su un eventuale procedimento pendente e un chiarimento sulla possibilità di qualificare tale operazione come aiuto di Stato sulla base della Direttiva in materia.

¹⁴ Caso Quanta c. Comune Milano e Milano Sport, proposto davanti alla Sez. Spec. Impresa di Milano. L'associazione sportiva Quanta deduceva che il sostegno fornito dal Comune di Milano (ripiamento delle perdite ad ogni fine esercizio) a Milano Sport (in cambio della imposizione di prezzi agevolati agli anziani ed a soggetti svantaggiati) integrasse violazione delle regole di concorrenza sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante ed integrasse aiuto di Stato non autorizzato ed illegittimo. In particolare, il Comune imponeva ai centri sportivi di Milano Sport l'obbligo di applicare prezzi più bassi agli anziani e ai cittadini svantaggiati; in cambio il Comune avrebbe ricapitalizzato questi centri alla fine di ogni anno finanziario.

Con lettera del 16 marzo 2016¹⁵, la Commissione escludeva la pen- denza avanti a sé di un procedimento relativo al caso dei centri sportivi di Milano.

In seguito, trasmetteva un documento intitolato “Parere della Com- missione”¹⁶, affermando che il Tribunale di Milano aveva fornito un’inter- pretazione eccessivamente ampia dell’ambito di applicazione della Direttiva sugli aiuti di Stato e dell’impatto del caso specifico sul com- mercio tra Stati membri, che al contrario andava escluso.

La Commissione affermava che, se il sostegno era fornito esclusi- vamente agli utenti locali, un effetto reale sulla concorrenza tra Stati membri era improbabile e non vi erano conseguenze sugli scambi tra Stati membri. A differenza di quanto prospettato dal Tribunale di Mila- no, la Commissione riteneva che il Regolamento di nuova elaborazione, n. 651/2014¹⁷, fosse applicabile *ratione temporis*. Secondo la Commis- sione l’art. 58, comma 1, di detto Regolamento era da ritenere applica- bile anche agli aiuti forniti prima dell’entrata in vigore del medesimo, a condizione che detti aiuti potessero soddisfare tutti i requisiti del Rego- lamento stesso.

In secondo luogo, la Commissione rilevava che l’art. 55, comma 1 del Regolamento stabiliva che il sostegno finanziario concesso ai centri sportivi era compatibile con l’art. 107, par. 3, TFUE ed era altresì esen- tato dall’obbligo di comunicazione di cui all’art. 108, comma 3 TFUE. L’unica condizione era che questi supporti finanziari rispettassero l’art. 55, contenente disposizioni generali applicabili a tutti i tipi di aiu- ti.

Riferendosi in particolare al caso milanese, la Commissione osser- vava come il sostegno finanziario (rimborso) ricevuto da Milano Sport avesse l’unico scopo di promuovere il benessere dei cittadini anziani e svantaggiati. Il sostegno finanziario dato dal Comune di Milano poteva essere considerato un mero aiuto al funzionamento, ai sensi dell’art. 55, comma 7, lett. b e ai paragrafi 6, 9, 11 del Regolamento n. 651/2014.

¹⁵ Rif. COMP C4 / DP / jfp D 2016.

¹⁶ In data 14 dicembre 2016 sj.c /2016/7584812.

¹⁷ Regolamento UE n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che di- chiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato, in GUUE 26.06.2014, L 187/1.

Inoltre, l'art. 4, comma 1, lett. bb) del Regolamento n. 651 stabiliva un importo totale massimo annuo a seconda del tipo di aiuto. Secondo la Commissione, il Regolamento indicato era applicabile nello specifico caso, perché a Milano Sport venivano concessi aiuti che non superavano tali importi e non costituivano alcun impatto sugli scambi tra gli Stati Membri. Interessante anche il riferimento alla Comunicazione della Commissione EU del 05.12.2008 sugli orientamenti circa le priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 TCE (ora 102 TFUE).

Infine, la Commissione sottolineava che l'autorità competente a dare l'interpretazione finale delle norme in materia di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 267 TFUE, fosse la Corte di Giustizia dell'UE.

Dopo aver ricevuto il parere della Commissione, la Sezione Specializzata Imprese di Milano decideva il caso conformandosi alle indicazioni della Commissione e rigettando le domande sotto tutti i profili dedotti. Con sentenza del 4 aprile 2018, escludeva la violazione antitrust in relazione sia alla deduzione degli aiuti di Stato, sia all'abuso di posizione dominante, per mancanza di prove della situazione di dominanza della convenuta e dell'abuso escludente. L'intervento del Comune non aveva determinato preclusioni anticoncorrenziali, né aveva pregiudicato il mercato dei consumatori.

I giudici milanesi escludevano inoltre la concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c. e in conclusione rigettavano tutte le domande delle attrici.

Altra problematica complessa con cui si sono confrontati i giudici del *private antitrust enforcement* attiene all'utilizzazione del materiale istruttorio acquisito dall'Agn (art. 14.3 l. n. 287/1990) ed alla possibile utilizzazione degli elementi informativi utili ai fini dell'accertamento dei c.d. "effetti distorsivi" delle violazioni (in termini di esistenza dei danni e del nesso causale). Quanto alle modalità di acquisizione si può pensare alla spontanea produzione delle parti o alla richiesta di informazioni rivolte dal giudice all'Autorità (in quanto Pubblica Amministrazione) ai sensi dell'art. 213 c.p.c. Entrambe le soluzioni trovano però dei limiti nelle liste di informazioni assolutamente riservate ed in quelle acquisibili sia pure a certe condizioni e per certe finalità di cui agli artt. 5-8 della Direttiva.

4. La vincolatività delle decisioni delle Autorità Garanti

Una problematica sicuramente cruciale attiene al c.d. effetto vincolante delle decisioni dell'Agn¹⁸, effetto riconosciuto solo nei confronti dei giudici dello Stato membro cui detta Autorità appartiene, solo per le decisioni positive, non per quelle negative, e solo per le decisioni che applicano gli artt. 101 e 102 TFUE e non per quelle che applicano il diritto nazionale. Un'ulteriore limitazione importante è data dall'estensione di detto effetto vincolante che può riguardare esclusivamente la sussistenza della violazione antitrust, o in altri termini del comportamento e della sua valutazione negativa in forza della normativa europea sulla concorrenza, ma non può comprendere l'accertamento del danno e del nesso di causalità, e ciò ai sensi dell'art. 9 della Direttiva 104/2014. L'esatta espressione utilizzata da detta norma prevede che la decisione sulla violazione "sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno" e quindi solo a detti fini, limitatamente all'accertamento della violazione, ma non per gli altri necessari presupposti nell'azione.

Nel caso di decisione adottata dall'AG di altro Stato membro, tale decisione rappresenta solo una «prova 'prima facie'», il che significa che può essere apprezzata come prova di immediato rilievo, ma che può essere superata dalle altre prove tipiche e atipiche acquisite nel processo secondo le regole dell'ordinamento nazionale.

Rimane poi senza una risposta univoca il quesito se l'utilizzazione della decisione intervenuta da parte di un'Autorità Garante, sia essa nazionale o di altro Stato, possa essere introdotta fra il materiale processuale, per iniziativa di parte o *ex officio*. A tale quesito la Direttiva non dà risposta e quindi potrà trovarsi la soluzione nell'ambito degli ordinamenti interni, anche se il quesito rimane più teorico che concreto, perché nella realtà sarà interesse di una delle parti far valere l'esistenza della decisione dell'AG o della Commissione.

Non è tuttavia da escludersi che possa esservi un'acquisizione d'ufficio della decisione e ciò sia in forza della previsione di cui al già ri-

¹⁸ La scelta trova le sue radici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia con le sentenze del 28.01.1991, C-234/89, *Delimitis* e del 14.12.2000 C-344/98, *Masterfoods*.

cordato art. 213 c.p.c., per quanto riguarda il diritto italiano, sia in forza del generale rilievo che i provvedimenti della Commissione sono pubblicati, come pure quelli delle Agn, sui rispettivi bollettini, ancorché l'indagine possa rivelarsi complessa da parte dei giudici di altri Paesi, anche perché – per quanto riguarda il nostro sistema processuale – l'art. 97 delle disp. att. al cod. proc. civ., intitolato “Divieto di private informazioni”, esclude che il giudice possa ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé e che possa autonomamente ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria.

Uno dei primi casi nazionali in cui si è discusso dell'effetto delle decisioni dell'Autorità Garante rispetto ad un giudizio di danni iniziato davanti al giudice ordinario è stato proposto ai giudici milanesi, nel caso promosso da Inaz Paghe s.r.l. contro l'Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro. Si trattava di un caso di boicottaggio, con conseguenti effetti distorsivi sulla concorrenza, posto in essere da un'associazione di categoria di consulenti di lavoro ai danni di una società produttrice di software per l'elaborazione di paghe e contributi previdenziali. La Corte d'appello di Milano accolse le domande di Inaz Paghe¹⁹.

Il caso venne infine deciso dalla Cassazione²⁰, la quale affermò che nel giudizio instaurato per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, sebbene le conclusioni assunte dall'Agcm, nonché le decisioni del Giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato quelle decisioni, costituiscano una “prova privilegiata”, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie. Molte sentenze, sia di legittimità che di merito, in diversi successivi casi (tutti anteriori all'applicazione della Dir. 104/2014) hanno ripreso il concetto di “prova privilegiata” (vedi conforme Cass. n. 7039/12 ed ancora Sez. Impresa Milano, sent. 11.06.2018, Korean Airlines c. SEA).

L'art. 16 del Reg. 1/2003, come è noto, aveva già risolto il problema nel senso della vincolatività, sia pur limitata entro precisi confini, delle

¹⁹ Sent. n. 3173/2004 del 10 dicembre 2004.

²⁰ Sent. n. 3640 del 13.02.2009 Ass. Naz. Consulenti Lav. c. Inaz Paghe S.r.l.-estensore Marina Tavassi.

decisioni della Commissione. Il testo di detto articolo, infatti, prevede che

Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato (artt. 101,102 TFUE) che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati.

La norma si conclude con l'aggiunta: "Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato".

In tale scenario è intervenuta la Direttiva 104/2014 (c.d. *Direttiva Enforcement*). Con riferimento al suo ambito di applicazione temporale, è stato previsto che le misure nazionali per il recepimento non si dovessero applicare retroattivamente e non potessero riguardare azioni in merito alle quali un giudice nazionale fosse stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014 (art. 22 della Direttiva).

La Direttiva ha introdotto una serie di regole dichiaratamente tese a facilitare il risarcimento del danno da illecito antitrust, quali la c.d. *disclosure* o divulgazione delle prove (artt. 5-8), la regolamentazione degli effetti delle decisioni dell'Agn (art. 9), i termini di prescrizione (art. 10), la responsabilità solidale (art. 11), il trasferimento del sovrapprezzo o *passing-on* (artt. 12-16), i criteri per la quantificazione del danno (art. 17), la composizione consensuale delle controversie (artt. 18 e 19).

Riguardo al tema chiave dell'effetto delle decisioni delle Agn, l'art. 9 dispone che

Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi degli articoli 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

Quanto all'effetto delle decisioni emesse dalle AG di altri Paesi, il secondo paragrafo della stessa norma stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.

Il terzo paragrafo dispone che “il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE”, consacrando quindi ancora una volta il ruolo di interprete finale del diritto europeo attribuito alla Corte di Giustizia.

In tale contesto ci si è chiesti se le decisioni delle Agn costituissero un presupposto necessario dell'azione risarcitoria. La risposta non può che essere negativa ove si osservi che risulta ora chiaramente stabilito che la decisione definitiva di un'Agn circa una violazione del diritto della concorrenza deve essere ritenuta come definitivamente accertata da parte dei giudici dello stesso Stato membro. Non è quindi una «prova privilegiata», ma ha efficacia vincolante. Risulta tuttavia evidente che la formulazione della norma è concepita nell'ipotesi che una decisione di un'AG sia già intervenuta (come pure per l'art. 16 del Reg. 1/2003 rispetto alle decisioni della Commissione), non potendo in nessun caso essere letta nel senso che obbligatoriamente si debba attendere una pronuncia della Commissione o di un'Autorità Garante prima di intraprendere un'azione risarcitoria davanti ad un giudice civile. La giurisprudenza nazionale si è espressa in maniera consolidata in questo senso²¹.

In alcuni casi di azioni *follow-on*, cui ancora non si applicavano i nuovi vincoli, la giurisprudenza di merito fin dai casi più risalenti ha attribuito elevata rilevanza alle decisioni dell'Agcm²², ma ha escluso, in maniera certa e consolidata, un rapporto di pregiudizialità fra procedi-

²¹ Cass. sent. n. 11610 del 26.05.2011; n. 17362 del 18.08.2011; n. 7039 del 09.05.2012; n. 12551 del 22.05.2013; n. 11904 del 28.05.2014.

²² Si vedano: App. Napoli, sent. 03.05.2005, Nigriello c. SAI; App. Bari 09.08.2005, Cetel + al. C. Enel; Trib. Roma, sent. 2006, KM Zundholz International c. Consorzio Industrie Fiammiferi.

mento amministrativo e azione di *private enforcement* per il risarcimento²³.

Già nei casi più risalenti era stata affermata l'indipendenza degli accertamenti condotti dall'Agcm in sede amministrativa e dal giudice civile in sede giudiziaria²⁴. L'esclusione della pregiudizialità necessaria riceve conferma dalla categoria delle azioni c.d. *stand-alone* che rappresentano uno strumento, non solo mai messo in dubbio, ma anche considerato quale valida alternativa al *public enforcement*. Si è detto che nella giurisprudenza questa tipologia di azioni, sia pure minoritaria rispetto alle azioni *follow-on*, è tuttavia presente ed è stata da molti considerata più equa per le imprese, le quali sono sì soggette agli obblighi risarcitori nei confronti dei danneggiati ma sono esentate dalla sanzione dell'Autorità amministrativa. Tale esenzione è meramente di fatto, dal momento che il rischio di essere esposti all'indagine del *public enforcement* permane, anche se molto remota essendo probabile che in simili casi sia stata fatta una valutazione di scarso interesse del mercato rispetto alla fattispecie in esame.

Del resto, vi sono esempi in cui sono stati considerati i rapporti fra risarcimento danni e sanzione in sede amministrativa per evitare che vi sia una incontrollata moltiplicazione delle conseguenze negative per le imprese sotto accusa. È interessante a tal proposito che la stessa Direttiva prenda in considerazione una possibile interazione tra danni e sanzioni amministrative, stabilendo all'art. 18 comma 3 che “un'autorità garante della concorrenza può considerare un fattore attenuante il risarcimento versato a seguito di una transazione consensuale e prima della sua decisione di infliggere un'ammenda”.

²³ In tal senso: Cass. 01.02.1999 n. 827; S.U. 04.02.2005 n. 2207; Sez. 3, 02.02.2007 n. 2305; App. Milano ord. 05.02.1996, Comis c. Fiera di Milano; 25.09.1995, Sanguinetti c. ANIA; 15.05.1996, Auchan c. Faid; sent. 10.12.2004, Inaz/Ass. Cons. Lav.; ed ancora più di recente Sez. Impresa Milano, 16.02.2018, Qatar Airways/SEA.

²⁴ App. Napoli, 09.02.2006, Nigriello c. UNIPOL; App. Catania 15.03.2007, ed altri casi in tema di responsabilità civile da circolazione di autoveicoli.

Del resto l'art. 20 comma 1 lett. a) prevede che possa esservi un riesame differito nel tempo della Direttiva e prevede che

la Commissione, nell'attività di riesame della Direttiva, dovrà altresì considerare: a) il possibile impatto degli oneri finanziari derivanti dal pagamento di ammende inflitte da un'autorità garante della concorrenza per una violazione del diritto della concorrenza sulla possibilità per i soggetti danneggiati di ottenere il pieno risarcimento per il danno causato da tale violazione del diritto della concorrenza.

Giova ricordare in proposito i casi Pre-Insulated Pipes del 1998 e Nintendo del 2002 in cui la Commissione ha disposto la riduzione delle sanzioni a fronte della circostanza attenuante dell'intervenuto risarcimento pagato alle vittime; ed ancora il caso del Trib. Primo Grado, T-59/02, Archer Daniels Midland Company ADM, sentenza del 27.09.2006, in cui è stata fatta una simile considerazione.

Non sussiste tuttavia alcun obbligo della Commissione di garantire una riduzione delle sanzioni in dipendenza o in rapporto proporzionale rispetto al risarcimento eventualmente erogato.

5. Il recepimento della Direttiva 104/2014 in Italia

Il recepimento della Direttiva 104 nell'ordinamento nazionale, che avrebbe dovuto intervenire entro il 27 dicembre 2016, è stato deliberato nel nostro Paese con la legge delega 9 luglio 2015 n. 114, che ne ha dettato le regole principali. Fra queste merita di essere menzionato l'art. 2 c. 1, lett. d), che ha imposto al legislatore di prevedere, nell'ambito del recepimento della Direttiva, la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, concentrando le controversie relative alle violazioni disciplinate dal decreto di attuazione della Direttiva 2014/104/UE presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale.

È quindi intervenuto, con alcuni giorni di ritardo rispetto alla scadenza prevista, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della Diretti-

va 2014/104/UE, entrato in vigore il 3 febbraio 2017, che nel recepire l'art. 9 della Direttiva ha stabilito (art. 7 Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza):

1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

Ha poi aggiunto:

- che il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima;
- che quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

Trasponendo nell'ordinamento nazionale la previsione del secondo paragrafo dell'art. 9, ne ha sostanzialmente ricalcato la portata stabilendo che la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.

In modo assolutamente identico rispetto alla previsione del terzo paragrafo dell'art. 9 della Direttiva, è previsto che le disposizioni del citato articolo (art. 7 della d.lgs. n. 3/2017) lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, confermando la supremazia della Corte di Giustizia nell'interpretazione del diritto europeo.

Gli effetti della Direttiva *Enforcement* sono già stati avvertiti nel nostro Paese anche prima della sua effettiva trasposizione nell'ordinamento nazionale. Infatti, la Corte di Cassazione, con la sentenza *Cargest* del

04.06.2015²⁵, invitava i giudici del merito a fare ampia applicazione dei poteri istruttori loro concessi dalla normativa vigente, ed in particolare della consulenza tecnica d'ufficio, in considerazione della prioritaria protezione dei diritti dei consumatori e dell'asimmetria informativa di cui questi ultimi erano vittime. In tali indicazioni richiamava – appunto prima del recepimento nel sistema nazionale – i principi elaborati dalla Direttiva.

Tale impostazione veniva condivisa e fatta propria dalla Sezione Specializzata di Milano nel caso *Arslogica c. IBM Italia* (sent. Del 12.04.2016).

Sembra essersi distaccato da tale orientamento il Tribunale di Roma, in un caso coinvolgente i rapporti fra diritto di brevetto e concorrenza, deciso con la sentenza del 24 marzo 2017, *Ministero della Salute c. Pfizer*. Si trattava di un'azione risarcitoria intentata dal Ministero della Salute a seguito dell'accertamento da parte dell'Agcm dell'anti-competitività di una condotta posta in essere dalla società multinazionale Pfizer. In particolare l'Autorità aveva rilevato che, quando il farmaco Xalatan era stato sviluppato, la società Pharmacia AB (poi acquisita da Pfizer) non aveva presentato la domanda per il relativo certificato di protezione brevettuale complementare (CCP) in Italia. Successivamente, Pfizer, mediante una procedura complessa e non del tutto regolare, aveva ottenuto un'estensione della tutela brevettuale. Come ritenuto dall'Autorità, questi comportamenti dimostravano l'esistenza di una strategia mirante ad impedire l'ingresso nel mercato delle imprese genericiste, che in quanto tale costituiva un abuso di posizione dominante.

Il Ministero della Salute agiva quindi nei confronti di Pfizer per ottenere da essa il risarcimento del danno e instaurava la controversia innanzi al Tribunale di Roma. La stima del danno subito veniva calcolata dal Ministero della Salute considerando la differenza di prezzo dei farmaci in questione moltiplicato per il numero di confezioni vendute nel periodo tra l'ottobre del 2009 e il maggio del 2010, periodo successivo alla scadenza brevettuale del settembre 2009, fino all'ingresso sul mercato dei genericisti.

²⁵ Sent. N. 11564/2015, *Comi e al./Cargest S.r.l.*, riguardante il mercato all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli di Roma.

Il Tribunale di Roma considerava in primo luogo che l'efficacia vincolante prevista dall'articolo 7 del D.lgs. n. 3 /2017 per le decisioni definitive adottate dall'Agcm non era applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame. Riteneva poi che la decisione sulla validità del brevetto divisionale del Board of Appeal dell'EPO, presa dopo la chiusura del procedimento dell'Agcm, rappresentasse un elemento di novità rispetto all'indagine dell'Agcm e concludeva affermando che, nell'esercizio di un diritto di privativa che doveva ritenersi azionato in conformità con la normativa, in difetto della prova della distorsione della finalità che ne informava la tutela, non era possibile ravvisare alcuna condotta illecita, in quanto trattavasi di attività finalizzata a tutelare un interesse riconosciuto dall'ordinamento.

Quanto alla sussistenza di un nesso causale tra le condotte di Pfizer e il danno lamentato, il Tribunale aggiungeva che parte attrice, che ne era onerata, non aveva fornito sufficiente prova della sussistenza degli elementi causali che avrebbero determinato l'ingresso nel mercato dei genericisti nel maggio 2010, in luogo del settembre 2009. In particolare mancava la prova che, in assenza della condotta assunta quale abusiva, i genericisti sarebbero entrati nel mercato ad ottobre 2009. Rilevava inoltre che dagli atti del procedimento era presente la segnalazione all'Agcm effettuata Ratiopharm, nella quale la stessa affermava di essere pronta a entrare nel mercato a partire proprio dal maggio 2010.

Da ultimo il Tribunale riteneva che, in ogni caso, l'amministrazione fosse onerata della prova del danno patito dal SSN e che al fine di quantificare l'asserito danno la stessa amministrazione avrebbe potuto e dovuto documentare la quantità di confezioni di Xalatan vendute in Italia e la spesa sostenuta dal SSN per detto farmaco nel periodo di riferimento.

Secondo il Tribunale al riguardo non poteva essere sufficiente dare conto solo del volume di vendite, in difetto di alcun elemento in grado di provare che ogni confezione venduta avesse dato luogo a richiesta di rimborso e che il rimborso fosse stato effettivamente eseguito.

A detta omissione non si sarebbe comunque potuto supplire tramite CTU, in quanto essa sarebbe stata volta ad acquisire elementi in possesso dell'amministrazione, nell'esclusiva disponibilità di parte attrice, che ben avrebbe potuto acquisire gli elementi contabili utili a formulare una

richiesta specifica, invece di invocare la presunzione che tutte le confezioni di farmaco vendute, in quanto ricadenti in fascia A, fossero state effettivamente rimborsate dal SSN.

6. *Novità in tema di prescrizione*

Un tema cruciale per la trasposizione della Direttiva è stato quello riguardante la prescrizione. Nell'ordinamento interno le norme rilevanti ai fini della disciplina in parola sono costituite dagli artt. 2935 e 2947 c.c. La durata del termine prescrizione, stabilita a livello comunitario in almeno 5 anni, trovava già un corrispondente temporale nella previsione di cui all'art. 2947 per le azioni risarcitorie derivanti da comportamenti illeciti, quali sicuramente possono essere ritenuti gli illeciti antitrust.

È evidente che in relazione alla prescrizione, quindi, tutto dipende dal regime del *dies a quo*, che per la consolidata giurisprudenza nazionale era da individuare nel giorno in cui chi assume di aver subito il danno ha, o potrebbe avere usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia (Cass. 02.02.2007, n. 2305). L'onere della prova della collocazione temporale e degli elementi qualificanti di una simile conoscenza è a carico di chi eccepisce la prescrizione (la stessa Cass. 02.02.2007, n. 2305).

A seguito della Direttiva, tutto questo impianto viene sconvolto. Ed invero, se la durata e l'onere della prova possono dirsi immutati, il *dies a quo* viene sì individuato nel momento in cui si sia maturata una ragionevole conoscenza della condotta, della sua illiceità, del danno e dell'identità dell'autore della violazione, ma secondo la Direttiva (art. 10) il termine non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata; detto termine inoltre viene interrotto o sospeso nel caso di avvio di un procedimento amministrativo da parte di un'Agn, e tale interruzione/sospensione non cessa sino ad un anno dopo la definitiva conclusione di quest'ultimo. Inoltre, il termine è sospeso in pendenza di un procedimento per la composizione consensuale della controversia (sino a due anni; composizione consensuale regolata dagli artt. 18 e 19 della Direttiva).

Tali indicazioni hanno reso necessario adeguare la normativa nazionale in modo conforme a dette norme ed in particolare alla previsione di un ulteriore anno di interruzione o sospensione dopo la conclusione di un procedimento amministrativo ed alla previsione della sospensione del termine (per il periodo massimo di due anni) in occasione del tentativo di composizione.

Con riferimento alla composizione consensuale è stabilito inoltre che, a seguito di una possibile transazione, debba essere sottratta dalla richiesta del danneggiato che abbia partecipato a tale transazione la parte di danno arrecata dal coautore della violazione che abbia a sua volta partecipato alla transazione consensuale, regolando così gli effetti della transazione nei confronti dei co-debitori in solido in modo difforme rispetto al diritto nazionale (art. 1304 c.c.).

La giurisprudenza formatasi in epoca anteriore alla Direttiva ed al suo recepimento nazionale, o per i casi ancora non regolati da dette norme *ratione temporis*, aveva azzardato diverse soluzioni per individuare il *dies a quo*. Era stato così affermato che l'inizio del computo della prescrizione per la generalità degli utenti e dei consumatori coincide con la data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio (cfr. Cass. n. 2305/2007). Nei casi della Sezione Impresa di primo grado di Milano (Uno Communications/Vodafone, sent. 3 aprile 2014, n. 4587/2014; Fastweb/Vodafone, sent. 15 ottobre 2014, n. 12043/2014; BT/Vodafone, sent. 28.07.2015, n. 9109/2015) e della Corte d'appello di Milano (sentenza n. 2041/2017), i giudici hanno ritenuto che il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine prescrizione si dovesse collocare alla data dell'apertura dell'indagine dell'Agcm (o al più in BT/Vodafone dalla CRI- Comunicazione delle risultanze istruttorie), nel rilievo che le imprese operanti sul medesimo mercato (e tali erano i pretesi danneggiati) non potevano ignorare – stante le notizie del Bollettino Ufficiale dell'Agcm e l'ampio rilievo che dette notizie avevano avuto sulla stampa – che si delineava una violazione delle regole della concorrenza (nello specifico un abuso di posizione dominante), che da tale violazione era derivato il pregiudizio da esse subito e che autore di detta ingiustizia poteva essere considerato il soggetto sottoposto all'indagine.

7. Il trasferimento del danno a valle

Altro concetto che la Direttiva ha voluto codificare, in attesa della pubblicazione delle Linee Guida sul *passing-on*²⁶, attiene al c.d. trasferimento del sovrapprezzo (*passing-on*, artt. 12-16), essendo previsto che il risarcimento per il danno emergente non deve superare il danno da sovrapprezzo (*overcharge*) subito a tale livello, rimanendo impregiudicato il diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento per lucro cessante.

In base al fenomeno del *passing-on* è stato espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni anche agli acquirenti indiretti, per i quali l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo si presume se l'acquirente indiretto "ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano".

Va considerato che il *passing-on* è elemento che risulta possibile causa della contrazione del volume delle vendite, conseguente all'aumento del prezzo determinato dalla traslazione del sovrapprezzo, con conseguente *margin squeeze*. Tale concetto è stato espresso dalla C. Giust. con la sentenza del 02.10.2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, ma anche dalla giurisprudenza nazionale (Cass. sent. 21033/13, Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, sent. 27.12.2013 e 03.03.2014, *Brennercom c. Telecom Italia*; e sent. 28 luglio 2015, *BT Italia S.p.A. c. Vodafone*).

Rimane impregiudicato in capo all'autore dell'infrazione il diritto di dimostrare che detto sovrapprezzo non è stato trasferito all'acquirente finale, allorché sia quest'ultimo ad agire per il risarcimento.

La giurisprudenza italiana anche risalente ha preso conoscenza di detto fenomeno e ne ha tratto le dovute conseguenze. Così, si può ricordare il caso *Indaba*, della Corte d'Appello di Torino, in data 6 luglio 2000, il caso *Unimare c. Geasar* della Corte d'Appello di Cagliari, del 23 gennaio 1999, il caso *International Broker S.p.A. c. Raffineria di Roma S.p.A.* della Corte d'Appello di Roma, in data 31 marzo 2008, ed infine la sentenza della Cassazione n. 21033/2013, del 13 settembre

²⁶ Pubblicazione ora intervenuta sulla G.U.U.E. del 09.08.2019, C 267/4.

2013, Libralon S.r.l. e Studio Elle S.r.l. c. Agenzia del Territorio, che ha confermato la pronuncia della Corte d'appello di Trieste del 2010. Hanno affrontato il fenomeno del *passing-on* anche le sentenze della Sez. spec. Impresa di Milano, sent. 27.12.2013 e 03.03.2014, Brennercom c. Telecom Italia; Alitalia/Shell sent. 03.12.2015; Alitalia/Tamoil sent. 11.01.2016; sent. 28.07.2015, BT Italia S.p.A. c. Vodafone.

8. Considerazioni conclusive

In esito all'analisi delle tematiche rilevanti in materia antitrust al fine delle azioni di risarcimento dei danni ed all'esame della giurisprudenza italiana elaborata in questi anni in applicazione della legge nazionale e della normativa europea, può concludersi che il panorama italiano è di grande interesse, sia per quanto riguarda i numeri del contenzioso, in particolare del *private enforcement*, sia per quanto riguarda l'attenzione verso alcuni temi cruciali. Rispetto a questi ultimi, infatti, si può dire che la giurisprudenza interna ha tentato di individuare soluzioni per problematiche incerte, che solo in seguito hanno trovato una risposta normativa. Così è stato per le tematiche connesse al *passing-on* e per quelle inerenti i criteri di liquidazione del danno. Al contrario, ancorché in puntuale applicazione dell'ordinamento interno, la giurisprudenza fino ad oggi pronunciata nel nostro Paese si trova in posizioni distoniche rispetto alle indicazioni della Direttiva per quanto riguarda la prescrizione ed in particolare il momento della decorrenza del termine prescrizione, tempi di interruzioni e sospensioni, nonché la regolamentazione della distribuzione di responsabilità fra soggetti responsabili in solido. Sicuramente altre novità si attendono in sede di applicazione della disciplina del *passing-on* come voluta dalle Linee Guida già elaborate dalla Commissione europea e di recente pubblicazione.

Quanto alla valutazione degli effetti sul *private enforcement* delle decisioni dell'Autorità Garante, la giurisprudenza italiana (vedi la già richiamata sent. Cass. n. 3640/2009) aveva trovato una soluzione intermedia che non veniva a confliggere rispetto a principi costituzionali con i quali al contrario sembra contrastare l'indicazione della vincolatività adottata dalla Direttiva *Enforcement* (vedi, ad esempio, per l'ordi-

namento italiano il diritto di difesa sancito dall'art. 24, 2°c. Cost.; il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge di cui all'art. 101, 2°c. Cost.; quello dell'indipendenza della magistratura di cui all'art. 104, 1°c. o del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.). D'altra parte, nei confronti della vincolatività avevano espresso il dissenso molti giudici di diversi Paesi e molti degli *stakeholders* interpellati, ma la strada adottata è parsa utile nell'ottica di un principio di economia delle risorse e nell'intento di favorire il *private enforcement*, nel convincimento che ridurre, in termini di tempi e di costi, l'impegno necessario a provare la violazione nell'ipotesi in cui questa fosse stata già esaminata e accertata dall'Autorità Garante avrebbe fortemente incoraggiato le azioni risarcitorie.

È vero del resto che il *private enforcement* ha registrato ultimamente un incremento consistente (nei soli primi 6 mesi del corrente anno presso la Sezione Specializzata di Milano sono stati iscritti 50 nuovi casi), ma tale incremento non sembra potersi attribuire al vantaggio della vincolatività delle decisioni del *public enforcement*, quanto piuttosto ad una maggior conoscenza delle azioni risarcitorie esperibili davanti al giudice ordinario, questa sì certamente favorita dalla Direttiva *Enforcement* e della sua trasposizione nel nostro Paese.

Anche la concentrazione in sole tre sedi giudiziarie (Milano, Roma, Napoli, come si è detto) può contribuire ad instaurare una maggior fiducia nella specializzazione dei giudici e nella conseguente maggior rapidità e più elevata qualità delle loro decisioni.

COORDINATION BETWEEN PRIVATE AND PUBLIC ANTITRUST ENFORCEMENT IN ITALY AND IN THE EU

DUE MODALITÀ DI UN SISTEMA BILANCIATO DI ENFORCEMENT

Roberto Chieppa

*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato,
Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri*

SOMMARIO: *1. Introduzione: public e private enforcement. 2. Brevi riflessioni su alcuni temi aperti (deterrenza, effetto vincolante e sindacato).*

1. Introduzione: public e private enforcement

Il tema del coordinamento tra *public e private enforcement* oggetto del presente *panel* è al centro al sistema attuale di applicazione delle regole di concorrenza ed è un fondamento della Direttiva 2014/104/UE sulle azioni per il risarcimento del danno per violazioni del diritto anti-trust (nel seguito, “Direttiva”), recepita in Italia con il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3.

A mio parere, più che guardare a due sistemi concorrenti di *enforcement*, è opportuno ragionare in termini di un unico sistema, trattandosi di due modalità – a volte alternative, a volte complementari – per raggiungere lo stesso risultato.

Il coordinamento tra tali modalità di *enforcement* si pone l’obiettivo di stimolare una interazione virtuosa, in modo da perseguire lo scopo comune dell’applicazione effettiva del diritto della concorrenza.

In Europa e in Italia in particolare è nota la necessità di implementare maggiormente il *private enforcement*; nei contributi della precedente sessione si è evidenziato come in realtà anche in Italia assistiamo ad un aumento delle cause civili di risarcimento (specialmente a Roma e Milano),

a dimostrazione che è in atto un percorso graduale di diffusione di tale tipologia di *enforcement*.

L'unicità dell'*enforcement* e la necessità che le due modalità citate si integrino a vicenda risponde al bisogno, proprio di ogni ordinamento, di vere dei bilanciamenti e uno dei motivi sottesi al potenziamento del *private enforcement* è da ricondurre al suo ruolo di bilanciamento della tradizionale azione pubblica. Ogni autorità pubblica, inclusa quella anti-trust, è composta di individui, per loro natura fallibili e rispetto agli errori degli uomini o alle fasi di maggiore o minore interventismo il *private enforcement* può costituire un bilanciamento, non solo nei casi di azioni civili c.d. *follow on*, esaminati nella sessione precedente, ma anche con l'aumento delle azioni c.d. *stand alone*. In particolare, laddove l'autorità pubblica decida di non intervenire (si ricorda la mancanza di un vincolo per il giudice civile collegata ad un eventuale accertamento negativo dell'autorità antitrust), anche per ragioni legate alla fissazione di priorità, ovvero alla volontà di preferire alcuni settori rispetto ad altri (manca infatti l'obbligatorietà dell'azione, presente invece nel sistema penale), le azioni civili di risarcimento del danno possono rappresentare una concreta occasione per portare davanti al giudice potenziali fattispecie antitrust che altrimenti rimarrebbero senza tutela.

2. Brevi riflessioni su alcuni temi aperti (*deterrenza, effetto vincolante e sindacato*)

I contributi che seguiranno tratteranno nel dettaglio i diversi strumenti che la Direttiva prevede per realizzare un coordinamento tra le due modalità di *enforcement*. Tra questi, la previsione sull'effetto vincolante delle decisioni amministrative delle autorità di concorrenza (art. 9 della Direttiva) rappresenta uno dei punti fondanti del coordinamento; ma ve ne sono anche altri; si pensi alle richieste di esibizione e all'accesso al fascicolo istruttorio (artt. 5 e 7); o ai meccanismi di assistenza nella determinazione dei danni (art. 17, par. 3).

Si tratta peraltro di strumenti che – come è stato evidenziato nei precedenti panel – trovano degli antecedenti nel regolamento n. 1/2003. Marina Tavassi ha indicato come l'art. 15 Reg. 1/2003 – che prevede diversi

meccanismi di cooperazione tra autorità e giudici, tra cui forme di intervento *amicus curiae*, offra già alle autorità e ai giudici strumenti per un dialogo; strumenti che, tuttavia, non appaiono essere stati utilizzati in modo pieno. Si è fatto riferimento al caso, rimasto isolato, in cui l'autorità è intervenuta presso il Tribunale di Milano in qualità di *amicus curiae*, in una vicenda relativa alle norme in materia di trasporto non di linea, ma le possibilità offerte dall'art. 15 citato siano rimaste per lo più inesplorate, e non solo in Italia.

Le ragioni di tale insuccesso non risiedono solo in una scarsa consapevolezza di tali strumenti da parte dei giudici, ma anche alla difficoltà per i giudici di vedere la Commissione e le autorità nazionali come un soggetto realmente terzo (un vero e proprio *amicus curiae*), rispetto alle vicende soggettive portate in giudizio dalle parti private.

Ciò pone la necessità di riflettere sulla possibilità che lo scarso utilizzo degli strumenti di cooperazione offerti dall'art. 15 del Regolamento 1/2003 possa cambiare – o stia già cambiando – per effetto delle nuove forme di cooperazione previste dalla Direttiva. In definitiva, la possibilità di coordinare effettivamente i due sistemi di *enforcement* dipende anche dalla predisposizione degli attori coinvolti (giudici e autorità) a cooperare e esplorare le potenzialità degli strumenti a loro disposizione.

L'effetto di deterrenza, nella prospettiva offerta dal contributo di Pilar Canedo, assurge a filo conduttore – scopo ultimo – delle due modalità del private e public *enforcement*. Applicata ai casi antitrust di *bid-rigging*, relativi a condotte volte a condizionare lo svolgimento delle gare pubbliche, un maggiore effetto deterrenza può essere raggiunto accrescendo la consapevolezza delle pubbliche amministrazioni lese – che hanno pagato un sovrapprezzo per i beni o servizi oggetto di gara – del diritto di agire per il risarcimento dei danni causati dalle imprese; diritto che può qualificarsi come dovere, nei casi in cui la scelta di non agire a tutela del diritto al risarcimento del danno, determina un danno erariale (si pensi ai casi di illeciti accertati dalla autorità pubblica). In tali fattispecie, l'effetto derivante dalla applicazione del diritto antitrust non dovrebbe tanto fondarsi su meccanismi di esclusione dalle future gare (o sugli effetti sul contratto a valle), ma preferibilmente sull'imporre l'adozione di misure di *self-cleaning*, capaci di introdurre reali cambiamenti di prassi e condotte di impresa.

L'effetto vincolante di cui all'art. 9 della Direttiva, strumento primario di coordinamento, analizzato nel contributo di Gabriella Muscolo, è stato al centro di intensi dibattiti, a volte caratterizzati da eccessive preoccupazioni in merito a possibili effetti destabilizzanti sul sistema "giustizia" derivanti dal vincolo posto dall'accertamento definitivo. Al riguardo, osservo che già analoga previsione è presente nel Regolamento n. 1/2003 (con riferimento alle decisioni della Commissione europea, anche nel caso di procedimenti in corso; cfr. 16 del Regolamento citato) e anche l'ordinamento tedesco conosce già da tempo il principio dell'effetto vincolante delle decisioni antitrust, peraltro esteso anche ad altre autorità nazionali di concorrenza (in tale ultimo caso, il d.lgs. n. 3/2017 prevede solo una presunzione di prova *prima facie*).

Anche alla luce della la previsione dell'effetto vincolante di cui all'art. 9 della Direttiva (come recepito dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017), l'azione c.d. *follow on* è quella in cui l'attore invoca l'effetto vincolante di una decisione amministrativa, ciò anche in quei casi in cui l'attore includa nell'oggetto della domanda elementi diversi (anche più ampi) da quelli oggetto di accertamento. Proprio l'assenza di vincoli per il giudice civile derivanti dall'accertamento negativo, vi possono essere casi in cui l'accertamento definitivo ha riguardato solo una parte della fattispecie di danno che l'attore porta davanti al giudice civile (circostanza che può accadere ad esempio perché la stessa autorità ha preferito limitarsi ad una determinata durata dell'accertamento, oppure perché il giudice ha ristretto la durata dell'infrazione), con la conseguenza che l'attore rimane libero di provare nell'azione risarcitoria che la durata è più ampia di quella accertata, ovvero ha riguardato soggetti o condotte ulteriori. In questo caso, la rilevanza dell'accertamento definitiva coprirà solo parte della domanda dell'attore, dovendo quest'ultimo produrre idonei elementi di prova per la parte eccedente.

La definitività dell'accertamento, preconditione per la produzione dell'effetto vincolante, e l'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato, affrontati dal contributo di Dario Simeoli, costituiscono temi ampiamente discussi nell'ambito del diritto antitrust, non solo nel dibattito che ha accompagnato il recepimento della Direttiva. In maniera figurativa, si può descrivere il contesto che ha accompagnato l'evoluzione della

posizione del Consiglio di Stato sul punto, come una posizione oggi stretta tra l'orientamento della Cassazione che evidenziava la necessità del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione e quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, che lo invitava ad un sindacato maggiormente effettivo. Al riguardo, dopo l'entrata in vigore della Direttiva, tenuto anche conto della avvenuta positivizzazione dell'effetto vincolante, sarà ancor più centrale il ruolo del processo amministrativo a garanzia della effettività della tutela giurisdizionale. In questo senso, la giurisprudenza Menarini non rappresenta l'esito finale di tale percorso: la coerenza con la giurisprudenza CEDU va infatti analizzata e dimostrata caso per caso, senza che il caso Menarini possa costituire una sorta di patente di conformità alla Cedu. Anche l'articolo 7 del d.lgs. n. 3/2017 non appare andare nella direzione corretta, anzi – se letto in maniera formalistica – è idoneo a segnare un arretramento nel livello di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento e saranno necessarie letture costituzionalmente e comunitariamente compatibili della norma (su cui comunque gravano anche alcune ombre di eccesso di delega). Spogliandosi di categorie consolidate (ad es. sindacato debole – sindacato forte; sostitutivo – non sostitutivo), va evidenziato come la giurisdizione amministrativa sia una giurisdizione di ricorso (a differenza di quella ordinaria) e pertanto l'impossibilità di sostituirsi all'accertamento dell'autorità (pur avendo potuto apprezzare direttamente l'erroneità della ricostruzione fattuale oggetto di accertamento) deriva proprio dalla necessità di rispettare il principio di parità delle armi, che include le garanzie procedurali che hanno portato all'accertamento oggetto di censura e che preclude ad esempio al giudice di pervenire in modo diretto ad accertamento dell'illecito seguendo percorsi argomentativi diversi rispetto a quelli elaborati dall'Autorità.

Ciò tuttavia non preclude che il sindacato possa rafforzarsi in un'ottica di effettività: la verifica della correttezza dell'accertamento eseguito dalla autorità amministrativa sarà allora da condurre in maniera piena, superando un sindacato di mera attendibilità (delle analisi tecnico-economiche), ma verificando la maggiore o minore attendibilità rispetto alle tesi introdotte dalle parti nel procedimento prima e nel processo poi. Il sindacato di maggiore attendibilità (e non di mera attendibilità) costituirà una garanzia affinché l'effetto vincolante introdotto dalla Direttiva si fondi su decisioni diventate definitiva all'esito di un giudizio nel corso

del quale le parti hanno potuto far valere le proprie tesi, anche di analisi economica, senza alcun limite.

L'EFFETTO DELLE DECISIONI DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI CONCORRENZA PER LE CORTI NAZIONALI

Gabriella Muscolo

Componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

SOMMARIO: 1. *Introduzione: efficacia vincolante delle decisioni della Commissione e delle Autorità Nazionali di Concorrenza.* 2. *Differenze e questioni interpretative aperte.* 3. *Conclusioni: vincolo e uniforme applicazione del diritto europeo.*

1. Introduzione: efficacia vincolante delle decisioni della Commissione e delle Autorità Nazionali di Concorrenza

La entrata in vigore della direttiva 2014/104/UE (d'ora in avanti c.d. direttiva *private enforcement*)¹ ha riaperto in Europa il dibattito, sia scientifico sia istituzionale, sulla *private litigation antitrust*².

¹ Direttiva 2014/104/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 Testo rilevante ai fini del SEE.

² P. CASSINIS, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in www.giustiziacivile.com, 2018; se vuoi, G. MUSCOLO, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea, Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 6-8 aprile 2017*, Trento, 2018; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine? (Private and Public Enforcement in the Aftermath of the Transposition of the Damages Directive)*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2017, pp. 9-36; se vuoi, G. MUSCOLO, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2017, pp. 391-409; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3/2001, pp. 991-1012; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la*

prospettiva dell'AGCM, in *Dir. Ind.*, 4/2016, pp. 314; E. RAFFAELLI, M. BRICHETTO, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie, in applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 18-19 aprile 2013*, Trento, 2014; R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 7/2014, pp. 784; A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow-on per danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3/2013, pp. 429-448; A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 1/2015, p. 251; R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria l'onere della prova gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, 2013, p. 324; P. CASSINIS, G. GALASSO, *Il ruolo dell'AGCM tra public e private enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Padova, 2012; A. PERA, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 15-16 aprile 2011*, Trento, 2012; se vuoi, G. MUSCOLO, *Public e Private enforcement*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 1015; G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati e il ruolo dei giudici nazionali*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, p. 61 e ss.; R. PARDOLESI ET AL., *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2, 2008, p. 229 e ss. A livello europeo, si guardi: F. MARCOS, B.J. RODGER, M. SOUSA FERARO, *Promotion And Harmonization Of Antitrust Damages Claims By Directive Eu/2014/104?*, in B. RODGER, M.S. FERRO, F. MARCOS (a cura di), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford, 2018; J. FRANCK, F. KROES, M. NEGRI, C. PRIETO, F. WAGNER-VON PAPP, *Binding effect of decisions of national authorities (implementation of the EU Damages Directive into Member State law)*, in *Concurrences*, 3, 2017, p. 37-46; W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future* Wouter, in *World Competition: Law and Economics Review*, XL, 1, 2016, pp. 3-46; K. WRIGHT, *The Ambit of Judicial Competence After the EU Antitrust Damages Directive*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, pp. 15-40; A. JONES, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, in M. BERGSTRÖM, M. IACOVIDES, M. STRAND (a cura di), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, London, 2016; R. NAZZINI, *The effect of decisions by Competition Authorities in the European Union*, in *Italian Antitrust Review*, no. 2, 2015; S. PEYER, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?*, in M. MARQUIS, R. CISOTTA (a cura di), *Litigation and Arbitration in*

In Italia l'attenzione della dottrina, soprattutto processualistica e costituzionale, si è focalizzata sull'analisi dell'articolo 7 del Decreto legislativo d 19 gennaio 2017, n. 3 (d'ora in avanti decreto di attuazione) che attua l'articolo 9 della direttiva *private enforcement* e introduce nel nostro ordinamento l'efficacia vincolante delle decisioni delle Autorità Nazionali di Concorrenza (d'ora in poi ANC) per il giudice civile.

Il particolare interesse suscitato dall'articolo 7 del decreto di attuazione appare riconducibile alla novità della fattispecie per l'ordinamento nazionale.

Si tratta tuttavia di una novità relativa: infatti nel sistema era già presente l'articolo 16 del Regolamento (CE) 1/2003 (d'ora in avanti regolamento sulla modernizzazione della concorrenza), che regola la cooperazione tra le ANC e le Corti nazionali allo scopo di “provvedere alla applicazione efficace e uniforme degli articoli 81 e 82 (ora 101 e 102) del trattato nella comunità”.

EU Competition Law, Chentelham, 2015, p. 33-46; M.J. FRESE, *Harmonisation of Anti-trust Damages Procedures in the EU and the Binding Effect of Administrative Decision*, in *Review of European Administrative Law*, VIII, 1, 2015, pp. 27-49; J. RIFFAULT-SILK, *The binding effect of National Competition Authorities decisions – Observations on Article 9 of the Commission proposal of directive on antitrust damages*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 549.

Sul tema del *private enforcement*, l'Italia ha depositato due contributi nell'ambito dell'OCSE: il primo nel 2015 a seguito dell'emanazione della Direttiva 2014/104/EU ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2017\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2017)24/en/pdf)) e il secondo nel 2017 a seguito dell'emanazione del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2017\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2017)24/en/pdf)). Inoltre, sul tema è stato pubblicato, nell'ambito dell'ECN, un documento sulla posizione comune del network europeo (*Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012*, http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf).

La Direttiva in esame rappresenta l'esito di un percorso molto travagliato che si snoda attraverso tre tappe: la pubblicazione del Libro Verde del 19 dicembre 2005 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A52005DC0672>), la pubblicazione del Libro Bianco del 2 aprile 2008 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126124>) ed infine una proposta di Direttiva della Commissione Europea, poi abortita per mancanza di condivisione su alcuni delicati aspetti della disciplina (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>).

Tuttavia, come sarà precisato in appresso, pur essendo l'articolo 16 del regolamento sulla modernizzazione l'antecedente storico dell'articolo 7 del decreto di attuazione, le due norme vi sono alcune differenze.

Entrambe hanno comunque in comune la *ratio*, o meglio le plurime *rationes* che le ispirano: da un lato, la uniforme applicazione del diritto europeo della concorrenza, a mezzo della armonizzazione dei diversi sistemi nazionali e del coordinamento tra *public* e *private enforcement*, dall'altro, la agevolazione della parte che agisce nella azione *follow on* nell'accesso alla prova del fatto costitutivo della condotta illecita.

2. Differenze e questioni interpretative aperte

Tuttavia tra la norma dell' articolo 16 del regolamento modernizzazione e quella dell' articolo 9 della direttiva *private enforcement* esistono alcune differenze, che tengono conto del dibattito sviluppatosi sull'argomento dal 2003 a oggi.

La prima differenza riguarda il profilo dell'efficacia: mentre la decisione della Commissione europea vincola le Corti nazionali anche quando non sia stata sottoposta al vaglio giurisdizionale, le decisioni delle ANC sono vincolanti unicamente se divenute inoppugnabili o definitive³.

³ La Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione afferma che l'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM nei procedimenti per il risarcimento del danno non lede in alcun modo il diritto di difesa dell'autore dell'illecito concorrenziale, perché a quest'ultimo è accordata una piena garanzia giurisdizionale dinnanzi al giudice amministrativo, in sede di impugnazione del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità. In questo senso, la relazione di accompagnamento alla Proposta di Direttiva recita: "L'effetto probatorio che si propone di conferire alle decisioni definitive relative a un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza non comporta una riduzione della tutela a livello giudiziario per le imprese interessate, in quanto le decisioni relative ad un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza restano soggette a controllo giurisdizionale. Inoltre, in tutta l'UE, le imprese godono di un livello comparabile di tutela dei diritti di difesa, come sancito dall'articolo 48, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali. Infine, i diritti e gli obblighi dei

Questa differenza risente della evoluzione della letteratura e della giurisprudenza in materia di giusto processo, con particolare riferimento alle questioni relative allo standard di controllo giurisdizionale sulle decisioni degli *enforcers*⁴.

giudici nazionali ai sensi dell'articolo 267 del trattato non vengono modificati da questa norma".

Nello stesso senso, la relazione di accompagnamento al decreto legislativo 3/2017 recita: "L'effetto dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità nei confronti dell'autore della violazione, che può intendersi in termini di limitazione delle sue facoltà probatorie nel giudizio di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, appare, come formulato nel testo di illustrato, compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la piena garanzia giurisdizionale accordata, all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo, chiamato, a sua volta, ad esercitare un adeguato controllo giurisdizionale, che il secondo periodo del comma 1 assicura".

⁴ Quanto a questo profilo, la Corte EDU ha affermato, in più pronunce (ad esempio nel caso *Predil Anstalt* e nel caso *Menarini*), che un'Autorità amministrativa può legittimamente imporre una sanzione in sede di enforcement antitrust, qualificata come sanzione penale secondo la vigente interpretazione dell'articolo 6 CEDU, nella misura in cui la sua decisione è soggetta al sindacato di un giudice avente "piena giurisdizione". In altri termini, il giudice amministrativo deve essere in grado di sindacare il provvedimento amministrativo sotto ogni profilo sia di fatto sia di diritto. Cfr. Corte EDU, causa *Predil Anstalt SA c. Italia*, decisione del 8 giugno 1999, ricorso n. 31993/96. Vedi Corte EDU, causa *Grande Stevens e altri c. Italia*, decisione del 4 marzo 2014 (ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10). Al riguardo è possibile poi sottolineare che il procedimento che si svolge dinanzi all'AGCM, così come regolato dalla Legge 287/90 e dal D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 rispetta pienamente il principio dell'equo processo così come descritto nell'articolo 6 CEDU. Sia il diritto al contraddittorio che il principio di parità delle armi, quali declinazioni del diritto di difesa, sono, infatti, pienamente garantiti nel corso di tutto il procedimento amministrativo. In primo luogo, gli articoli 6 e 14 del D.P.R. 217/98 stabiliscono che il provvedimento di avvio dell'istruttoria e la comunicazione delle risultanze istruttorie vengano prontamente notificate alle imprese e agli enti interessati dallo stesso, nonché agli eventuali soggetti segnalanti. Altrettanto rilevante è l'adeguata separazione tra il procedimento istruttorio delle Direzioni e la decisione del Collegio, separazione che può definirsi sia di tipo organizzativo che strutturale. Il contraddittorio tra le parti si sviluppa anche oralmente: l'articolo 14 della Legge 287/90 attribuisce, infatti, alle imprese ed agli enti

La seconda differenza invece attiene a un aspetto più processuale: l'articolo 16 del regolamento sulla modernizzazione della concorrenza prevede la facoltà del giudice di sospensione del processo in caso di pendenza parallela di una causa *antitrust* davanti alla Corte nazionale e di un procedimento di *enforcement* davanti alla Commissione. La stessa facoltà non è espressamente prevista dall'articolo 7 del decreto di attuazione, anche se eventuali norme nazionali sulla sospensione facoltativa restano applicabili.

Pur nel solco di un, ristretto corpo di precedenti giurisprudenziali sulla applicazione dell'articolo 16, la sistemazione e la interpretazione dell'articolo 9, e dell'articolo 7 del decreto di attuazione lasciano aperte alcune questioni.

Circa la natura dell' istituto del vincolo, dalla citata ragion d'essere della norma *e dall'esclusione della natura di giudicato in conseguenza di un'affermata natura non giurisdizionale del provvedimento della Autorità*⁵, discende la sua natura speciale e derogatoria della regola generale del diritto nazionale, che non prevede altre fattispecie di effetto vincolante in sede giurisdizionale di decisioni amministrative. Per contro, il fatto che il medesimo sottosistema di norme a tutela della concorrenza preveda altri casi di vincolo di decisioni di *public enforcement* in sede di *private litigation*, quale appunto quello regolato dal citato articolo 16 del regolamento sulla modernizzazione, ne esclude la natura eccezionale, con le relative conseguenze in sede interpretativa.

In fase di prima applicazione, la disposizione pone poi agli interpreti alcune questioni interpretative.

interessati la facoltà di chiedere l'audizione finale dinnanzi al collegio. Trovano infine applicazione concreta nel procedimento davanti all'Autorità il principio di pubblicità e quello di ragionevole durata del procedimento.

⁵La giurisprudenza della Corte di Cassazione, quantomeno con riferimento ai provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, si è orientata in tal senso (Cass., III sez. civ., 25 maggio 2017, n. 13151; Cass., Sez. Un. Civ., 20 maggio 2002, n. 7341). Sull'assenza del requisito di terzietà in capo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che sarebbe stato invece proprio di una serie di soggetti ritenuti legittimati, pur non essendo incardinati nell'ordine giudiziario, a sollevare questione di legittimità costituzionale, si veda la posizione della Corte costituzionale espressa nella sentenza n. 13 / 2019, punto 5.

Un primo gruppo di questioni attiene all'ambito oggettivo del vincolo della decisione della ANC per il giudice civile.

Al riguardo una sotto-questione in particolare riguarda i segmenti della fattispecie accertata dalla Autorità cui il giudice è vincolato. Circa l'articolo 7 invero, tale questione è stata già risolta dal legislatore nazionale che, in sede di recepimento, ha stabilito che la decisione definitiva dell'Autorità vincola il giudice del risarcimento sulla natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, mentre restano esclusi dal sia il nesso di causalità sia la quantificazione del danno.

L'accertamento vincolante dunque è quello positivo circa la sussistenza del fatto illecito. Per contro, non sono coperti dal vincolo né l'accertamento negativo della condotta illecita, né il nesso di causalità tra questa e l'evento dannoso, né la sussistenza del danno, né il suo ammontare.

Ne consegue che il giudice potrà sempre accertare una condotta anticoncorrenziale di portata e/o durata più ampia di quella accertata dall'Autorità, e imputarla ad un numero di soggetti maggiore rispetto a quanto deciso dalla Autorità. Non potrà invece ridurre l'ambito, neanche temporale, della condotta accertata da quest'ultima, né potrà ritenere che essa non sia imputabile ai soggetti a cui è stata ascritta.

Va peraltro evidenziato che le valutazioni effettuate dall'Autorità relativamente agli effetti prodotti sul mercato, in particolare dalle intese anticoncorrenziali, con l'applicazione della *theory of harm* e di un *effect based approach*, in conformità a quanto disposto dalla giurisprudenza europea, sono relative alla sussistenza dell'illecito e non vincolano il giudice nell'accertamento della esistenza e dell'ammontare del danno, in rapporto al quale possono costituire al più elementi di prova.

L'altra principale sotto-questione è relativa alla possibilità che le decisioni con impegni producano l'effetto di vincolare il giudice civile. A tal proposito è opportuno considerare che dette decisioni non contengono alcun accertamento dell'illecito per cui esse non dovrebbero vincolare il successivo giudizio per il risarcimento⁶.

⁶ Purtroppo, la sentenza della CGUE nel caso Gasorba/Repsol sembra aver riconosciuto alle decisioni con impegni una qualche valenza probatoria ai fini dell'accertamento dell'illecito concorrenziale. È stato infatti affermato che i giudici nazionali non

Un secondo gruppo di questioni interessa, invece, l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni in esame. Non vi è dubbio che dal lato passivo, possono essere soggette al vincolo soltanto quelle imprese che hanno partecipato al procedimento e che sono, quindi, legittimate ad impugnare il provvedimento davanti alla Autorità giudiziaria. Solo in tal modo può essere garantito il diritto di difesa dell'impresa sanzionata.

Dal lato attivo, il testo dell'articolo 7 è meno chiaro⁷. In primo luogo si tratta di capire se il vincolo della decisione dell'Autorità, nei limiti oggettivi di cui sopra, sia limitato alle azioni intentate dai soggetti che hanno preso parte al procedimento di *enforcement* o sia esteso anche ai soggetti che, pur non avendovi partecipato, erano in esso legittimati a intervenire. Un'interpretazione orientata al rispetto del citato diritto di difesa potrebbe portare anche a una risposta in senso estensivo, che includa tutti i soggetti – e tutte le azioni intentate dai soggetti – che sarebbero stati comunque legittimati a prender parte al procedimento, an-

potrebbero ignorare del tutto le valutazioni preliminari effettuate dalla Commissione nelle decisioni con impegni, attesa la natura pur sempre decisoria di tali provvedimenti e considerato l'obiettivo di uniforme applicazione del diritto della concorrenza a livello europeo. Di conseguenza, secondo la Corte, tali valutazioni dovrebbero essere considerate quantomeno come indizio o, addirittura, come principio di prova dell'illiceità della condotta. Tale passaggio risulta essere di particolare rilievo in un'ottica sistemica, atteso che sembrerebbe riconoscere alle decisioni con impegni una qualche valenza probatoria, che prima gli era negata. Vedi Corte Giust. UE, 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba/Repsol*. Per un'analisi comparata, è utile rilevare che anche negli Stati Uniti non viene riconosciuto alcun valore probatorio ai c.d. *consent decree* del *Department of Justice* e i *consent order* della *Federal Trade Commission*, ossia i provvedimenti di diritto statunitense corrispondenti alle nostre decisioni con impegni. In tal senso, si veda *DOJ's consent decrees and the FTC's consent orders have no evidentiary value in private lawsuits for damages*, in OECD, *Commitment Decisions In Antitrust Cases - Note by the United States*, 15-17 June 2016, p. 7.

⁷ Infatti, l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 recita soltanto: "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato".

corché non lo abbiano fatto, perché legittimati in ogni caso a intervenire nel processo di impugnazione della decisione.

3. Conclusioni: vincolo e uniforme applicazione del diritto europeo

Da quanto sopra esposto possono trarsi alcune conclusioni.

La prima è che le norme in esame lasciano al giudice nazionale della *private litigation* un ampio potere di decisione sulla fattispecie *antitrust* nel pieno rispetto dei ruoli delle ANC e delle Corti. Il sistema così ricostruito ha lo scopo ultimo di far convergere il *public* e il *private enforcement* del diritto *antitrust* in una applicazione uniforme ed efficace del diritto della concorrenza.

La seconda conclusione è che la citata disposizione dell'articolo 7, di matrice euro-unitaria, deve essere interpretata conformemente al diritto dell'Unione e al principio che favorisce il coordinamento tra il *public* e il *private enforcement*, nel rispetto dei limiti sopra esposti.

Il terzo rilievo conclusivo è che la norma in esame non contrasta con alcun principio fondamentale della nostra Costituzione, e per questo non vi è alcun fondamento per invocare la teoria dei contro-limiti⁸.

⁸ Non appare pertanto condivisibile la tesi di S. LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in www.federalismi.it, 2017, secondo cui “sebbene il testo normativo non lo espliciti, infatti, è possibile ritenere, alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’articolo 7 – in conformità agli artt. 101, comma 2 e 111, comma 2, Cost. – che il giudice del risarcimento non sia vincolato all’accertamento contenuto nel provvedimento dell’autorità quando lo ritenga irrimediabilmente viziato”. Nel senso della non disapplicabilità, vedi D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d.lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di “antitrust private enforcement”)*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge... ed alla Autorità antitrust?*, in www.federalismi.it, 2018. Altrettanto confutabile appare quindi la tesi di L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell’AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus Civile*, 4, Torino, 2017, la quale rileva che ci potrebbero essere “difficoltà applicative della disposizione in esame (art. 7 del d.lgs. 3/2017, ndr) a causa del contrasto sia con l’art. 101, II comma per la limitazione al potere giudiziario che determinerebbe il rispetto di un provvedimento amministrati-

Semmai competente a decidere sull'interpretazione da darsi all'articolo 9 della Direttiva *private enforcement* è la Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

Dunque, a un modello europeo di giudice italiano specializzato in diritto della concorrenza, si richiede, a mio parere, una lettura dell'articolo 7 del decreto di attuazione che si orienti all'efficace ed uniforme applicazione delle regole *antitrust*, con il ricorso, se dal caso, alla nomofilachia della Corte di Giustizia.

vo, sia con l'art. 102 Cost. poiché sostanzialmente si riconoscerebbe ingiustificatamente autorità di giudicato ad una decisione amministrativa”.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT IN THE UNITED KINGDOM

Peter Roth

*Judge of the High Court of England and Wales,
and President of the UK Competition Appeal Tribunal*

Although no reliable statistics exist for the number of private antitrust damages claims, the United Kingdom, or more accurately, England and Wales¹ is generally considered one of the most popular jurisdictions in Europe for competition damages claims. That can be seen in the number of cross-border claims brought here, since in those cases the claimant frequently has a choice as to the forum in which to bring its claim. Indeed, the English courts played a pivotal role in the furthering of private actions with the seminal case of *Courage v Crehan*, where the European Court of Justice famously stressed the importance of private actions as a means of competition law enforcement and which originated in proceedings before the English High Court between the operator of two pubs in south-east England and his brewery landlord².

The UK is unusual in having a specialist competition court which not only hears appeals from decisions of the national competition authority (and specialist sectoral regulators) but also has jurisdiction to hear private direct actions. The Competition Appeal Tribunal (“CAT”) owes its name to the fact that it was originally established only with jurisdiction for appeals in the realm of public enforcement, but its jurisdiction was later extended to function as a court of first instance for private claims³. As a result, there is now parallel jurisdiction for private enforcement in the ordinary civil courts and in the CAT. However, in its judgment in the *Sainsbury’s v MasterCard* case, the Court of Appeal stated that in future

¹ Scotland and Northern Ireland are each separate jurisdictions within the UK.

² Case C-453/99, EU:C:2001:465.

³ By that stage, so well-known was the CAT name that there was no wish to change it.

private competition law damages claims filed in the High Court should generally be transferred to the CAT, as the specialist court well suited to handling such cases⁴. Moreover, with effect from October 2016, a new form of collective or class action for competition claims was introduced by legislation, including the potential to bring claims for an ‘opt-out’ class⁵. For such collective proceedings, the CAT has exclusive jurisdiction.

Private actions brought in the High Court and the CAT are extremely varied. They range from the high value claims started by many major retailers and service suppliers against Mastercard and Visa for damages arising from allegedly excessive interchange fees, to the claim by the operator of a bird sanctuary located in the grounds of a Benedictine monastery against the Abbey alleging that the refusal to permit the bird park to serve a broader range of food in its cafeteria restricted competition⁶. The latter case settled shortly before trial, and many private actions are similarly compromised before the final hearing. But in *Sainsbury’s v Mastercard*, a leading British supermarket was awarded damages of more than £69 million following a trial before the CAT⁷. That judgment was partially reversed on appeal, and at the time of writing a further appeal to the UK Supreme Court is pending. In *Britned v ABB*, the High Court awarded damages of some £13 million plus interest to the operator of the underwater cable system connecting the Dutch and UK electricity grids against the Swedish supplier of the cable element in the system⁸. This was a follow-on case in light of the Commission’s decision on the submarine cable cartel⁹. That judgment is also currently under appeal by both claimant and defendant.

The collective actions regime is still relatively new and is unlike any other form of procedure in the UK courts. The pursuit of such proceed-

⁴ [2018] EWCA Civ 1536 at para 357 et seq.

⁵ By sect 81 and schedule 8 to the Consumer Rights Act 2015.

⁶ Case No.: 1303/5/7/19 *Meigh (trading as The Prinknash Bird and Deer Park) v Prinknash Abbey Trustees*. The case settled a few weeks before the hearing.

⁷ [2016] CAT 11.

⁸ [2018] EWHC 2616 (Ch).

⁹ Case AT.39610 - *Power Cables* (2 April 2014).

ings requires the approval of the CAT, and an application for such approval is generally strongly contested by the potential defendants. So far, the CAT has determined two such applications, both of which were brought as ‘follow-on’ claims after a competition authority decision finding an infringement. In neither case was approval granted, although for very different reasons. In the first, *Gibson v Pride Mobility Products Ltd*, the case as originally formulated went beyond the permissible scope for a damages claim under the transitional provisions of the new legislation¹⁰. The CAT therefore adjourned the application to enable the class representative to reformulate her case, but that was not pursued. In the second, *Merricks v MasterCard Inc*, the CAT determined that the vast class of claimants – comprising virtually every adult in the UK who bought goods or services from UK suppliers over a 16 year period, estimated to amount to about 46.2 million people – did not have claims which could suitably be brought in a single collective action, not least because there appeared to be no satisfactory basis on which the aggregate damages of such a diverse class could be estimated¹¹. That approach was overturned by the Court of Appeal¹²; but the case is now on further appeal to the Supreme Court, whose judgment is likely to be of fundamental importance to the operation of this procedure. In the meantime, four further applications for collective actions have been commenced: two of them are similarly ‘follow-on’ cases but the other two are related stand-alone cases, brought against major rail operators on behalf of a proposed class of passengers, alleging that the rail companies abused a dominant position by failing to inform customers of the opportunity to pay a lower fare¹³.

The scope and problems of private enforcement as it develops are strikingly illustrated by the claims currently pending in follow-on actions arising from the Commission’s two decisions in the trucks cartel. By its decision of 19 July 2016, the Commission determined that a broad information exchange cartel had been operated for some 14 years between

¹⁰ [2017] CAT 9.

¹¹ [2017] CAT 16.

¹² [2019] EWCA Civ 674.

¹³ Case 1304/7/7/19 *Gutmann v First MTR South Western Trains Ltd*, and Case 1305/7/7/19 *Gutmann v London & South Eastern Railway Ltd*.

five major truck manufacturing groups in Europe: DAF, Daimler, Iveco, MAN and Volvo¹⁴. That was a settlement decision so of course there were no appeals. A further manufacturer, Scania, did not settle with the Commission and by a further decision adopted on 27 September 2017 the Commission found that Scania had also participated in the cartel¹⁵. Scania's appeal against that decision is pending before the EU courts¹⁶. Altogether, the Commission has expressed the view that some 90% of all medium and heavy trucks sold in Europe over this 14 year period were within the scope of the cartel.

Given the number and range of enterprises that purchase or lease trucks, the scope for damages claims is immense. To date, about 11 different individual actions have been started in the UK, but several of these have multiple claimants, many of them non-UK companies. For example, the action which goes under the name of *Suez v DAF and Iveco* has 339 claimants, including companies operating in Belgium, the Czech Republic, France, Germany, Luxembourg, the Netherlands, Poland, Spain and Sweden. In addition to these actions, two applications have been made before the CAT for approval of collective actions, one by a trade association of carriers by road, the Road Haulage Association, and the other by a special purpose vehicle set up to bring the proceedings. Some of the claimants have chosen to sue only one of the addressees of the Commission decision (generally where they have largely bought that manufacturer's trucks) whereas others have sued several or all the addressees. And where only some participants in the cartel have been sued, those defendants have sometimes – but not in all cases – brought other addressees of the decision into the proceedings as third parties, claiming contribution from them in the event of the claimants recovering damages. Since the limitation period for bringing claims in the High Court arguably does not expire until July 2020, it seems likely that many more actions will be started.

The complex position as regards the parties is illustrated in the table below.

¹⁴ Case AT.39824 – *Trucks* (19 July 2016)

¹⁵ Case AT.39824 *Trucks* (27 September 2017)

¹⁶ Case T-799/17 *Scania v Commission*.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT IN THE UNITED KINGDOM

Claimant(s)	Main Defendant(s)	Contribution Defendant(s)
Royal Mail	DAF	-
British Telecom	DAF	-
Ryder	DAF, Daimler, Iveco, MAN, Volvo	-
Suez (339 Claimants)	DAF, Iveco	MAN, Volvo, Scania
Veolia (105 Claimants)	DAF, Iveco, MAN, Volvo	Scania
Wolseley (153 Claimants)	DAF, Iveco	Daimler, MAN, Volvo, Scania
Dawsongroup	DAF, Daimler, Volvo	-
Arla	Iveco	DAF, Daimler, MAN, Volvo, Scania
Lafarge/Holcim (26 Claimants)	Daimler, Iveco, Volvo, Renault	-
DS Smith	DAF, MAN, Volvo, Renault, Daimler, Iveco	-
Adnams (27 Claimants)	DAF, MAN, Volvo, Renault, Daimler, Iveco, Scania	-
UKTC (collective – opt-out – 600,000+ trucks)	Daimler, Iveco	DAF, MAN, Volvo objecting
RHA (collective – opt-in – 6,400+ Claimants)	DAF, Iveco, MAN	Daimler, Volvo objecting

Not only do these actions raise a host of legal issues involved in private enforcement – and since the sums involved are very large and the defendants are all well-resourced, there is no hesitation about raising

these arguments – but the cases present the court with formidable challenges in terms of case management.

The course adopted so far is that, in line with the guidance of the Court of Appeal referred to above, all the trucks cases started in the High Court have been transferred to the CAT, so that they can be overseen on a consistent basis. The objective is to avoid inconsistent decisions being given on the same issues in different trials. But while some of the claims are similar, others are very different and involve very different evidence. To date, orders have then been made that several of the cases which bear close similarities should be heard together. And all the first seven individual claims (i.e. as opposed to the collective proceedings) are being case managed together. This has involved establishing common confidentiality rings across those different claims, and seeking to deal with disclosure/discovery of documents on a parallel or common basis.

The disclosure issues in themselves are complex. To date, the Commission has published a “provisional” non-confidential version of the settlement decision but has still not published a non-confidential version of the *Scania* infringement decision (which is now almost two years old!). Unsurprisingly, the claimants are seeking unredacted versions of those decisions, subject to the exclusion of leniency statements and settlement submissions in light of Art 6(6) of Directive 2014/104 (the “Damages Directive”, as implemented in UK law). Similarly, the claimants seek disclosure of pre-existing documents that were on the Commission file during the investigation. The scope of permissible redactions is a fertile source of dispute.

A further complexity is caused by the distinct position of Scania. Although none of the claimants so far has brought a claim against Scania, some of the claims include alleged losses on Scania trucks and thus depend upon Scania being part of the cartel, and as set out in the table above, some defendants have brought third party contribution claims against Scania. However, the UK courts cannot under EU law make any determination regarding Scania’s liability or involvement while its appeals are pending before the EU courts since the national court must avoid a decision that would be inconsistent with a decision of the European courts. Final resolution of Scania’s appeals could take several years.

Moreover, given the scale, scope and duration of the cartel, the issue of what disclosure should be permitted for the all-important issue of quantum estimation is very challenging. The Damages Directive emphasises that disclosure should be limited to that which is “proportionate”: Art. 5(3). But what does that mean in practice for cases such as these, where the damages claimed run to many millions of euros or pounds and the difficulties of damages estimation are formidable?

In pursuit of the objective of consistency, the CAT has identified one common issue that arises across all the actions: to what extent are the recital paragraphs in the Commission decision binding for the purpose of the damages claims? It has therefore directed that this is to be heard as a preliminary issue across all the leading 7 actions together.

Among other issues arising are the liability of non-addressees of the decision, since the claimants often made their purchases of trucks from domestic subsidiaries in the truck manufacturing group, which were not the subject of the Commission decision. Also, where non-UK companies are claiming in respect of trucks purchased or leased outside the UK, questions of foreign law may arise concerning such matters as limitation.

A major question thrown up in sharp relief by the trucks claims is the scope of the so-called “pass-through defence”. Since the claimants are themselves commercial enterprises supplying goods or services, all the defendants contend that if there were any effect of the cartel on the prices paid for trucks (something they all dispute), then that increase was passed on by the claimants to their own customers. The range of potential pass-through is as broad as the variety of businesses which the various claimants carry out. Some claimants are themselves engaged in renting out the trucks which they purchase, so the alleged pass-through would be in the form of higher rental charges. Others use the trucks to deliver a completely unrelated service. For example, one claim is brought by Royal Mail, who operate the UK postal service. Should the court assess whether pass-through for truck purchase prices took place in the postal charges for letter and parcel delivery? And how specific does the evidence have to be in that regard?

The approach to pass-through will have a very significant effect not only on the computation of any damages, but on the scope of disclosure to be made before trial. Moreover, the way this is resolved is likely to

PETER ROTH

prove fundamental to the course of private enforcement for the future. There can be little doubt that these questions will occupy the CAT, and potentially the higher appellate courts, for several years to come.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT IN FRANCE FOLLOWING THE IMPLEMENTATION OF THE DAMAGES DIRECTIVE: MOST RECENT TRENDS AND CASE-LAW¹

Romain Maulin

Avocat au Barreau de Paris, Fondateur du cabinet Maulin Avocats

SUMMARY: *I. Introduction. An overly ambitious implementation of the DAMAGES Directive. A. Basic features of the Ordinance and Decree. (i) Introduction of several presumptions reducing the victim's evidentiary burden. (ii) Clarification regarding the disclosure of evidence. B. Soft law guidance adopted in the context of implementing the Damages Directive. (i) Ministry of Justice's guidelines on private enforcement litigation. (i) Paris Court of Appeal guidelines on quantification of harm. II. Most recent and relevant cases in French private enforcement litigation. A. Starting point of the limitation period. B. Standard of proof. C. Possibility of obtaining a financial provision before final ruling on the merits is handed down.*

ABSTRACT: *While there may exist a common belief that private enforcement litigation remains rather underdeveloped in France, the careful assessment of the most recent trends and case-law demonstrates that private enforcement is gaining significant momentum in this jurisdiction. This can be evidenced by reference to, inter alia, the implementing measures of Directive 2014/14 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions² (hereafter "Damages Directive") and the most recent rulings on key issues for victims willing to bring a damage claim such as: the starting point of the limitation period, the standard of proof or the possibility of obtaining a financial provision before any final ruling on the merits is being handed down.*

¹ This article was written on the basis of a speech and presentation given in the context of the Trento Antitrust Conference of 12 April 2019. This presentation is available at the following address: <https://www.maulin-avocats.com/en/training/>.

² Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance, OJ L 349, 05.12.2014, p. 1-19.

I. Introduction

Within the European Union, France presents the peculiarity of being considered as one of the jurisdictions where, from various procedural and substantial reasons, private enforcement litigation would remain *underdeveloped*³.

To some extent, this belief may have been strengthened by the French Competition Authority (hereafter “FCA”) itself which, in a legitimate desire to secure the deterrence of public enforcement proceedings, may have indirectly perpetuated hurdles to a faster development of private enforcement litigation⁴. This is particularly relevant when one considers the wording of the 2006 opinion published by the FCA on the introduction of a collective redress mechanism in France⁵.

This belief may also have been nurtured by the fact that the French class action mechanism, which was introduced on 17 March 2014 and coexists with the representative collective action already enshrined at articles L. 622-1 et seq of the French Consumer Code, has proved rather inefficient to date.

The basic features of the French class action mechanism are as follows: (i) contrary to the 2003 EC recommendation, only follow-on class actions are possible, (ii) only one of the 15 approved consumer associations⁶ can initiate such proceedings⁷, (iii) this is an opt-in regime. How-

³ Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004 which is available at the following address: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf.

⁴ Wouter Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 2003, 26 *World Competition* 473: «More fundamentally, as far as the deterrence and punishment are concerned, public antitrust enforcement is inherently superior to private actions for damages». This article is available at the following address: <http://ssrn.com/author=456087>.

⁵ Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, available at the following address: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

⁶ The 15 approved consumer associations currently are: CNAFAL, CNAFC, CSF, Familles de France, Familles rurales, UNAF, Adeic, AFOC, Indecosa-CGT, ALLDC, UFC-Que choisir, CLCV, CGL, CNL, Fnaut.

ever, from a purely statistical point of view, this mechanism seems under efficient as, to date, only 11 collective actions were lodged, none of them related to competition law (*i.e.* they concern mainly unfair commercial practices within the meaning of Directive 2005/29 of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices)⁸.

It nonetheless seems that, as far as private enforcement litigation is concerned, the dynamics have certainly changed in France⁹ due to an overly ambitious implementation of the Damages Directive (Section I) and recent case law bringing significant clarity on several key jurisdictional and substantive issues (Section II).

An overly ambitious implementation of the DAMAGES Directive

In France, the implementation of the Damages Directive was made through an ordinance (hereafter “Ordinance”)¹⁰ and implementing decree (hereafter “Decree”)¹¹ both dated 9 March 2017 which are much likely to reinforce the attractiveness of French courts (A).

With a common objective of fostering private enforcement litigation in France, over the last few years, two soft law guidance were adopted. Firstly, on 23 March 2017, the Ministry of Justice adopted guidelines in order to help victims and their legal advisors to better understand the scope and meaning of both the Ordinance and Decree. Secondly, on 19

⁷ In other words, French lawyers cannot bring a collective action on behalf of a group of consumers.

⁸ Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal, OJ L 149, 11.06.2005, p. 22-39.

⁹ In that regard, one must note that Cartel Damages Claim recently opened an office in Paris, on 6 June 2019. See press release available at this address: https://twitter.com/c_d_c_brussels?lang=fr.

¹⁰ This Ordinance is available at the following address: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034160223&categorieLien=cid>.

¹¹ This Decree is available at the following address: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034160256&categorieLien=id>.

October 2017, the Paris Court of Appeal took the initiative of issuing guidelines (*fiches méthodologiques*) on the quantification of harm¹² (B).

A. Basic features of the Ordinance and Decree

Post implementation of the Damages Directive, new evidentiary presumptions significantly alleviate the victim's burden of proof (i) and mechanisms allowing victims access to evidence have been clarified (ii).

(i) Introduction of several presumptions reducing the victim's evidentiary burden

Several presumptions facilitate both the proof of the wrongdoing and of damages resulting from such wrongdoing.

Proving the wrongdoing. By stating that “any natural or legal person constituting an undertaking” can now be held liable for damages resulting from infringements of competition law, article L. 481-1 of the French Commercial Code introduces, for the first time in French tort law, the wider notion of *undertaking*.

In other words, an action for damages could now be lodged against both the undertaking that actually participated in the infringement and its parent company with which, pursuant to constant case law, it constitutes an *undertaking* in the sense of EU competition law¹³.

Article L. 481-9 of the French Commercial Code also clarifies the rules regarding joint and several liability¹⁴. Victims may therefore sue each infringer for the full amount of damages. This principle¹⁵ does not

¹² The Paris Court of Appeal's guidelines are available at the following address: <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/publications-de-la-cour>.

¹³ See for instance L. IDOT, *The concept of undertaking in competition law*, December 2004, *Revue Concurrences* N° 1-2004, Art. n° 46218.

¹⁴ Pursuant to the principle of joint and several liability, each company that infringes competition law can be held liable for the full amount of damages resulting from the anticompetitive conduct.

¹⁵ There are two exceptions to this principle which are respectively enshrined in articles L. 481-10 (regarding small and medium enterprises) and L. 481-11 (regarding the immunity recipient) of the French Commercial Code.

prevent a defendant, once it has been found liable for the full amount of damages, from suing other cartel members to obtain a contribution.

Also, article L. 481-2 of the French Commercial Code introduces an evidentiary presumption that the finding of an infringement of competition law in a final decision adopted by the FCA or the European Commission (hereafter “Commission”) shall be “deemed to be irrefutably established” in subsequent private enforcement litigation.

Hence, final infringement decisions¹⁶ issued by either of these authorities have a binding effect on French courts. Therefore, a court will be bound as soon as the Paris Court of Appeal upholds the FCA’s finding of an infringement.

However, in compliance with article 16 of Regulation 1/2003, Commission decisions are considered binding as soon as they are adopted even though they may be subject to an appeal before the General Court. In contrast, infringement decisions from a competition authority in other Member States will not give rise to an irrefutable presumption but will constitute a “means of establishing the commission of the [*infringement*]”.

Proving injury, the quantum and the causal link. Article L. 481-3 of the French Commercial Code provides a non-exhaustive list of the types of damages for which a victim may claim compensation. It *notably*¹⁷ includes (i) direct losses resulting from an overcharge¹⁸, (ii) lost profits where the passing-on of an overcharge results in reduced sales, (iii) loss of opportunity, and (iv) moral harm.

¹⁶ Final infringement decisions are defined by the Damages Directive and article L. 481-2 of the French Commercial Code, as infringement decisions that cannot be, or that can no longer be, reviewed by ordinary means (specifically, an appeal or a third-party proceeding called a “*tierce opposition*” under French law).

¹⁷ As for umbrella damages (*i.e.*, inflated prices paid to non-cartel members as a result of the cartel diminishing price competition in the relevant market), even though they are not included in the list set forth at article L. 481-3 of the French Commercial Code, victims are nonetheless able to seek compensation for this type of harm before French courts. However, pursuant to the judgment of the European Court of Justice on 5 June 2014, cartellists may be held liable for such losses.

¹⁸ The overcharge is the difference between the price of the good or service paid by the victim and the price that would have implemented absent the infringement, or a lower price paid by the infringer to the victim.

Article L. 481-7 of the French Commercial Code introduces a rebuttable presumption of causality pursuant to which “until the contrary is proven, cartel infringements cause harm”. The scope of this presumption, already recognized by French courts, is limited to the existence of damages: the victim is still required to prove the exact amount of harm that is suffered (*quantum*).

On this issue, one must note that French implementing measures did not strictly follow the wording of Article 17§1 of the Damages Directive, which provides that Member States shall ensure that national courts are empowered to estimate the amount of harm when it is practically impossible or excessively difficult for the victim to do so accurately on the basis of the available evidence. It should nonetheless be noted that French law already grants discretion to the judge to make such an assessment and, in that respect, the recommendations contained in the 2013 Commission’s practical guide on the quantification of harm¹⁹ can be a useful tool.

Judges may also, at the request of the victim, ask the FCA to provide “guidance on the assessment of harm”²⁰. One must nevertheless appreciate that the FCA will only provide guidance as to the appropriate methods to quantify the harm, rather than an actual calculation of damages suffered by any victim.

The passing-on defense, a particularly sensitive issue, is now dealt with in article L. 481-4 of the French Commercial Code. It establishes a rebuttable presumption against passed-on overcharges, which is unique to French law. A defendant may indeed rebut the presumption by adducing evidence of passed-on overcharges, even partially, to end-customers. The judge may then reduce damages in proportion to the passed-on portion of the overcharge, although the victim may still claim that the passing-on resulted in lowered sales and thus a corresponding loss of profit²¹.

¹⁹ The Commission’s practical guide on quantifying harm in actions for damages is available at the following address: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_damages/quantification_en.html.

²⁰ Article R. 775-3 of the French Administrative Justice Code.

²¹ Given the importance of this issue, article 16 of the Damages Directive provides that the Commission will issue guidelines for national courts on how to estimate the

(ii) Clarification regarding the disclosure of evidence

In order for the victim to successfully initiate private enforcement litigation, access to incriminating evidence that is not included in the publicly available version of the infringement decision can prove decisive. Both the Ordinance and the Decree address this issue by clarifying the conditions under which several disclosure mechanisms, which were already available either pursuant to the French Code of Civil Procedure or to the French Code of Administrative Justice, now allow access to evidence for specific purposes of private enforcement litigation.

A victim may now ask the judge to order the FCA, the defendant or even a third-party, to disclose specified items of evidence or “categories of evidence” included in the case file of the relevant competition authority. However, in light of the fact that this mechanism necessarily implies a clear threat for the defendant, the judge will perform a balancing exercise of all the interests at stake.

In that regard, access will only be granted if the victim is able to: (i) make a “plausible assertion” of damages²²; (ii) identify the categories of evidence “as precisely and narrowly as possible”²³, and (iii) does not target self-incriminating statements submitted in support of leniency or settlement applications and which are therefore excluded from the scope of this mechanism.

In the event the judge refuses to grant the victim’s request for disclosure, the victim will not be able to appeal the decision until the judge rules on the merits of its damages action. Conversely, the judge’s order to disclose evidence may be challenged by the defendant within 10 calendar days of notification of the order before the First President of the Paris Court of Appeal²⁴.

share of the overcharge passed on to the indirect purchaser. These guidelines were published on 1st July 2019.

²² Article L. 483-1 of the French Commercial Code.

²³ Article R. 483-1 of the French Commercial Code.

²⁴ Articles R. 483-7 and 483-8 of the French Commercial Code.

B. Soft law guidance adopted in the context of implementing the Damages Directive

Over the last years, two sets of guidelines were issued respectively by the (i) French Ministry of Justice on 23 March 2017 and (ii) the Paris Court of Appeal on 19 October 2017. Even though not legally binding, both of them are likely to reinforce the predictability of private enforcement proceedings and, as consequence, the attractiveness of French Courts.

*(i) Ministry of Justice's guidelines on private enforcement litigation*²⁵

These very comprehensive guidelines provide a full overview of French implementing measures of the Damages Directive and, therefore, of legal provisions of both the Ordinance and Decree applicable to current and future private enforcement litigation.

The guidelines, which are publicly available on the French Ministry of Justice's website, are divided up in 14 sections which cover, *inter alia*, the scope of the Ordinance and Decree, the binding effect of competition authorities' infringement decisions, the quantification of harm, the joint liability principle, access to incriminating evidence, the burden of proof, cooperation mechanisms between judges and competition authorities, or limitation periods²⁶.

They are aimed at enhancing the victims and their counsel's ability to assess the opportunity and the best way to initiate a private enforcement litigation.

²⁵ These guidelines, which are named "Fiches techniques de présentation", are available at the following address: www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1708788C.pdf.

²⁶ The full list can be found at the following address: www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1708788C.pdf.

(i) Paris Court of Appeal guidelines on quantification of harm²⁷

On the basis of the work conducted by an expert group composed of judges, academics and lawyers, the Paris Court of Appeal issued guidelines on the very sensitive issue of quantification of harm. Such a step spontaneously taken by the Paris Court of Appeal is easily understandable when one considers that most private enforcement litigation, in the past, failed on the ground that the victim was unable to quantify the harm that they allegedly suffered²⁸.

These guidelines, which are publicly available on the Paris Court of Appeal's website, are divided up in 11 sections (called "Fiches méthodologiques") which cover, *inter alia*, the assessment of the causal link, the economic methods to quantify harm, the assessment of the moral harm, the assessment of the loss of opportunity and the actualization of damages.

In its press release, the Paris Court of Appeal emphasized that these guidelines only constitute a first attempt and are likely to be further substantiated on the basis of future developments. In particular, we expect these guidelines to be probably complemented in a near future in order to take into account the Commission's guidelines of 1st July 2019 for national courts on how to estimate the share of overcharge which was passed on to the indirect purchaser²⁹.

II. Most recent and relevant cases in french private enforcement litigation

To date, there have been approximately 59 cases of private enforcement cases in France. Out of these cases, 28 cases of follow-on

²⁷ These guidelines, which are named "Fiches méthodologiques", are available at the following address: <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique-octobre-2017>.

²⁸ According to an empirical study conducted by Rafael Amaro in 2014, the overall rate of success of damage actions brought in France until then was of only 26%.

²⁹ These guidelines are available at the following address: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html.

litigation initiated in the context of hard core cartels; 13 cases of follow-on litigation initiated in the context of abuse of dominant position and 18 cases of stand-alone litigation initiated in the context of abuse of dominant position.

Over the last two years³⁰, we have selected four cases which brought significant learnings regarding (A) the starting point of the 5-years limitation period (B) the standard of proof and (C) the possibility of obtaining a financial provision before the ruling on the merits is handed down.

A. Starting point of the limitation period

Pursuant to articles 2224 of the French Civil Code and article L. 482-1 of the French Commercial Code, the limitation period applicable to private enforcement litigation is of five years. This applies in the same way both to stand-alone and follow-on actions.

The limitation period starts to run on the date the victim becomes aware or should have become aware of, cumulatively: (i) the existence of an infringement; (ii) the fact that such infringement caused it harm; and (iii) the identity of at least one infringer. Moreover, the limitation period does not start to run as long as the anticompetitive practice has not ceased.

However, since contending that the victim is time-barred is a very common and powerful procedural defense, recent rulings brought useful clarifications as to the starting point of the 5 year limitation period.

In *Doux Aliments v. Timab Industries* dated 6 February 2019, the Paris Court of Appeal³¹ annulled the judgement of the Quimper Commercial Court which found that, when lodging its private enforcement litigation (in 2014), the victim was time-barred to the extent that the starting point of the limitation period was the date when the Commission announced, through a press release, the opening of its investigation (in 2009) against members of the Animal Feed Phosphates' cartel.

³⁰ This article was completed on 28th August 2019.

³¹ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*, page 8. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda.../5-4/6fevr2019/DouxAliments.pdf.

The Paris Court of Appeal quashed this judgement by stressing that, under French law, the starting point of the limitation period is the publication of the European Commission's (or any other relevant competition authority) infringement decision or, should the non-confidential version of the infringement decision not be available at this stage, of the press release announcing that cartel members have been sanctioned³².

The Paris Court of Appeal also emphasized the fact that a press release announcing the opening of a cartel enforcement proceedings only discloses the sector which is potentially subject to a cartel, with no indication whatsoever as to (i) the identity of cartel members, (ii) the way the cartel operated, and (iii) its geographical and/or temporal scope³³.

In *Various plaintiffs v. EDF* dated 6 March 2019, the Paris Court of Appeal³⁴ also annulled the judgement of the Paris first instance Commercial Court which found that, the starting point of the limitation period was the date when the FCA ordered interim measures against EDF, which was *prima facie* abusing its dominant position. As a result of this approach, the Paris Court of Appeal found that the victim was time-barred and its claim for damages was rejected.

Here again, in a pragmatic manner, the Paris Court of Appeal quashed the first instance judgment by recalling that the starting point was, in the present case, the publication by the FCA of its infringement decision. The Paris Court of Appeal pointed out that, by nature, interim measures are merely temporary as they can be reversed by the FCA's final decision and, as such, only provide a *prima facie* assessment³⁵. Hence, no one can reasonably expect that a victim should infer from

³² It is common practice for competition authorities to publish, first, a press release announcing that infringers have been fined and then the non-confidential version of the infringement decision at a later stage.

³³ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*, page 9.

³⁴ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*, page 8. This ruling is available at the following address:

https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda.../5-4/6fevr2019/DouxAliments.pdf

³⁵ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 March 2019, *Various plaintiffs v. EDF*, page 10. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/.../6mars2019/Arkeos.pdf.

them that it actually suffered a competition law infringement and damage³⁶.

B. Standard of proof

Pursuant to articles 1240 et seq of the French Civil Code and article 9 of the French Code of Civil Procedure, a victim seeking damages in the context of a private enforcement litigation bears the burden of proving that the following cumulative conditions are met: the existence of a harm (which can be inferred from a competition law infringement), a damage, and the causal link between the two. However, as explained above, several legal presumptions which were introduced by the Ordinance and the Decree facilitate the victim's burden of proof and, overall, its compensation.

Recent case law provided significant clarifications on this point as well.

As far as the proof of a competition law infringement is concerned, in a ruling *Betclit v. PMU* dated 12 September 2018, the Paris Court of Appeal found that notwithstanding the fact a commitment decision does not constitute a finding of a liability³⁷, it can nonetheless contain background elements and incriminating evidence which is sufficient for the

³⁶ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 March 2019, *Various plaintiffs v .EDF*, page 10. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/.../6mars2019/Arkeos.pdf.

³⁷ FCA, 2009 Guidelines on commitments procedure, § 43: “This decision does not determine the merits of the allegations from the criminal prosecution standpoint in the sense ascribed by article 6 § 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It does not take a position on the liability of the undertaking and cannot be used as the first term of the reiteration of the facts. It may not be used to prevent one of the parties to the procedure from bringing action in a court of law” (we underline). These guidelines are available at the following address: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=309&id_article=903.

plaintiff (here Betclic)³⁸ to demonstrate the defendant's wrongdoing in the context of a follow-on private enforcement litigation³⁹.

In response to PMU's contention, the Court also found that it certainly cannot be inferred from the fact that the proceedings were ended through a commitment decision (rather than through an infringement decision) that the commercial practices at stake did not produce any foreclosure effects towards potential or actual new entrants (such as Betclic for instance)⁴⁰.

As far as the possibility of having an economic expert being appointed by the Court in order to support the victim's quantification of harm, the ruling handed down on 6 February 2019 by the Paris Court of Appeal in *Doux Aliments v. Timab industries*⁴¹ provided useful guidance. Indeed, the Paris Court of Appeal found that an independent expert will be appointed only when the victim cannot, for very specific reasons, reasonably discharge the burden of proof by its own means. In this case, since it was *prima facie* unable to provide a robust quantification of the harm that it allegedly suffered from the cartel (especially as the defendant, Timab Industries, contended that it played the role of a maverick within the cartel), the victim (Doux Aliments) requested the Court to appoint an independent economic expert.

The Court found that, in the present case, the fact that the victim was not in a position to provide a robust quantification of harm should not automatically lead to its claim being dismissed⁴². The Court rather considered that only the appointment of a court expert could, in the case at stake, secure a robust quantification of harm for the following rea-

³⁸ Betclic was also the plaintiff before the FCA and this led to a case closed through a commitment decision.

³⁹ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 12 September 2018, *Betclic v. PMU*, page 7.

⁴⁰ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 12 September 2018, *Betclic v. PMU*, page 7.

⁴¹ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda.../5-4/6fevr2019/DouxAliments.pdf.

⁴² Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*, page 10. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda.../5-4/6fevr2019/DouxAliments.pdf.

sons. Firstly, to the extent that the prices implemented by Timab Industries remained stable during the infringement period, the overcharge was not obvious. Secondly, since nothing in the European Commission's infringement decision supported the contention that Timab could have played the role of a maverick; further investigation should be conducted on his very point by an independent court expert⁴³.

C. Possibility of obtaining a financial provision before final ruling on the merits is handed down

Private enforcement litigation in France generally takes from 2 to 4 years and can even take much longer in cases of appeals. Hence, when it is encountering financial difficulties as a result of the competition law infringement that it is seeking compensation for, the victim may have an obvious interest in asking the Court to order the defendant to pay a financial provision even before the ruling on the merits is handed down and/or becomes final.

Such a request was made by Betclic as it was contending that PMU should, provisionally, be condemned to pay a 20 million euros provision (knowing that Betclic is claiming 172 million euros in total). According to Betclic, such a provision was necessary to quickly restore a workable level of competition on the market by allowing it to engage the marketing spending in order to counter PMU's foreclosure practices and seek to enhance its reputation and market share. The Paris Court of Appeal considered the request but plainly rejected it on the grounds that Betclic did not disclose its annual accounts and financial figures.

⁴³ Paris Court of Appeal, Pôle 5 – Chamber 4, ruling of 6 February 2019, *Doux Aliments v. Timab Industries*, page 10. This ruling is available at the following address: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda.../5-4/6fevr2019/DouxAliments.pdf.

FOLLOW ON: ESPAÑA BUSCA UN NUEVO MODELO DE JUEZ

Eduardo Pastor Martínez
Magistrado mercantil español

ÍNDICE: 1. Los juzgados mercantiles españoles. 2. Nuestro leading case y su contradictoria aplicación por la jurisprudencia menor. 3. Camiones: la tormenta perfecta. 3.1. ¿Por qué la dispersión de procesos? 3.2. La reafirmación internacional de la jurisdicción española. 3.3. La ausencia de barreras temporales relevantes. 3.4. El acceso a las fuentes de prueba. 3.5. ¿Cuál es el papel de las filiales españolas en una infracción imputable a su matriz extranjera? 3.6. Valoración y estimación judicial de daños. 3.7. Passing-on defense. 4. España busca un nuevo modelo de juez.

Resumen: La irrupción de la Directiva de daños ha convulsionado profundamente el sistema procesal español, introduciendo un nuevo tipo de litigación en masa para la aplicación privada del derecho de la competencia, como fenómeno desconocido hasta ahora en España. Sin embargo, nuestro país cuenta con una infraestructura judicial adecuada para afrontar este reto: los jueces mercantiles. También disponemos de un acervo jurisprudencial suficiente sobre el que construir un espacio de seguridad jurídica bastante para la solución de estos casos. A su vez, la jurisdicción española ya ha ofrecido respuestas concretas a la mayor parte de los interrogantes que, de forma recurrente, surgen ahora en estos casos. Pero todo eso solo ubica a España y a sus jueces en una posición asimilable a la del resto de países europeos: debemos evolucionar tanto como ya lo ha hecho el derecho de la competencia.

1. Los juzgados mercantiles españoles

La organización, distribución y planta de la jurisdicción española responde a un sistema de administración de justicia largamente consolidado. Desde el punto de vista material, los juzgados españoles se clasifican por su adscripción a uno de estos cinco órdenes jurisdiccionales: civil, penal, social, contencioso administrativo y

militar. Desde el punto de vista funcional, los juzgados españoles se clasifican por su adscripción a uno de estos tres niveles de enjuiciamiento: primera instancia, segunda instancia (para la revisión de lo resuelto en la anterior) e instancia extraordinaria (para el establecimiento de doctrina jurisprudencial uniforme). Como en cualquier otro espacio plural y complejo, en todo eso se dan algunas excepciones: esas que han sido paulatinamente introducidas en el modelo judicial español para amoldarlo a las nuevas realidades políticas, territoriales y sociales a las que ha ido enfrentándose España desde la Edad Moderna. Pero, a grandes trazos, puede decirse que el modelo jurisdiccional español responde a esas bases de formulación desde hace largo tiempo.

Una de esas excepciones es la que dio lugar, en el año 2003¹, a la creación de los juzgados mercantiles españoles, como una respuesta a la constatada necesidad de que el sistema judicial español se dotara de una jurisdicción especializada en asuntos comerciales, de acuerdo con las siguientes notas caracterizadoras:

- (i) Estos juzgados no forman una jurisdicción particular, sino que se integran en la jurisdicción civil, como órganos unipersonales de primera instancia.
- (ii) Tienen atribuido el conocimiento de materias predominantemente mercantiles. Pero ni conocen de todos los asuntos mercantiles, ni todos los asuntos de los que conocen son mercantiles. Así, estos juzgados conocen de procesos relacionados con el derecho de la competencia, publicidad, propiedad industrial, sociedades, transporte, condiciones generales de la contratación y concurso de acreedores, principalmente.
- (iii) Se ubican en las capitales provinciales de toda España, que cuenta con cincuenta provincias.
- (iv) Esta especialización se reproduce en la segunda instancia de enjuiciamiento civil, dependiente de las Audiencias Provinciales (AP), que también pueden especializar algunas de sus secciones para el conocimiento de estas materias. Del mismo modo, la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS), órgano de instancia

¹ LO 8/2003, de 9 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

extraordinaria y unificador de doctrina, también cuenta con una sección especializada en estas materias.

- (v) A su vez, esta especialización se completa con la previsión de un cuerpo de jueces especializados en estos asuntos, seleccionados de entre los jueces ordinarios por la superación de pruebas teóricas y prácticas relacionadas con las materias de enjuiciamiento señaladas. De este modo, los jueces mercantiles superan un doble control de acceso: el propio de cualquier juez español que ya exige la acreditación de conocimientos mercantiles y el especializado. Los jueces mercantiles españoles, que son aproximadamente cien, no solo están presentes en la primera instancia, sino también en las AP y el (TS).

Si he señalado que la litigación en materia de aplicación privada del derecho de la competencia, como fenómeno cuantitativamente relevante, es reciente en nuestro país, se entenderá bien que la razón para la creación de estos juzgados no fue la necesidad de dar una respuesta concreta a la litigación en materia de derecho de la competencia. Justo es entonces reconocer que los motivos para la creación de esta nueva herramienta judicial tenían más que ver con la necesidad de ofrecer respuestas especializadas en materia de propiedad industrial, derecho societario y, fundamentalmente, derecho de la insolvencia².

Sin embargo, los jueces españoles ya han tenido tiempo para consolidar la atribución competencial del ejercicio de acciones *follow on* a estos jueces especializados, como estadio anterior a la elaboración de una doctrina jurisprudencial particular y relevante para el enjuiciamiento de estos casos. La cuestión no estaba del todo cerrada por la redacción de las normas aplicables en la delimitación de competencias entre jueces especializados y jueces comunes. La atribución a los primeros de las acciones *stand alone* no ofrecía dudas pero, por el contrario, desde la irrupción de los juzgados mercantiles sí se habían generado discusiones sobre la atribución competencial respecto de acciones *follow on* ejercitadas aisladamente. Las normas

² En efecto, la creación de estos juzgados y jueces es coetánea a la introducción del nuevo régimen de insolvencia español por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

sobre configuración orgánica del poder judicial español en relación con los juzgados mercantiles habían encontrado su eco en la legislación sustantiva en materia de defensa de la competencia. Pero la legislación sustantiva reproducía las mismas incertidumbres en este concreto aspecto, sin ofrecer pautas de decisión adicionales³.

La cuestión era especialmente espinosa para nosotros, en la medida en que, hasta la transposición de la Directiva de Daños, la norma sustantiva española en materia de defensa de la competencia carecía de una disciplina de vocación específicamente procesal para regular el régimen de aplicación privada de este derecho. De este modo, ante la ausencia de una cláusula de responsabilidad privada ubicada en la norma especial de competencia, las acciones *follow on* entabladas en España se regían por las reglas generales civiles en materia de responsabilidad extracontractual. Así, podía argumentarse la competencia de los jueces no especializados para el conocimiento de estas acciones por el carácter civil general de la norma de responsabilidad en la que se fundaban: eso determinó que el *leading case* español en materia de acciones *follow on* no tuviera su origen en un previo pronunciamiento de un juzgado especializado, sino de uno civil general⁴.

Sin embargo, la doctrina española ha interpretado de forma más o menos mayoritaria que la atribución competencial para el ejercicio de estas acciones corresponde a los juzgados mercantiles⁵. Del mismo modo, los propios jueces mercantiles españoles han defendido la integridad de su atribución competencial, tanto para el conocimiento de las acciones *stand alone* como de las *follow on* ejercitadas aisladamente⁶.

³ DA 1ª Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴ STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre, Ponente: Rafael Sarazá Jimena, *Cártel del azúcar*.

⁵ Cfr. F. MARCOS, *Jurisdicción y competencia en las demandas de daños por el cártel de los fabricantes de camiones*, en *Almacén de Derecho*, 8/5/19 y F. GASCÓN INCHÁUSTI, *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia*, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo 2017, vol. 9, n.º 1, pp. 125-152.

⁶ L. BLANCO GARCÍA-LOMAS, *Problemas procesales derivados de las acciones follow on relacionadas con el cártel de camiones*, in *Lefebvre Mercantil*, 3/1/19.

Los argumentos para sostener esta atribución parecen bastante claros. En primer lugar, aunque la norma orgánica española no sea especialmente precisa o exhaustiva, para distinguir si se refiere al ejercicio de acciones *stand alone* o *follow on* o a ambas, desde luego es evidente la opción del legislador por la atribución del conocimiento de los procesos en materia de defensa de la competencia a los jueces mercantiles, como jueces especializados. En segundo lugar, interpretar el ejercicio de una acción *follow on* como una de responsabilidad civil general es un peligroso reduccionismo. Una cosa es que hasta la irrupción de la Directiva de daños las acciones *follow on* se ejercitaran en España a través de esa cláusula general y otra dejar de considerar sus especialidades, de acuerdo con su particular naturaleza: son acciones emanadas de las normas reguladoras del derecho de la competencia. Incluso la propia evolución jurisprudencial permite considerar que, con Directiva de Daños o sin ella, nos encontramos ante el ejercicio de acciones privadas que brotan, con carácter autónomo y autosuficiente, de los tratados europeos⁷.

Este estado de cosas solo se ve alterado por pronunciamientos aislados, ciertamente extraños y no representativos del estado de la cuestión en nuestro país⁸. Por el contrario, el Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de consolidar esa visión sobre la incontrovertible atribución del enjuiciamiento de acciones *follow on* a los jueces mercantiles, por asunción de todos esos criterios y sin especiales reservas⁹.

Tras esto, bien puede decirse que la jurisdicción española ha predispuerto el terreno más favorable para una producción jurisprudencial de calidad en materia de aplicación privada del derecho de la competencia: unos juzgados especializados, unos jueces especializados, unas reglas claras para reconducir a ese circuito el enjuiciamiento de estos casos. Sin embargo, ¿por qué la jurisdicción española no es una jurisdicción notoria en este ámbito del derecho? Es

⁷ Puede verse en la STJUE, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2019, C-724/17, Skanska y en las conclusiones del Abogado General Wahl en el mismo asunto.

⁸ AAP Madrid, 13ª, de 22 de marzo de 2019, Ponente: María Carmen Royo Jiménez.

⁹ AATS, 1ª, de 19 de marzo y 9 de abril de 2019.

muy sencillo, a España le ha faltado lo mismo que a tantas otras jurisdicciones europeas: tradición.

2. *Nuestro leading case y su contradictoria aplicación por la jurisprudencia menor*

En efecto, pese al esfuerzo de legislación y creación de una estructura orgánica especializada, nuestro país carecía, al menos hasta ahora, de experiencia suficiente en la resolución de procesos *follow on*. No se trata de un déficit legislativo, judicial o de cualquier otra clase, sino más bien de algo cultural sobre a la percepción de este derecho. Esa falta de experiencia determina, según considero, dos problemas. En primer lugar, que toda la organización y especialización judicial no ha sido verdaderamente probada en la aplicación práctica de este derecho, de modo que hasta ahora no ha sido posible detectar sus patologías o adivinar cuáles deben ser los itinerarios para construir un sistema especializado todavía más robusto. En segundo lugar, que la jurisprudencia ha tenido pocas oportunidades para reflexionar en torno a las instituciones propias de este derecho, partiendo de la solución de casos concretos.

Hasta la fecha, el *leading case* español es el del caso del cártel de azúcar¹⁰. Se trata de una experiencia doblemente relevante, puesto que también integra el último precedente jurisprudencial de interés dado antes de la entrada en vigor de la Directiva de daños que, aplicable o no por razones de temporalidad a los procesos seguidos de manera inmediata a su publicación, ha condicionado inevitablemente la percepción de los jueces españoles sobre este derecho. Este pronunciamiento ha dado lugar a una gran literatura científica en nuestro país. Sin embargo, en la labor del *Osservatorio Antitrust* puede encontrarse un análisis especialmente valioso de los principales

¹⁰ STS, 1ª, de 8 de junio de 2012, Ponente JR Ferrándiz Gabriel y la citada STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre, Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

pronunciamientos del TS español en estos procesos, en la enumeración que sigue¹¹:

- (i) Se reconoció la vigencia del derecho al pleno resarcimiento en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia.
- (ii) Se concibió la responsabilidad de las infractoras como una de carácter extracontractual.
- (iii) Se reconoció el carácter vinculante para la jurisdicción civil de las resoluciones administrativas dictadas por las autoridades nacionales de competencia.
- (iv) Se adoptaron presunciones de daños conciliables con la doctrina *ex re ipsa*.
- (v) La adopción de esas presunciones tuvo también incidencia en la determinación de las cargas probatorias en el proceso para la valoración de los daños.
- (vi) Se estableció un marco jurisprudencial concreto para el ejercicio de la *passing-on defense*.

A esa enumeración relevante de cuestiones, quiero añadir ahora algunas reflexiones personales¹². En efecto, como he señalado, hasta la transposición de la Directiva de Daños¹³ nuestra LDC carecía de una disciplina procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Por eso, para el ejercicio de acciones basadas en la aplicación privada del régimen de defensa de la competencia tras infracciones constatadas por una autoridad de competencia, en España se ha dado el recurso directo a la disciplina extracontractual civil, pero matizado por las reglas jurisprudenciales nacionales y comunitarias que ya habían reconocido, como principio general, el derecho a obtener una compensación por el perjudicado por una infracción anticompetitiva. Así, en el caso de la indemnización de los daños derivados de prácticas anticompetitivas, la

¹¹ Seguiré aquí la identificación de cuestiones relevantes en la propuesta de F. MARCOS, *Las indemnizaciones de daños derivados del cártel del azúcar*, en *Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza*, 25/1/14.

¹² Cfr. SJM núm. 3 de Valencia, 20 de febrero de 2019, Ponente: Eduardo Pastor Martínez.

¹³ RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017, de transposición de la Directiva de daños.

jurisprudencia comunitaria había tenido la oportunidad de examinar la aplicabilidad de ese mismo principio de forma consolidada¹⁴. A su vez, ante la ausencia de pronunciamientos relevantes en materia de acciones *follow on*, nuestro TS había tenido oportunidad de consolidar la regla de indemnidad del lesionado en todas las facetas posibles de responsabilidad extracontractual. Por todo eso, resultó sencillo partir de ese principio para la solución de nuestro *leading case*.

A su vez, el TS rehuyó considerar la aplicación autónoma de las reglas sustantivas sobre represión de ilícitos concurrenciales (en equivalencia a los arts. 101 y 102 TFUE), para aplicar los presupuestos propios de ese régimen español de responsabilidad civil general: acción, nexo causal, daño. Sin embargo, la relevancia de estos pronunciamientos del TS estribó en la previsión de algunas especialidades en el desarrollo de ese régimen general. Así, del pronunciamiento del TS se colige que, en la aplicación privada del derecho de la competencia con invocación de la regla general de responsabilidad extracontractual, por la especificidad de su aplicación en esta materia, se diluyen algunos de los elementos propios de ese régimen general. En efecto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal con el daño eventualmente sufrido serían siempre facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia y por la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor.

El TS desarrolló de manera particular la regla de vinculación que, para la jurisdicción civil, debe suponer lo previamente resuelto por la autoridad de competencia. En el régimen anterior a la Directiva de Daños, para lograr una aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia, se establecía un efecto vinculante de lo resuelto por la Comisión para los órganos jurisdiccionales que enjuiciaban el ejercicio de acciones privadas sobre las mismas conductas sancionadas (art. 16.1 RCE 1/2003 y, aún en su antecedente jurisprudencial, STJCE Masterfoods, de 14 de diciembre de 2000). Sin embargo, no existía una norma equivalente en nuestra legislación

¹⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

nacional. De este modo, la regla de vinculación fue desarrollada a través de estos pronunciamientos, para afirmar que lo resuelto por la autoridad nacional de competencia vinculaba a la jurisdicción civil en el enjuiciamiento posterior de una acción *follow on* en cuanto a la acreditación de los hechos declarados probados por la resolución administrativa, no así en cuanto a su calificación jurídica¹⁵.

En mi opinión, lo más relevante de los pronunciamientos del TS es la aplicación de las presunciones *ex re ipsa*, proyectadas sobre los dos elementos que componen el daño desde un punto de vista procesal: constatación y cuantificación. En realidad, esa respuesta del TS es plenamente coherente con lo resuelto tantas otras veces en España en todos los campos de la responsabilidad civil¹⁶: la presunción de la existencia del daño cuando el actor imputaba la comisión de un ilícito del que, normalmente, se desprendían daños de la clase que igualmente describía en su demanda. A su vez, respecto de la cuantificación del daño sufrido, el TS introdujo condiciones favorables para la aplicación privada de este derecho, reconociendo como esfuerzo de cuantificación suficiente la recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación de los daños sufridos¹⁷.

¹⁵ En el enjuiciamiento de acciones próximas, la Sala Primera sostuvo ese mismo criterio (STS, 1ª, 643/14, de 9 de enero de 2015, Ponente Ignacio Sancho Gargallo).

¹⁶ STS, 1ª, de 10 de septiembre de 2014, sobre incumplimiento contractual; STS, 1ª, de 24 de octubre de 2012, como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial; STS, 1ª, de 8 de abril de 2014, sobre competencia desleal

¹⁷ J. ALFARO, *Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*, en *Indret*, 3/2009, p. 20-21: “En el juicio civil que siga a una Decisión de la Comisión Europea, no habrá que realizar un análisis “de gran complejidad” puesto que ya lo ha realizado la autoridad de competencia; no habrá un problema de “frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados” porque la Decisión de la autoridad recogerá todos los datos de hecho – a menudo entregados voluntariamente por el confidente que se haya acogido al programa de clemencia – y la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba nacionales de conformidad con el principio de equivalencia y efectividad obligan ya al Juez a imponer al demandado la carga de probar que los hechos no son ciertos. Es más, lo sensato sería que la Decisión de la Comisión contuviese ya un cálculo de los daños causados por el cártel, de manera que el proceso civil pueda acelerarse. Sólo tendría algún sentido obligar a los Estados a disponer, en su legislación procesal, de vías para el ejercicio de acciones colectivas,

Por último, el TS tuvo oportunidad para establecer un marco de condiciones concreto en el que la defensa *passing on* fuera posible en el proceso, explicando quién tiene que hacer qué en el enjuiciamiento de acciones *follow on*. Si los daños se presumen, el demandado infractor es el obligado a acreditar las circunstancias que refuten esa presunción o, también, la presencia de aquellas circunstancias que minoren esa responsabilidad: la repercusión de sobrecostes por parte del lesionado por la conducta ilícita. En efecto, si el lesionado por un ilícito concurrencial merece obtener compensación de los daños sufridos hasta el extremo de verse resarcido íntegramente de la lesión sufrida, esa aspiración de nuestro sistema puede verse frustrada no solo por un defecto de indemnización, sino también por un exceso de ella. En esa situación, el lesionado es el obligado a la prueba de la extensión económica de los daños de acuerdo con lo señalado. Después, el causante de los daños está obligado a probar la presencia de las circunstancias que puedan minorar su extensión, asumiendo las consecuencias que se desprendan de un escenario de insuficiencia probatoria.

Sin embargo, la fijación de una doctrina jurisprudencial uniforme en torno a las acciones *follow on* sigue actualmente en desarrollo. Las conclusiones, en mi opinión evidentes, que cabe extraer de las sentencias del cártel del azúcar no han sido recibidas por los tribunales inferiores de manera uniforme. Se trata de una situación inevitable, si se considera que, aún desde el pronunciamiento de esas sentencias tan relevantes, el enjuiciamiento de este tipo de acciones ha sido muy aislado. Los jueces españoles todavía necesitan algo más de tiempo para reflexionar sobre este derecho, que durante demasiado tiempo les ha resultado demasiado alejado, reconocer su finalidad y procurar que la aplicación privada del derecho de la competencia acompañe su aplicación pública¹⁸.

cuestión de carácter más general – porque afecta a muchos otros ámbitos jurídicos – y respecto de la cual, falta mucha experimentación para encontrar las formas más eficientes de agregar pretensiones”.

¹⁸ Cfr. F. Díez Estella, *La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, en *Cuadernos de derecho transaccional*, Vol. 11, n. 1, p. 270.

Esas divergencias se han puesto de manifiesto a raíz del enjuiciamiento en primera instancia de acciones *follow on* derivadas del cártel de los sobres de papel por juzgados de Madrid y Barcelona, pronunciamientos recaídos durante el segundo semestre de 2018. Tuve intervención profesional en esos casos¹⁹ y no sería apropiado asumir el comentario crítico de todas esas resoluciones, aún pendientes de ser revisadas y confirmadas por tribunales superiores. Pero, distanciándome de sus particularidades, sí quiero ofrecer alguna reflexión más amplia sobre su impacto para la jurisdicción española. Y es que, sobre la base de unos mismos hechos y unos mismos dictámenes de expertos, que dieron lugar a diversos procesos tramitados paralelamente ante los juzgados de las dos principales ciudades españolas, los jueces intervinientes alcanzaron conclusiones distintas sobre la acreditación de los daños sufridos por las víctimas del cártel en cuestión, entre otros extremos relevantes para la solución de esos casos. Por eso, mientras unos aceptaron las demandas, otros las desestimaron²⁰. No se trata de una mera discrepancia a la hora de la valoración de los materiales probatorios incorporados a las actuaciones. Eso no sería relevante, puesto que los jueces conservan siempre su discrecionalidad para la valoración de los dictámenes de expertos y el cálculo de los daños sufridos por la víctima²¹. La doctrina española se ha aprestado a señalar que lo que late en el fondo de esas discrepancias es una divergencia sobre el punto de partida del juez en la aplicación privada de este derecho²².

Creo que este último diagnóstico es muy acertado y que responde a una explicación evidente y ya señalada aquí: la ausencia de una disciplina española que regulara de manera específica la

¹⁹ Cfr. SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 4 de septiembre, 5 de septiembre y 10 de septiembre de 2018.

²⁰ Cfr. J.N. Otegui Nieto, *Spain-recent developments in competition damages claims: what once was just a possibility is now a reality*, Eagan (Mn), 2019.

²¹ Cfr. J. RUIZ PERIS, *Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, en T. PALOMAR TEJEDOR (coord.), J.I. RUIZ PERIS (dir.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Eagan (Mn), 2019, pp. 47-51.

²² Cfr. F. Díez ESTELLA, *op. cit.*, pp. 289-294.

responsabilidad derivada de ilícitos concursionales hasta la incorporación de la Directiva de daños. La necesaria huida del lesionado hacia la regla general de responsabilidad extracontractual puede provocar que el juez desarrolle su labor sin advertir que, a esa regla general, se le deben imprimir las especialidades propias del ámbito jurídico en el que la aplica, que no es el propio de la responsabilidad civil común. Una trampa del sistema. En efecto, esa regla sustantiva común determina unos efectos procesales en la distribución de cargas probatorias, por ejemplo, que no pueden ser los propios de la aplicación privada del derecho de la competencia. Por todo eso, considero que la irrupción de la Directiva de daños debe ser tomada como una gran oportunidad para la evolución del juez español. Incluso en aquellos supuestos de hecho que se ubiquen fuera del ámbito temporal de aplicación de la norma, el juez debe conducirse con estándares de enjuiciamiento propios del derecho de la competencia, que no son los comunes. Los jueces mercantiles españoles deben encontrar un significado distinto a su desempeño, para convertirse en jueces de competencia²³.

3. Camiones: la tormenta perfecta

Todo ese escenario de evolución legislativa y jurisprudencial se ve sometido a una intensísima prueba en nuestro país. España enfrenta ahora un fenómeno desconocido hasta el momento en nuestro sistema: la litigación en masa en ejercicio de acciones *follow on*. En efecto, ante los juzgados españoles penden cientos de procesos en ejercicio de acciones *follow on* derivadas del cártel de camiones. Muchos son los interrogantes que esta situación genera. ¿Cómo resolverán los jueces estos procesos? ¿Cómo interpretarán las reglas de carga y valoración probatoria? ¿Cuál será el peso de las resoluciones administrativas en sus resoluciones? ¿Reportará alguna utilidad real el empleo de los mecanismos de indagación probatoria previstos en la Directiva de

²³ Cfr. *Jueces de competencia*, que publiqué en *Almacén de Derecho* el día 23 de noviembre de 2018.

daños? ¿Cómo se cuantificarán los daños? Son demasiadas las cuestiones que se suscitan en torno a este caso y, ciertamente, se corre el riesgo de crear una doctrina jurisprudencial en aplicación de las instituciones propias del derecho de la competencia desde la base de una sola infracción enjuiciada desde una perspectiva privada, lo que podría provocar algunas distorsiones. Por eso, debe relativizarse la importancia de este caso, que es menos trascendente de lo que en un primer momento pudiera parecer. A continuación responderé brevemente al estado español de algunas de esas cuestiones relevantes. Pero solo utilizaré la referencia a los “casos de camiones” como un mero punto de partida para reflexionar sobre nuestras instituciones.

3.1. ¿Por qué la dispersión de procesos?

El primer extremo que sorprenderá al lector europeo será, precisamente, el del volumen de las demandas ya formuladas, así como las que puedan formularse en el futuro. El contraste con los volúmenes de enjuiciamiento propios de otras jurisdicciones es muy evidente. En mi opinión, las razones de esta singularidad española pueden enumerarse de esta manera:

- (i) Si un ilícito de competencia es un ilícito de significado económico, la litigación derivada de ese ilícito adoptará la anatomía propia del contexto económico en el que arraiga. El sector del transporte en España, como toda la economía española en general, es un sector de pequeñas o medianas empresas y profesionales autónomos que se relacionan por ellas. Se entenderá bien entonces que los potenciales perjudicados por los efectos de este cártel son decenas de miles de personas distintas, en el contraste con otros sectores del mercado integrados por un número de actores reducido.
- (ii) España no tiene una cultura de litigación por daños y, en menor medida, de litigación por daños derivados de ilícitos concurrenciales. Eso determina que las fórmulas de cesión de derechos a grandes despachos de abogados especializados o de litigación con financiación externa sean poco representativas de la práctica forense española. Por el contrario, también los abogados españoles se integran en despachos profesionales propios o de un

número de colegas reducido, lo que determina la existencia de decenas de miles de profesionales del derecho independientes que no cooperan entre sí. A su vez, las últimas experiencias del sistema procesal civil español evidencian el florecimiento de un modelo de negocio basado en la litigación individual y en la percepción de ganancias por la obtención de pronunciamientos condenatorios al pago de las costas del proceso.

- (iii) En términos europeos, España es un país de una extensión geográfica notable, con un alto grado de descentralización territorial. Todo eso produce algunos sesgos en las relaciones económicas y sociales: para el caso de la litigación, que esta se realice en términos de proximidad, ante los tribunales más próximos al domicilio del actor. Un nuevo factor que explica que los lesionados prefieran sostener individualmente sus derechos, huyendo de los remedios colectivos.
- (iv) He señalado que la doctrina jurisprudencial española en la materia no ha tenido ocasión de probarse en un número considerable de casos. A su vez, esos casos se han resuelto, fundamentalmente, por los juzgados mercantiles de Madrid y Barcelona. Eso significa que el resto de juzgados españoles, diseminados en otros lugares, no hayan tenido un contacto práctico con el enjuiciamiento de estas acciones. En esta situación, incluso los fondos o despachos de abogados que han logrado aglutinar un número representativo de afectados por el cártel optan por diseminar sus demandas, para comprobar de manera estratégica la evolución de la respuesta judicial.
- (v) A falta de un nuevo y definitivo esfuerzo de armonización europea²⁴, España no cuenta con un buen sistema de acciones colectivas, que prevea de forma satisfactoria los mecanismos de legitimación y publicidad para la preparación de estos procesos y resolución de manera sólida los efectos de cosa juzgada y ejecución de pronunciamientos de condena a los que puedan dar lugar. En efecto, en ausencia de normas específicas para esta clase de acciones,

²⁴ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

resultan de aplicación las reglas de legitimación colectiva propias de los procesos de consumo²⁵.

Sin embargo, la dispersión de los procesos en nuestro país también entraña otros efectos claramente beneficiosos: al verse involucrados más juzgados que resuelven más acciones, España se está dotando a pasos forzados de la experiencia y reflexión judicial de la que carecía. Esa realidad española también explica la mayor agilidad del enjuiciamiento de estas acciones en nuestro país, en el contraste con la situación de parálisis del ejercicio de acciones colectivas ante Tribunales centrales, como sucede en otros puntos de Europa. Por esta razón, los jueces españoles ya han tenido ocasión de pronunciarse respecto de cuestiones problemáticas que, por el contrario, otras jurisdicciones solo han sido capaces por el momento de limitarse a identificar.

3.2. La reafirmación internacional de la jurisdicción española

La litigación por el cártel de camiones ya ha determinado que los jueces españoles reafirmen su competencia internacional para la solución de acciones *follow on* seguidas de infracciones constatadas por la Comisión Europea y respecto de un cártel que, de acuerdo con lo resuelto por la Comisión, no se constituyó ni funcionó en nuestro país.

La cuestión es relevante por dos razones. En primer lugar, en la medida en que refleja el gran esfuerzo de los jueces españoles por crecer profesionalmente junto a estos casos y fijar criterios más o menos uniformes en la aplicación de este derecho. En segundo lugar, porque reafirma la dimensión de los juicios de competencia como procesos comunitarios, sometidos a una legislación y doctrina armonizada en todo el contexto europeo. Creo que, sin lugar a dudas, puede afirmarse que los jueces españoles han entendido bien que la dimensión transfronteriza de estos procesos no solo no condiciona su propia competencia, sino que es el presupuesto que les invita a

²⁵ Para F. MARCOS, *Spain*, en B. RODGER, M. SOUSA FERRO, F. MARCOS, *The EU Antitrust damages directive*, Oxford, 2018, p. 355: “these rules provide a cumbersome an disorganized opt-in regime”.

participar de la construcción de un nuevo acervo europeo en esta materia.

La doctrina española ya había tenido oportunidad de estudiar y difundir entre los operadores españoles los principales pronunciamientos del TJUE en interpretación de los foros competenciales aplicables para la determinación de la jurisdicción competente en acciones *follow on*²⁶. Todo eso ha determinado un sustrato favorable para sentar una interpretación más o menos uniforme entre la judicatura sobre la reafirmación de la jurisdicción española cuando el domicilio del lesionado por el ilícito concurrencial se encuentra en España²⁷. A su vez, el TS ya ha tenido oportunidad de examinar la distribución competencial entre juzgados españoles, en un análisis de las normas aplicables en materia de competencia territorial que se da por asunción de que los juzgados mercantiles españoles son internacionalmente competentes para el enjuiciamiento de estas acciones, si han sido entabladas por perjudicados españoles que adquirieron en España el producto infractor, aplicando analógicamente las normas de distribución competencial en materia de competencia desleal, ante la falta de previsión por el ordenamiento procesal español de una norma de competencia territorial específica en materia de competencia desleal²⁸.

Aunque sostengo algunas pequeñas discrepancias con mis compañeros, ninguna de ellas produce una alteración relevante para la solución de la mayoría de estos casos. Así, he sostenido que la cuestión de la determinación de la competencia, entendida en un sentido internacional e interno a un mismo tiempo, debe resolverse con la sola aplicación de la normativa comunitaria de carácter procesal, en atención no solo a la dimensión comunitaria del cártel en cuestión, sino

²⁶ Cfr. J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, octubre de 2016, vol. 8, n. 2, pp. 306-329.

²⁷ Cfr. F. MARCOS, *Jurisdicción y competencia en las demandas de daños por el cártel de los fabricantes de camiones*, en *Almacén de Derecho*, 8 de mayo de 2019.

²⁸ Los ya citados AATS, 1ª, de 19 de marzo y 9 de abril de 2019.

a la naturaleza y finalidad de esas normas²⁹. A su vez, he rechazado que el acervo jurisprudencial comunitario deba ser entendido a modo de automatismo en la determinación de los juzgados competentes para resolver estos litigios, concediendo un poder de decisión al actor lesionado para atraer al foro de su domicilio la solución de estos procesos, que en mi opinión resulta extraño al sistema comunitario³⁰.

3.3. *La ausencia de barreras temporales relevantes*

El principio de efectividad del que es beneficiario el lesionado por una práctica anticompetitiva se ve seriamente comprometido por un plazo para el ejercicio de acciones de resarcimiento fugaz. En efecto, el TJUE ha tenido ocasión de censurar las previsiones de ordenamientos nacionales que limiten en exceso el lapso temporal para el ejercicio de las acciones *follow on*³¹.

¿Es este el caso del ordenamiento español en el estadio anterior a la recepción de la Directiva de daños? Considero que no es así, por las siguientes razones:

- (i) Es cierto que en ese estadio anterior, de remisión a la regla general de responsabilidad civil prevista en el art. 1902 CC, para el ejercicio de una acción *follow on* resultaba de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 1968 CC. En la actualidad, el art. 74.1 LDC prevé un plazo quinquenal para el ejercicio de las acciones *follow on*.
- (ii) Quizá un año pueda parecer poco tiempo para la preparación y ejercicio de una acción *follow on*. Sin embargo, debe hacerse notar que la naturaleza de ese plazo era de prescripción y no de caducidad: el cómputo del plazo podía ser fácilmente interrumpido desde su inicio por la simple reclamación extrajudicial – art. 1973 CC – de manera sucesiva, mientras el futuro actor no incurriera en una práctica abusiva o retrasara deslealmente el ejercicio de su acción.

²⁹ Puede verse mi artículo *Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines*, en *La Ley Mercantil*, n. 51, octubre de 2018.

³⁰ Puede verse el AJM núm. 3 de Valencia, de 4 de octubre de 2018.

³¹ STJUE, Sala Segunda, de 28 de marzo de 2019, C-637/17, Cogeco.

(iii) A su vez, en cuanto a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo, es decir, para la liquidación del plazo de prescripción, la norma aplicable, el art. 1969 CC, ya había sido interpretado por la jurisprudencia en materia de competencia con arreglo a la teoría de la *actio nata*, en plena correspondencia con el contenido de la Directiva de daños. Así, para su aplicación a los ilícitos concurrentes, el cómputo del plazo no comenzada a correr sino desde el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrente supo de su extensión y afectación concreta y se encontraba en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción³².

3.4. El acceso a las fuentes de prueba

Para facilitar el ejercicio de acciones *follow on*, el sistema procesal civil español, en recepción de la Directiva de daños, se ha dotado de un novedoso mecanismo de acceso a las fuentes probatorias en el art. 283 bis LEC. Las principales características de esta nueva institución procesal pueden resumirse así³³:

- (i) El sistema está nominalmente previsto para regular el acceso a fuentes de prueba relacionadas con una infracción de derecho de la competencia. A sensu contrario, puede igualmente entenderse que el perjudicado por un ilícito de esa clase no podrá recurrir a ningún otro mecanismo previsto en el proceso procesal civil español de contenido o funcionalidad semejante.
- (ii) Se trata de un sistema intensamente judicializado, poco conciliable con la regulación del Discovery anglosajón.
- (iii) El sistema permite tanto el acceso a material probatorio que pueda hallarse en poder de la autoridad de la competencia, de los infractores o de terceros.
- (iv) El juez debe desarrollar un juicio de proporcionalidad y subsidiariedad de la petición de acceso que evoca las categorías generales de admisión de prueba en el proceso civil español.

³² STS, 1ª, núm. 873/2009, de 20 de enero, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel y en las citadas SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 4, 5 y 10 de septiembre de 2018 o SSJM núm. 3 de Valencia de 20 de febrero, 7 de mayo y 15 de mayo de 2019.

³³ Cfr. F. MARCOS, *Spain*, cit., pp. 347-352.

- (v) El sistema regula de manera minuciosa las cautelas para la preservación de los secretos empresariales de los destinatarios de las medidas de acceso, lo que supone una verdadera innovación en la práctica procesal española.
- (vi) En cuanto al acceso a los expedientes sancionadores de la competencia, el sistema reproduce las duras restricciones de la Directiva de daños para la protección de los sistemas de clemencia.
- (vii) En cuanto al acceso a fuentes probatorias en poder de los infractores, el sistema prevé una cláusula coactiva de admisión de hechos en el caso de que esos infractores obstaculicen el acceso a la información de que se trate. En realidad, porque el mecanismo no sirve para la coacción del infractor, el requerido puede no colaborar con el proceso de averiguación, lo que debería abocar al proceso subsiguiente a una aplicación plena de la regla *ex re ipsa*.
- (viii) El instrumento se articula procesalmente en torno a la celebración de una vista oral, que no siempre podrá realizarse en condiciones de espontaneidad de la previsible respuesta del requerido y de celeridad en su señalamiento. A su vez, prevé la posibilidad de doble enjuiciamiento a través de un eventual recurso devolutivo ante la instancia superior (Audiencia Provincial), que se antoja poco eficiente.

Existen muchas dudas en torno a la efectividad de estas medidas y, al tiempo de redacción de este artículo, en España aún no se ha dado ninguna experiencia relevante en la aplicación del mecanismo. En mi opinión, los prejuicios que puedan asumir los jueces mercantiles sobre la funcionalidad del mecanismo pueden llegar a desvirtuar el ejercicio de su función jurisdiccional con arreglo a los estándares de enjuiciamiento propios de este derecho. En efecto, la primera carga probatoria de un actor es la de la cuantificación del daño que dice haber sufrido, pero como una etapa procesal subsiguiente de otra primera y más importante: la carga de probar que la conducta sancionada no ha causado daños corresponde al infractor. De este modo, puede llegar a desnaturalizarse este nuevo mecanismo de indagación si el juez quiere ver en un presupuesto previo y siempre necesario para la preparación de una demanda *follow on*. El riesgo es el siguiente: que en un escenario de insuficiencia probatoria el juez considere que debe desestimar la

demanda porque el actor no invocó previamente ese mecanismo para la preparación del proceso, sin valorar la situación de asimetría informativa que pueda existir entre las partes o los esfuerzos probatorios del demandado en cuestión.

A su vez, los jueces mercantiles españoles no deberían olvidar que la regulación de ese mecanismo de averiguación asume como objetivo la protección de los programas de clemencia y la confidencialidad de las piezas más relevantes para la toma de una decisión por la autoridad de competencia. Por esto, el juez no debe confiar en este mecanismo para la obtención de los materiales incontestables para la solución del caso, que por el contrario no son necesarios para desarrollar un juicio presuntivo específico de este derecho³⁴.

3.5. *¿Cuál es el papel de las filiales españolas en una infracción imputable a su matriz extranjera?*

Los jueces españoles también nos hemos enfrentado recientemente a una de las cuestiones más problemáticas para el derecho de la competencia: el ejercicio de acciones *follow on* respecto de personas que no son destinatarias de la sanción impuesta por la autoridad de competencia. Para nosotros, se trata de medir la relevancia de la existencia de una sociedad filial española en el contexto de una infracción atribuida a su sociedad matriz extranjera. Como es bien sabido, la posibilidad de imputar responsabilidad en un sentido inverso ya ha sido admitida de forma recurrente por la jurisprudencia comunitaria³⁵, como también lo ha sido la posibilidad de imputar esa responsabilidad en supuestos de transformación y continuación de la actividad empresarial del originalmente infractor³⁶. Estas situaciones ya habían sido analizadas por la doctrina española hace largo tiempo³⁷.

Es cierto que, en términos sustantivos o de imputación concreta de responsabilidad, los pronunciamientos españoles que reconocen la

³⁴ Vid. SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019.

³⁵ STJUE, Gran Sala, 14 de septiembre de 2010, C-550/07, Azko Nobel.

³⁶ STJUE, Sala Segunda, 14 de marzo de 2019, C-724/17, Skanska.

³⁷ Vid. J. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante en el derecho de defensa de la competencia*, Valencia, 2004.

legitimación pasiva de las sociedades filiales españolas en ese contexto son, de momento, minoritarios³⁸. Personalmente, creo que la responsabilidad de la sociedad filial puede fundarse en el principio de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia sin necesidad de ejercicio de una acción *stand alone*³⁹, los conceptos de unidad y continuidad económica propios del derecho de la competencia como categoría de superación de los cánones clásicos de responsabilidad personal, las características de la infracción constatada y de la configuración societaria del grupo infractor, la evolución de la noción de grupo de sociedades en la interpretación jurisprudencial española más reciente y las posibilidades de imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Todo eso en dos planos de razonamiento, el directo (basado en el mosaico de argumentos anterior) y el indirecto (para ofrecer una justificación añadida sobre imputación, que vaya más allá del principio de vinculación)⁴⁰.

De todos esos argumentos, al lector extranjero le resultará de mayor interés conocer a qué me refiero cuando aludo a la evolución de la noción de grupo de sociedades en nuestra interpretación jurisprudencial más reciente. En efecto, el TS ha censurado, en términos de excepción de la legitimación pasiva de filiales de un mismo grupo de sociedades en el ámbito de la contratación, una defensa basada en el principio de personalidad individual extraña a la actuación conjunta del grupo⁴¹.

³⁸ Vid. SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, de la que fui ponente, en el contraste con la SJM núm. 7 de Barcelona, de 24 de enero de 2019, Ponente Raúl N. García Orejudo.

³⁹ Aparentemente en contra de esta opinión, el magistrado mercantil E. SANJUAN, *The contamination of the liability of the parent company to its subsidiaries in European Law*, en SSRN, 14/2/19; y decididamente en contra de esta opinión, la magistrada mercantil M^a.A. ORTIZ GONZÁLEZ, *¿Hasta dónde llega el principio de efectividad? A vueltas con el art. 71.2.b) LDC*, en *Boletín Mercantil Lefebvre*, núm. 73, abril 2019.

⁴⁰ I. SANCHO GARGALLO, *El efecto vinculante de las decisiones de la autoridad de competencia en Acciones follow on*, Valencia, 2019, p. 122: “si la acción de daños tiene su fundamento en conductas infractoras del derecho de la competencia que respecto de su extensión exceden de las que habían sido constatadas como infractoras por la autoridad de la competencia, será preciso justificar la procedencia de esta extensión”.

⁴¹ Es la STS (1^a), de Pleno, núm. 769/2014, de 12 de enero, Ponente Rafael Saraza Jimena: “(...) La consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado

Más recientemente, incluso desde el respeto a la personalidad jurídica independiente de las sociedades de un mismo grupo societario, el TS ha rechazado las defensas basadas en la excepción de legitimación pasiva de filiales españolas en el contexto de grupos cerrados, al señalar que no puede imponerse a los terceros la obligación de determinar qué incidencia tuvo la intervención de cada una de las personas jurídicas pertenecidas a un mismo grupo de sociedades en la consumación de una infracción, cuáles sean sus funciones o qué rol preponderante pueda asumir la matriz en las actividades del grupo, sin proporcionar la información adecuada y suficiente para discriminar unas y otras cosas y mientras la filial española sea el eslabón más próximo entre la conducta que genera daños y el nacional español lesionado⁴².

Sin embargo, sí se ha extendido de manera más general una “corriente procesal” en materia de llamada al proceso (notificación y emplazamiento) de quienes deben intervenir como demandados, cuya

pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes”.

⁴² Es la STS, 1ª, núm. 210/16, de cinco de abril, de Pleno, Ponente Rafael Saraza Jimena: “8. Sentado lo anterior, siendo cierto que Google Inc, en tanto que gestor del motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos y así lo declara la STJUE del caso Google al resolver, en la primera parte de la sentencia, la cuestión de si la actividad de un motor de búsqueda constituye tratamiento de datos personales en el sentido del art. 2.b de la Directiva (apartado 33), también lo es que Google Spain puede ser considerada, en un sentido amplio, como responsable del tratamiento de datos que realiza el buscador Google Search en su versión española (www.google.es), conjuntamente con su matriz Google Inc y, por tanto, está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y exijan responsabilidad por la ilicitud del tratamiento de datos personales realizado por el buscador Google en su versión española. Por ello debe considerarse correcta la afirmación de la Audiencia Provincial de que Google Spain está legitimada pasivamente para soportar la acción ejercitada por una persona afectada por el tratamiento de esos datos personales realizado por el buscador Google en defensa de sus derechos de la personalidad y de su derecho a la protección de datos personales”.

consolidación, según considero, irá abonando el terreno para una normalización de una solución de imputación de responsabilidad a las filiales nacionales íntegramente controladas por sus sociedades matrices e infractoras y que se han limitado a trasladar al mercado los efectos de la conducta ilícita imputable a las segundas. Me refiero a la posibilidad de admitir emplazamientos de esas empresas matrices demandadas en el domicilio de sus filiales españoles, es decir, a través de ellas. Esta pequeña mueca procesal evidencia, al menos en mi opinión, que entre unas y otras existe una vinculación económica inescindible. Si se reconoce esa comunicación económica para preparar el proceso, ¿cómo no va a concluirse por reconocer la existencia de una unidad económica entre todas ellas, en aquellos supuestos de hecho en que las filiales hayan intervenido como mero instrumento de difusión de la conducta ilícita? En el fondo de este razonamiento sobre la posibilidad de imputar a las sociedades filiales nacionales la responsabilidad generada por las conductas infractoras de sus matrices extranjeras, de nuevo en mi opinión, late la necesidad de dotar de contenido el principio de efectividad que el nuevo sistema comunitario de daños reconoce a todo perjudicado por un ilícito concurrencial. Ese principio tiene un significado procesal muy evidente: permitir el acceso a la reparación de la manera más eficiente posible. A su vez, ese razonamiento supone también una reafirmación de la soberanía de cada Estado Miembro para depurar los efectos de una infracción anticompetitiva que se ha manifestado, de manera relevante, en su territorio, en lugar de trasladar a la jurisdicción de otro Estado la tarea de ejecución de una sentencia dada contra uno de sus nacionales, lo que podría dar lugar a obstáculos mal traídos por un inadecuado juicio de revisión de lo resuelto por el Estado emisor de la condena, todo en el supuesto habitual de que la sociedad matriz extranjera carezca de bienes susceptibles de realización en el mismo territorio donde opera a través de una sociedad filial.

3.6. Valoración y estimación judicial de daños

Entre la producción científica del *Osservatorio Antritrust* se cuentan aportaciones de jueces españoles precursores de la aplicación privada del derecho de la competencia, que advirtieron hace algún tiempo de la

relevancia que para el enjuiciamiento de las acciones *follow on* supone una correcta utilización de los dictámenes periciales⁴³. No se trata de un problema español, sino de una correcta aproximación a la solución de estos casos, como espacio en el que cualquier juez europeo debe aventurarse con el único apoyo de los dictámenes periciales aportados por las partes al proceso: aplicar las normas jurídicas con un acento económico.

Como he señalado anteriormente, los criterios jurisprudenciales para la valoración de materiales periciales de estas características pueden extraerse de nuestro *leading case*, la sentencia del caso del azúcar de 2013, que abordó esta cuestión en su fundamentación jurídico quinto⁴⁴.

⁴³ Vid. A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, *¿Es eficaz la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España? El papel de los jueces de lo mercantil*, en G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (dirs.), *Il private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Padua, 2012.

⁴⁴ “3. Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio.

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la “situación hipotética contrafáctica”, esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.

Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada.

En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial

Esta línea jurisprudencial sobre distribución de roles probatorios ha sido empleada de manera sólida para desechar dictámenes periciales aportados por las cartelistas demandadas, si son de mera crítica al dictamen pericial traído por la actora a las actuaciones⁴⁵.

Del mismo modo, los jueces mercantiles españoles recurren con normalidad⁴⁶, en su labor de valoración de los informes de expertos y para la cuantificación de los daños, a los textos científicos preparados por la Comisión y de los que los jueces nacionales son especiales destinatarios⁴⁷. Desde esa perspectiva, son muy notables los esfuerzos de una parte de la judicatura española por dotar de profundidad económica la labor de enjuiciamiento de las acciones *follow on*⁴⁸.

Lo que queda menos claro es qué hacer en aquellos supuestos en los que ni el demandado ni el demandante han aportado al proceso textos expertos que hayan logrado formar la convicción del juez de manera suficiente para conducir su labor de cuantificación de daños. En estos supuestos, un número relevante de pronunciamientos recientes⁴⁹ ha optado por la interpretación conforme de la regla general de responsabilidad civil española con el art. 17 de la Directiva de Daños,

practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado”.

⁴⁵ Vid. SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, de la que fui ponente.

⁴⁶ Vis. SSSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 4, 5 y 10 de septiembre de 2018, de las que fui ponente; y SJM núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, Ponente Raúl N. García Orejudo.

⁴⁷ *Quantifying antitrust damages* (2009, Oxera), *Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE* (2013, *Guía práctica*) y el *Study on the passing-on of overcharges* (2016, *Estudio passing-on*).

⁴⁸ Vid. E. SANJUAN, *Valoración de daños en los supuestos antitrust*, Valencia, 2017.

⁴⁹ SSSJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero, 13 de marzo, 7 de mayo y 15 de mayo de 2019, de las que fui ponente; SJM núm. 1 de Valencia, de 23/4/19; SJM núm. 2 de Valencia, de 1/4/19; SJM núm. 1 de Bilbao, de 3/4/19.

para realizar una labor de estimación alternativa y puramente judicial del daño sufrido por el actor, partiendo de un análisis previo sobre la situación de asimetría informativa existente entre las partes en el proceso, como presupuesto para el desarrollo de la labor de cuantificación alternativa.

Salvando las cuestiones de aplicación de las disposiciones de la Directiva en el tiempo, es interesante el recurso nominal a la regla de cuantificación alternativa por el juez de los daños sufridos por el lesionado, en la medida en que integra una facultad autónoma del juez, que es distinta de la discrecionalidad que igualmente le asiste en la valoración de los materiales probatorios aportados a las actuaciones y que, partiendo de las alegaciones de las partes y de su esfuerzo probatorio, supone ir más allá de la concepción tradicional de los principios elementales del proceso civil: el principio dispositivo y de aportación de parte o la imparcialidad del juez⁵⁰.

3.7. Passing-on defense

A su vez, desde el pronunciamiento de las sentencias del cártel del azúcar, en España están claras dos cosas. Por un lado, que el principio de indemnidad que asiste al lesionado por un ilícito concurrencial no solo se lesiona por un defecto de indemnización, sino también por un exceso que provoque una situación de enriquecimiento injusto. Por otro lado, que esas situaciones de enriquecimiento bien pueden producirse cuando el inicialmente lesionado ha transmitido el daño sufrido a un tercero. Todo eso no deja de reproducir los presupuestos básicos para la articulación de la *passing-on defense*. Sin embargo, de la experiencia jurisprudencial española aún pueden extraerse dos conclusiones relevantes:

- (i) Por un lado, que el *leading case* español, anterior a la entrada en vigor de la Directiva de daños, ha establecido una interpretación de las cargas probatorias y presupuestos en la articulación de la defensa plenamente conciliables con el diseño comunitario del mecanismo,

⁵⁰ Cfr. P. MARTORELL ZULUETA, *Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral*, en CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (coord.), *Acciones follow on*, Valencia, 2019, p. 95.

en el contraste con otros pronunciamientos relevantes producidos por otras jurisdicciones europeas que, en mi opinión, han interpretado mal la distribución de cargas probatorias en el proceso o algunos de los presupuestos sustantivos de esa defensa⁵¹.

- (ii) Por otro, que en la jurisprudencia menor española ya se realiza un examen añadido para dar una respuesta al verdadero problema que plantea la articulación de la defensa, que no es tanto el de la distribución de cargas o el grado de profundidad probatoria exigible para acreditar y cuantificar el hecho de la repetición. Estos últimos extremos no son más complejos que la propia labor de cuantificación de los daños y las soluciones dadas en ese capítulo pueden ser traídas a este sin especiales dificultades. Por el contrario, lo relevante es discriminar cuándo nos encontramos ante un acto de repetición del daño jurídicamente relevante, apreciando un vínculo de causalidad adecuado entre infracción y acto de repetición, despreciando el posible significado económico de otros actos de repetición que no deban ser tomados en consideración para la solución del caso⁵².

4. España busca un nuevo modelo de juez

Hasta aquí, puede decirse que España afronta un lógico proceso de evolución jurisdiccional. Como en otras partes de Europa, los jueces españoles deben evolucionar tanto como ya lo ha hecho el derecho comunitario aplicable al enjuiciamiento de las acciones *follow on*.

Pero la auténtica jurisprudencia va mucho más allá de la mera repetición de una determinada clase de respuestas o incluso del desempeño de la función jurisdiccional en condiciones de previsibilidad

⁵¹ Pueden verse la resolución de primera instancia del CAT en *Mastercard Vs. Sainsbury's*, 14 de julio de 2016; en la sentencia alemana *Orwi*, KZR 75/10; o en el caso holandés *TennT TSO BV*, 8 de julio de 2016.

⁵² Vid. SJM núm. 3 de Valencia, 7 de mayo de 2019, de la que fui ponente, de aplicación de criterios previamente tratados mediante AJM núm. 3 de Valencia, de 17 de diciembre de 2019 y en mi artículo *Cartelista con esfera reflectante: passing-on defense*, en *Boletín Mercantil Lefebvre*, núm. 72, febrero 2019.

y seguridad jurídica. La jurisprudencia nace de una reflexión mucho más profunda que todo eso: identifica objetivos universales en las normas aplicables a la solución de un caso y coadyuva para que, en ese caso y para el resto de casos que le sean semejantes, esos objetivos se alcancen efectivamente. Por eso el sistema judicial español necesita algo más de tiempo para construir nuevas certezas con las que afrontar estos procesos.

Sin embargo, con ocasión de la lectura de este breve artículo, el lector habrá podido constatar que España y sus jueces se encuentran en una situación inmejorable para profundizar en la aplicación de este derecho. Es cierto que los jueces mercantiles españoles se enfrentan a una litigiosidad muy novedosa, pero lo hacen partiendo de una formación e infraestructura especializadas y cuentan con recursos legales y jurisprudenciales actualizados para afrontarla. En efecto, la tarea de crear un consenso judicial nuevo para el enjuiciamiento de esta clase de acciones en España viene facilitada por la existencia de la jurisdicción mercantil y de las normas que persiguen crear un contexto favorable para la aplicación privada del derecho de la competencia, también por la doctrina judicial española que, al menos de manera incipiente, ya ha establecido fundamentos sólidos para el enjuiciamiento.

THE GERMAN EXPERIENCE

Franziska Weber

*Juniorprofessor for Civil Law and Law & Economics
at the University of Hamburg;
Research Fellow at the University of Rotterdam*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Recent developments in German competition law enforcement. 2.1. Facilitating proof – the minimum level. 2.2. The situation of direct purchasers. 2.3. The situation of indirect purchaser. 2.4. Disclosure. 2.5. Experiences with damages quantification. 3. Conclusion.

1. Introduction

Enforcement of competition law in Germany is characterized by a dual approach – an interplay between private and administrative enforcement¹. Whereas enforcement was traditionally done by the German competition authority – the *Bundeskartellamt* (BKartA), private enforcement is on the rise not least triggered by the case-law of the European Court of Justice (ECJ) and at last by the implementation of the European Antitrust Damages Directive (Directive)². Already before the implementation of the Directive the German legal system was considered an attractive forum for competition damages claims³. This devel-

¹ C. ALEXANDER, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht*, Tübingen, 2010, p. 300.

² Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national laws for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1. The Directive was implemented by Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl 2017 Teil I Nr. 33, 8.6.2017, p. 1416.

³ T. LÜBBIG, § 33, in J. BORNKAMM, F. MONTAG, F.J. SÄCKER, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht Missbrauchs- und*

opment was fostered by a major reform of the German Act against Restraints of Competition – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) – in 2005⁴. Today follow-on claims in pursuit of an infringement decision of the BKartA or the European Commission are the rule rather than the exception⁵. Several hundred cases are currently pending at lower instance courts⁶. A treasure of jurisprudence is being developed⁷. Private enforcement is considered of paramount importance⁸. This development was also enabled by the intervention of process financiers and highly specialized law firms⁹. The number of settlements outweighs the number of court judgements. Whereas most of the activity is currently happening at lower levels of the court structure, Germany’s highest court – the *Bundesgerichtshof* (BGH) has also passed a number of leading judgements. There are four of them in total. The first crucial judgement was passed in the year 2011 in the so-called ORWI case¹⁰. It concerned a follow-on litigation in the context of the European carbonless paper cartel¹¹. The cartel participants had fixed price in-

Fusionskontrolle, München, 2015², para 7; T. MAKATSCH, V. ABELE, *Kartellschadensersatz - Goodbye Deutschland?*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2015, p. 461.

⁴ The 7th reform of the GWB is considered crucial in this regard, see Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl 2005 Teil I Nr. 42, 12.7.2005, p. 1954.

⁵ BKartA Annual report 2017/18, p. 38: approximately 650 new cases were reported to the BKartA – this is only a fraction of the actual number.

⁶ A. WEITBRECHT, *Kartellschadensersatz 2017*, in *NZKart*, 2018, p. 107; most claims concern the sugar or truck cartel, see A. PETRASINCU, *Private antitrust enforcement in Germany*, in *Competition Law & Policy Debate*, 4, 2018, pp. 14-22, p. 14; BKartA Annual report 2017/18, p. 38: highest number relates to the truck cartel.

⁷ *Bornkamm/Tolkmitt Vor § 33 GWB* in E. LANGEN, H.J. BUNTE, *Kartellrecht Kommentar*, Band 1 – Deutsches Kartellrecht, 13th ed. 2018, para 3: “Schatz”.

⁸ J. HOFFMANN, *Schadensersatz bei nicht preisbezogenen Kartellabsprachen*, in *NZKart*, 2018, p. 175: “überragender Bedeutung”.

⁹ T. MAKATSCH, R. BÄUERLER, *Prozessmanagement bei der Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen*, in F. STANCKE, G. WEIDENBACH, R. LAHME, *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, 2017², pp. 25-45, p. 45; in particular as regards the truck cartel, see BKartA Annual report 2017/18, p. 38.

¹⁰ BGH judgement of 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145.

¹¹ 2004/337/EC: Commission Decision of 20 December 2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement –

creases, allocated sales quotas and fixed market shares and set up machinery to monitor the implementation of the restrictive agreements. The second major judgement was passed in 2016 – the *Lottoblock II* judgement which concerned a cartel agreement between lottery companies¹². In the year 2018 two major judgements were passed by the BGH. One concerned follow-on litigation due to the so-called grey cement cartel¹³. The cement manufacturers had participated in anti-competitive territorial and quota agreements. The second case is related to the rail cartel¹⁴. This cartel was founded by manufacturers and suppliers of rails. These and all other cases that will be reported in this contribution concern the old law – the changes due to the Directive will, however, be mentioned where appropriate. Damages claims by the final consumers have not gained any importance until today¹⁵. It remains to be seen if the recently introduced procedural tool for collective redress will change any of that¹⁶.

2. Recent developments in German competition law enforcement

2.1. Facilitating proof – the minimum level

Classical German tort law requires the proof of causation between a chain of three events – the wrongful act, the infringement of a right and

Case COMP/E-1/36.212 – Carbonless paper (notified under document number C(2001) 4573), Official Journal L 115, 21.04.2004 P. 1-88.

¹² BGH, judgement of 12.7.2016 – KZR 25/14, BGHZ 211, 146; decision of BKartA B10-148/05.

¹³ BGH judgement of 12.6.2018 – KZR 56/16, NZKart 2018, 315; K. GOLLAN, T. THIEDE, *Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten. Anmerkung zu LG Dortmund, Aktenzeichen 8 O 13/17 [Kart]*, in NZKart, pp. 338-341, p. 339.

¹⁴ BGH judgement of 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661.

¹⁵ V. EMMERICH, *GWB § 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht*, in U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, München, 2014⁵, Rn 1-119, para 18.

¹⁶ Sceptical insofar R.A. MALLMANN, S. ERNE, *Musterfeststellungsklage und Kartellschadensersatz*, in NZKart, 2019, pp. 77-83; Gesetz vom 12.7.2018 zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BGBl. 2018 I BGBL 2018 I, 1151.

the damages. The standard of proof varies depending on whether one is concerned with the conjunction between the first two elements (wrongful act and infringement of a right) where full proof according to § 286 German Civil Procedural Code – *Zivilprozessordnung* (ZPO) is required or with the conjunction between the infringement of a right and the damages where a lower standard of proof according to § 287 ZPO is sufficient for the quantification of the damages. § 287 ZPO gives courts the power to estimate damages rather than to assess them accurately. This two-step approach is not a good fit for pure economic loss such as in competition law as there is no such thing as a separate infringement of a right¹⁷. The violation of competition law in essence immediately leads to damages. Therefore, as clarified by the BGH in *Lottoblock II* in 2016 for both, showing the existence of damages as such and its quantification the standard of proof is lowered to facilitate such claims – satisfying § 287 ZPO thus suffices for both elements¹⁸. The BGH judgement mentioned above was concerned with lost profit. However, the court’s reasoning is more generally true which is why the broad application of § 287 ZPO is applicable for all competition damages. This is the “minimum help” the German legal system gives any claimant for any damages component of competition law. § 287 ZPO enables courts to estimate damages. For this exercise parties have to provide sufficient leads. Otherwise an estimation fails. On occasion claimants are provided with more alleviations as will be set out in the following section. Apart from fine-tuning the standard of proof it can also be adjusted by shifting the burden of proof to enable certain claims.

2.2. *The situation of direct purchasers*

The standing for direct purchasers in the German legal system is given without a doubt. Such cases typically concern the interaction between the damage components “overcharge” and “pass-on”. However, the “volume effect” also received some attention in German case-law. In German jurisprudence in well-settled case-law *prima facie* evidence

¹⁷ V. EMMERICH, *GWB § 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht*, in *Wettbewerbsrecht*, cit., para 83.

¹⁸ BGH judgement of 12.7.2016 – KZR 25/14, BGHZ 211, 146, para 42.

– *Anscheinsbeweis* – was established that a cartel leads to harm¹⁹. More specifically it concerned the overcharge. This relief thus went beyond the broad application of § 287 ZPO and facilitated the proof of the existence of damages even more. This was set out explicitly for price, quota and customer protection cartels²⁰. Interestingly, in the recent rail cartel-case the BGH in a way took a step backwards²¹. It argued that in the case at hand an *Anscheinsbeweis* could not be adopted²². The BGH, however, accepted that the fact that a cartel leads to damages can be considered a *tatsächliche Vermutung* whereby in essence it decreased the evidentiary value to some extent. With this reasoning the BGH went against the established case-law²³. The BGH denied that the consequence that a cartel leads to damage is typical enough to fulfil the requirements for being an *Anscheinsbeweis*²⁴. It based its reasoning on the quality of the underlying empirical judgement. Since this ruling, its exact meaning has been debated²⁵. Some courts have since followed the

¹⁹ OLG Düsseldorf judgement of 13.5.2014 – VI-4 Kart 8/10 OWi, juris, para 161; OLG Karlsruhe judgement of 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), NZKart 2014, 366, para 54; KG Berlin judgement of 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart, WuW/E DE-R 2773, para 38, 57; LG Hannover judgement of 18.12.2017 – 18 O 8/17, WuW 2018, 101, para 73; LG Berlin judgement of 6.8.2013 – 16 O 193/11 Kart, NZKart 2014, 37, para 59; LG Dortmund judgement of 1.4.2004 – 13 O 55/02 Kart, para 19; LG Dortmund judgement of 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), WuW 2017, 98, paras 100.

²⁰ S. OPPOLZER, K. SEIFERT, *Die Darlegung und der Beweis der Auswirkungen des Kartells auf den Schadensersatzkläger: Aktivlegitimation, Befangeneheit und Schadenseintritt*, in *WuW*, 2019, pp. 71-78, p. 75; *Bornkamm/Tolkmitt* § 33a GWB in E. LANGEN, H.J. BUNTE, *Kartellrecht Kommentar*, Band 1 – Deutsches Kartellrecht, 13th ed., 2018, para 27.

²¹ BGH judgement of 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661. BGH judgement of 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, paras 57, 59.

²² The rail cartel was mainly a quota and customer protection cartel. Its nature as a price cartel was only secondary, *ibidem*, p. 76.

²³ OLG Karlsruhe judgement of 10.3.2017, 6 U 132/15 Kart.

²⁴ BGH judgement of 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, para 57.

²⁵ R. LAHME, A. RUSTER, *Das ungeschriebene Merkmal der Kartellbefangeneheit*, in *NZKart*, 2019, p. 197; LG Kiel judgement of 18.4.2019 – 6 O 108/18, NZKart 2019, 435.

BGH and others have not²⁶. The BGH might not be pleased by this contradiction²⁷. In the light of the Directive that establishes a legal presumption to this effect the BGH in essence went in the opposite direction. The new legal presumption was implemented in § 33 a (2) 1st sentence GWB and will be applicable for cases decided upon according to the new law. No matter how the existence of the overcharge is ultimately shown, whether by *Anscheinsbeweis*, *tatsächlicher Vermutung* or legal presumption, the judge's powers to estimate damage according to § 287 ZPO are applicable to quantify the damages in any such situation. Furthermore, § 33 a (3) 2nd sentence GWB refers to the cartel's pro-rata profit which can be taken into consideration for such estimations²⁸. In practice this has not happened yet.

In the German legal system passing-on is treated as a matter of *Vorteilsausgleichung* (adjustment of profits)²⁹. This concept reflects the prohibition of unjust enrichment. *Vorteilsausgleichung* becomes relevant when one event, one wrongful act, leads to both positive and negative effects³⁰. It is then determined in a separate step if any emerging

²⁶ "Tatsächliche Vermutung": OLG Stuttgart judgement of 4.4.2019 – 2 U 101/18, juris, paras 153; OLG Karlsruhe judgement of 10.4.2019 – 6 U 126/17 Kart, juris, para 54; LG Stuttgart judgement of 11.2.2019 – 45 O 4/17, juris, para 62; LG Stuttgart judgement of 6.6.2019 – 30 O 38/17, WuW 2019, 419, paras 109; against it OLG Düsseldorf judgement of 23.1.2019 – U (Kart) 18/17, juris, para 68 and LG Kiel judgement of 18.4.2019 – 6 O 108/18, NZKart 2019, 435.

²⁷ T. THIEDE, *Ich stehe hier und kann nicht anders. – zugleich Glosse zum Urteil des OLG Düsseldorf in Sachen Schienenkartell vom 23.1.2019* –, in *NZKart*, 2019, pp. 202-205, p. 205 regarding OLG Düsseldorf judgement of 23.1.2019 – U (Kart) 18/17, juris.

²⁸ This has not happened yet in practice.

²⁹ See para 33c (1) 1st sentence GWB; for details see BGH judgement of 28.6.2011, KZR 75/10; U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER, V. EMMERICH, 5th ed. 2014, GWB § 33, para 61; A.S. STEINHARDT, *Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes im Rahmen von privaten kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen im internationalen und europäischen Kontext*, Berlin, 2018, pp. 86; *Bornkamm/Tolkmitt* § 33c GWB in E. LANGEN, H.J. BUNTE, *Kartellrecht Kommentar*, Band 1 – Deutsches Kartellrecht, 13th ed. 2018, para 15; J.-U. FRANCK, *Marktordnung durch Haftung*, Tübingen, 2016, p. 557; R. INDERST, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen. Juristische und ökonomische Grundlagen und Methoden*, Düsseldorf, 2018², p. 350.

³⁰ MüKoBGB/Oetker, 8th ed. 2019, BGB § 249, para 231.

profit has to be subtracted or not. In the context of competition law this is tantamount to saying that the overcharge can be claimed separately by the claimant without any need to refer to passing-on³¹. The burden of proof for the passing-on defence rests upon the defendant³². As a first precondition the causal link between the profit and the violation needs to be established. The theory of adequate causation is pertinent³³. Secondly, the profit can only be subtracted if this is in line with the purpose of the compensation rule, this means that the deduction may neither unduly burden the claimant nor unreasonably favour the defendant³⁴. It was clarified in the ORWI-judgement that this approach also applies to competition law. The BGH confirmed that the burden of proof, of showing that such passing-on happened, rests with the defendant. It, furthermore, restricted the value of the passing-on defence from the defendant's point of view by making it particularly hard to invoke. The judges ruled specifically on the role of the volume effect: To successfully invoke the passing-on defence a defendant had to establish that passing on the overcharge did not result in any detriment to the purchaser, in particular a reduction in demand. The non-existence of the volume effect according to the BGH is an element of *Vorteilsausgleichung* that the defendant needs to show³⁵. Additionally, only under very narrow circumstances would German law require a so-called *sekundäre Darlegungslast* from the victim. This is an obligation for the victim to disclose information whenever the burden of proof is actually with the other side, but, to put it bluntly, the information cannot for very good reasons be provided by the party in charge. In very limited

³¹ S. THOMAS, *Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht*, in ZHR, 180, 2016, pp. 45-79, p. 48.

³² Representative BGH judgement of 17.10.2003 – V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79, para 17.

³³ F.W. BULST, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden, 2006, pp. 124; not all agree with that, see MüKoBGB/Oetker, 8th ed. 2019, BGB § 249, para 246 with further references.

³⁴ Settled case-law, see BGH judgement of 16.5.1980 – V ZR 91/79, BGHZ 77, 151, para 16.

³⁵ Appreciative of this outcome S. THOMAS, *Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht*, cit., p. 67; R. INDERST, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 361.

cases the victim would, therefore, need to assist in substantiating the passing-on defence³⁶. In terms of procedure this must mean that any volume effect would first need to be calculated against the passing-on rate and only this sum could then be subtracted from the overcharge. In practice no procedure until today has ever actually followed all these steps. The general competence for courts to estimate damages based upon the necessary leads, according to § 287 ZPO, is also applicable in the context of passing-on. With the implementation of the Directive this was made even more explicit by introducing a specific reference to § 287 ZPO in § 33 c (5) GWB. In the light of the Directive the majority of German scholars regards it as necessary for the ORWI-jurisprudence to be revised and for the burden of proof of the volume effect to be allocated to the claimant at all times³⁷.

Lower German courts have recently refused the passing-on defence in a number of different cases and for a variety of reasons: One focus was laid on the question of whether the after-market was actually a competitive one, referring back to the BGH judgement³⁸. The LG (*Landgericht* – District court) Berlin, for instance, argued like this in

³⁶ This has actually happened in practice, see LG Stuttgart judgement of 14.12.2018 – 30 O 26/17, juris, 2. Leitsatz.

³⁷ *Ibidem*, p. 353, 361, 364; J. BORNKAMM, 33, in E. LANGEN, H.-J. BUNTE, *Kommentar - Band 1: Deutsches Kartellrecht*, Köln, 2014¹², para 179; T. MAKATSCH, A.S. MIR, *Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“?*, in *EuZW*, 2015, pp. 7-13, p. 12; S. THOMAS, *Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht*, cit., p. 67; M. EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen, 2016, p. 606; H. SCHWEITZER, *Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen*, in *NZKart*, 2014, pp. 335-345, pp. 337; D. CALISTI, L. HAASBEEK, F. KUBIK, *The Directive on Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules*, in *NZKart*, 2014, pp. 466-473, p. 468; C. KERSTING, N. PREUB, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU). Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft*, p. 48; J.-U. FRANCK, *Marktordnung durch Haftung*, cit., p. 575; in favour of keeping the ORWI-jurisprudence A. PETRASINCU, *Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle*, in *WuW*, 2016, pp. 330-336, p. 331.

³⁸ This reasoning can be traced back to BGH judgement of 28.6.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145, para 47.

the context of the lift cartel when stating that the lease of a subway station would not fulfil this criterion³⁹. The court argues that there is no competition, either on the supplier or on the consumer side. Other courts followed a similar reasoning⁴⁰. This approach has been criticised as a too narrow interpretation of the ORWI-judgement⁴¹. The BGH just mentioned certain conditions in which passing-on is likely, but did not thereby exclude that it could happen in other conditions that are, for instance, characterised by stronger competition. The judgements mentioned go into the price calculation mechanisms in some depth. The LG Berlin elaborates, for instance, on why it saw no immediate relation between the overcharge and the rent by referring among others to a large number of factors that such a price reflects and also the fact that such contracts are concluded on a long-term basis⁴². The LG Dortmund argues similarly with a view to the sale of tickets for tram and subway⁴³. On appeal the OLG (*Oberlandesgericht* – Higher Court) Düsseldorf, furthermore, stresses that the defendant has not sufficiently shown that the claimant works in a cost-covering way to start with, and it regards this as a necessary precondition for a successful passing-on⁴⁴. Also the LG Hannover shows concerns with a view to the pricing mechanism⁴⁵. The judgements are criticised for too narrowly interpreting the BGH’s judgement in terms of the required causal link⁴⁶. A last

³⁹ LG Berlin judgement of 6.8.2013 – 16 O 193/11 Kart, NZKart 2014, 37, para 60.

⁴⁰ See LG Dortmund judgement of 21.12.2016 - 8 O 93/14 Kart, juris, paras 128, LG Hannover judgement of 18.12.2017 - 18 O 8/17, WuW 2018, 101, para 99.

⁴¹ Monopolkommission (2018), XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB (Monopolkommission Hauptgutachten 2018), pp. 310; P. ROTH, in W. JAEGER, J. KOKOTT, P. POHLMANN, D. SCHROEDER, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 93. Lieferung 04.2019, § 33c GWB, para 30 refers to some courts that do it correctly and others that misinterpret the BGH ruling in his view.

⁴² LG Berlin judgement of 6.8.2013 – 16 O 193/11 Kart, NZKart 2014, 37, para 60. Therefore, ultimately there is no reason to allow for the passing-on defence even if the non-existence of a market (in the definition of the court) does not exclude pass-on.

⁴³ LG Dortmund judgement of 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), WuW 2017, 98, para 132.

⁴⁴ OLG Düsseldorf judgement of 22.8.2018 - VI-U (Kart) 1/17, juris, para 145.

⁴⁵ LG Hannover judgement of 18.12.2017 - 18 O 8/17, WuW 2018, 101, para 102.

⁴⁶ Monopolkommission Hauptgutachten 2018, p. 310.

set of arguments concerns the value judgement – the question whether the passing-on defence can be denied because it goes against the purpose of the compensation claim in question. More specifically courts have referred to the danger of “rational apathy” with the lower supply chain levels to deny the passing-on defence⁴⁷. The conflict of objectives in terms of the wrongdoer walking free and the unjust enrichment of the purchaser is to be solved in favour of the victim⁴⁸. With a view to this last set of arguments it seems that these options of denial will be far more limited after the implementation of the Directive. According to some scholars the Directive precludes such a reasoning in the future in its entirety⁴⁹. On the other hand it can be argued that the Directive leaves a certain scope for additional requirements for causation⁵⁰. Therefore, a certain degree of freedom seems to remain even after the implementation of the Directive. This freedom is shaped by the principles of effectiveness and equivalence.

2.3. *The situation of indirect purchaser*

The standing of the indirect purchaser was in essence fortified in the ORWI-judgement⁵¹. More than with the overcharge directly, the indirect purchaser is concerned with passing-on in the sense that he has to

⁴⁷ LG Dortmund judgement of 27.6.2018 – 8 O 13/17, BeckRS 2018, 13951, paras 122; LG Frankfurt am Main judgement of 30.3.2016, 2 06 O 464/14, juris, para 160; OLG München judgement of 8.3.2018 – U 3497/16 Kart, NZKart 2018, 230, para 87, similarly LG Stuttgart judgement of 30.4.2018 – 45 O 1/17, juris, para 64; BGH judgement of 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, para 75; LG Kiel judgement of 18.4.2019 – 6 O 108/18, NZKart 2019, 435.

⁴⁸ LG Kiel judgement of 18.4.2019 – 6 O 108/18, NZKart 2019, 435.

⁴⁹ A. FRITZSCHE, *Schadensabwälzung – Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle*, in NZKart, 2017, pp. 630-636, p. 635; P. ROTH, in W. JAEGER, J. KOKOTT, P. POHLMANN, D. SCHROEDER, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 93. Lieferung 04.2019, § 33c GWB, para 27; R. INDERST and S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 366.

⁵⁰ This is similarly argued by P. ROTH, in W. JAEGER, J. KOKOTT, P. POHLMANN, D. SCHROEDER, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 93. Lieferung 04.2019, § 33c GWB, para 38.

⁵¹ BGH judgement of 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, 1. Leitsatz.

show that this original price increase was passed on to him. He carries the burden of proof for showing this. Without a doubt the “minimum help” of the German legal system with the wide application of § 287 ZPO is applicable to his benefit, too⁵². The ORWI-judgement deals with pass-on not only from the perspective of the defendant but also of the indirect purchaser. The BGH expresses itself clearly against a presumption of pass-on to the benefit of the indirect claimant⁵³. The BGH’s reasons are, however, partly interpreted by the literature as establishing an *Anscheinsbeweis* to the benefit of the indirect purchaser⁵⁴. Again, this would be more beneficial to the indirect purchaser than a pure wide application of § 287 ZPO. Without prejudice to the correct interpretation of the judgement, the implementation of the Directive changes the German approach as it introduces a legal presumption of pass-on into German law in § 33 c (2) GWB. Examples of claims by indirect purchasers according to the old law are few. The LG Hannover heard a case by an indirect purchaser, which was even a stand-alone action⁵⁵. In a recent judgement from 2019 the LG Stuttgart confirmed damage to an indirect purchaser in a declaratory judgement in the context of the truck cartel follow-on litigation⁵⁶.

⁵² C. KERSTING, *Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle*, in *Versicherungsrecht*, 2017, pp. 581-596, p. 586; A. FRITZSCHE, *Schadensabwälzung – Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle*, cit., p. 632 with further references; R. Inderst, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 325; for the existence: LG Dortmund judgement of 27.6.2018 – 8 O 13/17, BeckRS 2018, 13951, para 131.

⁵³ BGH judgement of 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, para 45, in para 46; M. EBERS, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, cit., p. 586.

⁵⁴ A. MORELL, *Kartellschadensersatz nach “ORWI”*, in *WuW*, 2013, pp. 959-970, p. 961; H. SCHWEITZER, *Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen*, cit., p. 338; against it W. KIRCHHOFF, *Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs*, in *WuW*, 2012, pp. 927-935, p. 928; at least not excluded R. Inderst, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 337, 339; IDEM, *Pass-on bei entgeltlicher Nutzungsüberlassung auf nachgelagerten Märkten*, in *NZKart*, 2018, pp. 158-167, p. 161.

⁵⁵ LG Hannover judgement of 4.2.2019 – 18 O 26/17, juris.

⁵⁶ LG Stuttgart judgement of 6.6.2019 – 30 O 38/17, *WuW* 2019, 419, para 163; im Hinblick auf eine potenzielle mittelbare Erwerberin vgl. auch LG Dortmund judgement of 27.6.2018 – 8 O 13/17, BeckRS 2018, 13951, para 53ff, 111ff.

2.4. Disclosure

The Directive increases the scope for disclosure requests compared to the previous situation in German law⁵⁷. The potential will, however, depend on the judicial practice. There is a certain contrast with Germany's traditional approach of party presentation. The extent to which this tradition can change quickly remains to be seen. Some adaptations had to be made with a view to the sanctions for non-compliance that the Directive envisages in its Art. 8⁵⁸. In the past, courts have already on occasions granted disclosure requests in competition law⁵⁹. However, there was no such thing as a general rule⁶⁰. It stands out that Germany goes beyond the requirements of the Directive when it grants claimants a pre-procedural claim⁶¹. In this sense there is a discriminatory treatment with the defendants who are not granted such a claim⁶². This im-

⁵⁷ T. LÜBBIG, § 33, in *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, cit., para 15; C. STOCK, *Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen. Ermittlung und prozessuale Feststellung kartellbedingter Preishöhenschäden im Rahmen von privaten Schadensersatzklagen unmittelbarer Kartellabnehmer aufgrund von § 33 Abs. 3 GWB*, Baden-Baden, 2016, p. 231; *Bornkamm/Tolkmitt Vor § 33 GWB* in E. LANGEN, H.J. BUNTE, *Kartellrecht Kommentar*, Band 1 – Deutsches Kartellrecht, 13th ed., 2018, paras 17, 23.

⁵⁸ Musielak/Voit/Stadler, 15. Aufl. 2018, ZPO § 142 para 1a; T. MAKATSCH and A.S. MIR, *Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“?*, cit., p. 10.

⁵⁹ BGH judgement of 2.2.1999 – KZR 11/97, BGHZ 140, 342, para 47 with further references; BGH judgement of 17.5.2001 – I ZR 291/98, BGHZ 148, 26; H.-J. HELLMANN, B. STEINBRÜCK, *Discovery Light - Informations- und Beweisbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen*, in *NZKart*, 2017, pp. 164-175, p. 167 with further references.

⁶⁰ „Reluctant“, A. PETRASINCU, *Private antitrust enforcement in Germany*, cit., p. 20.

⁶¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT Drucks. 18/10207 vom 7.11.2016, p. 69; R. INDERST, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 498.

⁶² H.-J. HELLMANN, B. STEINBRÜCK, *Discovery Light – Informations- und Beweisbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen*, cit., p. 170.

plementation seems permissible within the scope of the Directive⁶³. Whereas a retroactive effect of changes to German substantive law is not permissible and any application of the newly implemented substantive provisions is still awaited, with the new disclosure rules the Directive envisaged also some more immediate changes in the procedural law. When implementing the provisions on disclosure the German legislator opted for a hybrid regime which has substantive and procedural elements. This complicated system is criticised for the legal uncertainty it creates⁶⁴. There is no example of a successful case of discovery according to the new discovery rules yet. So far requests by defendants (to substantiate their passing-on defences) have been denied⁶⁵. There has been no successful request from the claimant's side either⁶⁶. There is some uncertainty concerning the temporal application⁶⁷. Therefore, the regular application of the new provisions might be further delayed.

2.5. Experiences with damages quantification

German courts have been extremely reluctant when it comes to quantifying competition damages⁶⁸. Most judgements that have been

⁶³ C. ALTHAMMER, *Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung nach § 33g GWB und § 89 GWB n.F. Der Versuch einer dogmatischen Einordnung vor dem Hintergrund prozessualer Vorlagepflichten (§§ 142 ff. ZPO)*, in M. BRINKMANN, D.O. EFFER-UHE, B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, S. WESSER, S. WETH, *Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung. Festschrift für Hanns Prütting*, Köln, 2018, pp. 207-219, p. 208.

⁶⁴ G. MÄSCH, in W. BERG, G. MÄSCH, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, Kommentar 2018, 3rd ed., § 33g, para 3.

⁶⁵ LG Hannover judgement of 18.12.2017 – 18 O 8/17, WuW 2018, 101, para 118, 120, 121 – not granted.

⁶⁶ LG Hannover judgement of 16.4.2018 – 18 O 21/17, juris, para 160 – not granted.

⁶⁷ OLG Düsseldorf decision of 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, juris; the court restricted the application too heavily according to A. PETRASINCU, *Private antitrust enforcement in Germany*, cit., p. 20.

⁶⁸ L. RENGIER, *Kartellschadensersatz in Deutschland - die ersten 15 Jahre in Zahlen und Lehren für die Zukunft*, in WuW, 2018, pp. 613-619; see a discussion of his results, G. KLUMPE, T. THIEDE, *Ergänzende Überlegungen zu Lukas Rengier, Kartellschadensersatz in Deutschland*, in NZKart, 2018, pp. 136-139.

passed were declaratory judgements (approximately 90%). Actual damages have only been awarded in very exceptional circumstances. One notable exception is the vitamin cartel case in which the amount of the respective overcharge was actually quantified⁶⁹. This “reluctant approach” was facilitated by the fact that it was traditionally easier to pursue a successful declaratory action in competition law than according to civil law procedures more generally⁷⁰. BGH has, however, put a barrier to this practice in its two 2018 judgements⁷¹. According to the new rulings it is not sufficient for the legal interest in a declaratory judgement that an economic expert report is still required to quantify the damages. Previously courts generously granted this. Again, these judgements are still debated and it is not entirely clear how far the more lenient approach on declaratory actions has been entirely frozen for competition cases⁷². This new BGH case-law might have the effect of actually inducing judges to take decisions on quantification. In this exercise economic expertise will have to be integrated⁷³. It is to be recommended that parties sustain their leads with economic expert knowledge to enable courts to estimate damages. The quality of such leads is a very decisive factor in successfully claiming competition damages. Economic experts are generally regarded as having taken over the quantification

⁶⁹ LG Dortmund judgement of 1.4.2004 – 13 O 55/02 Kart.

⁷⁰ OLG Karlsruhe judgement of 9.11.2016 – 6 U 204/15 Kart (2), NZKart 2016, 596; LG Dortmund judgement of 27.6.2018 – 8 O 13/17, BeckRS 2018, 13951; R. Inderst, S. Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, cit., p. 3.

⁷¹ BGH judgement of 12.6.2018 – KZR 56/16, NZKart 2018, 315; dazu K. Gollan, T. Thiede, *Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten*, cit., p. 339; confirmed in BGH judgement of 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, paras 26.

⁷² Optimistic M. Beutelmann, J. Scherzinger, *Grauzementkartell II – Das Ende der Feststellungsklage im Kartellschadensersatzrecht?*, in NZKart, 2018, 509-517, pp. 509; in that direction K. Gollan, T. Thiede, *Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten*, cit.

⁷³ An economic expert report is regarded as necessary for the quantification by LG Stuttgart judgement of 30.4.2018 – 45 O 1/17, juris, para 58; see J. Burrichter, T.B. Paul, *Economic Evidence in Competition Litigation in Germany*, in K. Hüschelrath, H. Schweitzer, *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 193-227.

exercise⁷⁴. Their intervention is, however, not obligatory⁷⁵. The parameters that can put a court in a position to quantify damages without, or with only little, expert involvement are the quality of, and the information provided by, the infringement decision in follow-on cases. Courts are more inclined to quantify damage if the specifications in the infringement decision are very detailed⁷⁶. Some claimants tried to substantiate the overcharge in question the basis of meta studies⁷⁷. However, courts did not regard this as sufficient⁷⁸. Some German courts have referred to economic literature themselves⁷⁹. Another approach that can be observed in the German competition law landscape is to put a liquidated damages clause in the contract⁸⁰. This was accepted by various courts⁸¹. In a case heard by LG Stuttgart a liquidated damages clause of

⁷⁴ I. OEST, B. HESS, K.-S. JANUTTA, *Kartellschadensersatz in Deutschland und Großbritannien: Strategische Überlegungen aus Kläger- und Beklagensicht*, in *CCZ*, 2017, pp. 273-281, p. 277.

⁷⁵ R. INDERST, S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, Düsseldorf, 2015¹, p. 227; J. BURRICHTER, T.B. PAUL, *Economic Evidence in Competition Litigation in Germany*, in *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*, cit., p. 208.

⁷⁶ G. KLUMPE, T. THIEDE, *Ergänzende Überlegungen zu Lukas Rengier, Kartellschadensersatz in Deutschland*, cit.

⁷⁷ J.M. CONNOR, R.H. LANDE, *Cartel overcharges and optimal cartel fines*, in S.W. WALLER, *Issues in Competition Law and Policy*, American Bar Association, 2008, pp. 2203-2218; Oxera (2009), *Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts*, p. 90.

⁷⁸ A. PETRASINCU, *Private antitrust enforcement in Germany*, cit., pp. 16; another recent example is LG Hannover judgement of 4.2.2019 – 18 O 26/17, juris, para 9.

⁷⁹ LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, para 79; OLG Karlsruhe judgement of 10.4.2019 – 6 U 126/17 Kart, juris, paras 66; LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, para 8.

⁸⁰ I. OEST, B. HESS, K.-S. JANUTTA, *Kartellschadensersatz in Deutschland und Großbritannien: Strategische Überlegungen aus Kläger- und Beklagensicht*, cit., p. 274; P. ROTH, in W. JAEGER, J. KOKOTT, P. POHLMANN, D. SCHROEDER, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 93. Lieferung 04.2019, § 33a GWB, paras 153.

⁸¹ LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, para 115; LG Dortmund judgement of 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), WuW 2017, 98, paras 56, 144; Thüringer OLG judgement of 22.2.2017, 2 U 583/15 (Kart) – juris, paras 81; LG Hannover judgement of 18.12.2017 – 18 O 8/17, WuW 2018, 101.

15 % was regarded as a valid standard contract term⁸². This amount does not go beyond the damage than can be expected as a result of the general course of things⁸³. The court regarded it as important that the clause left scope for damages turning out to be smaller than written down in the liquidated damages clause⁸⁴.

3. Conclusion

Overall the actual experiences with damage quantification by German courts have been few so far. However, a preparation and experimentation phase is ongoing. Not least in the light of the latest BGH judgements German judges will have fewer and fewer “excuses” to avoid the quantification stage. The application of the new law is still awaited. The disclosure rules entail some potential of changing the current dynamics of the game. One over-arching major challenge in the litigation of competition damages is the need to fine-tune the dogmatic legal approach with the practical challenges of interaction with mathematical economic expertise. Extensive economic expertise is at the time of writing a major cost factor. Cooperation between jurists and economists is a must and strengthening this cooperation seems the only way forward in order to find ways to de facto enable claimants to obtain compensation for economically founded damages. There is still a lot of potential to improve the communication channels in this regard.

⁸² LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, para 115, sowie LG Dortmund judgement of 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), WuW 2017, 98, paras 56, 144; Thüringer OLG judgement of 22.2.2017, 2 U 583/15 (Kart) – juris, paras 81.

⁸³ LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, paras 117.

⁸⁴ LG Stuttgart judgement of 19.7.2018 – 30 O 33/17, juris, para 116.

PRIVATE ENFORCEMENT IN THE NETHERLANDS

Dr Till Schreiber

*Managing director of CDC Cartel Damage Claims Consulting,
Brussels¹*

SUMMARY: Introduction. 1. The reasons for the attractiveness of the Netherlands as a forum for private enforcement. 2. The Netherlands Commercial Court. 3. Collective Actions. 4. International competence and applicable law. 5. Quantification of damages. 6. Standing of indirect purchasers and pass-on defence. 7. Disclosure.

Introduction

Over the past 10 years the Netherlands has established itself as one of the key jurisdictions for private damage actions in the field of competition law in the EU. Claimants have brought multiple follow-on actions, mainly relating to pan-European cartel cases, such as *Gas-Insulated Switchgear*, *Bitumen*, *Air Cargo*, *Sodium Chlorate*, *Paraffin Wax*, *Elevators and Escalators*, *Prestressing Steel* and recently *Trucks*. The courts have issued several important judgments which provide increased legal certainty. Together with the timely implementation of the EU Damages Directive by the Dutch legislator the efficient and proactive judiciary is a key factor in fostering the Netherlands as an attractive forum for private enforcement actions.

¹ The views expressed by the author are strictly personal, based on publicly available information, and do not in any way whatsoever engage the companies within the CDC Cartel Damages group or any other entity they served, serve or might serve in the future.

1. The reasons for the attractiveness of the Netherlands as a forum for private enforcement

What are the main reasons for the establishment of the Netherlands as one of the main jurisdictions for high profile competition damage actions in the EU?

Firstly, the Netherlands has an efficient and reliable judiciary system. This is evidenced by a recent survey of the *World Justice Forum* which has ranked the civil justice system of the Netherlands highest among 113 countries.

Secondly, the judges dealing with competition damage cases typically have practical experience with such cases. While there are no specialized courts, there are specialized judges dealing with competition damage actions across different courts. The judges often have a background in the field of private international and/or competition law. Also, the organization of the Dutch courts ensures that judges have sufficient resources and time to deal with such complex damage actions. Dutch courts and judges are also generally accustomed to pan-European and international cases and regularly apply foreign law.

Thirdly, the Dutch civil procedure is efficient and provides tools for the courts to streamline and proactively manage complex cases. Courts can for example issue interim judgments on important issues such as the international competence of the court, limitation periods and applicable law. Another element is the so called two stage procedure: Claimants can ask the court to first rule on the merits of a claim before entering the second stage on quantification.

Fourthly, the Dutch courts accept documents in electronic form. This is a significant advantage in proceedings such as competition damage actions where the volume of data and documents is often considerable. Parties may also submit documents in English, French and German.

Fifthly, the Netherlands has clear and predictable rules regarding court fees and adverse costs. The court fees in the Netherlands are very low, typically in the range of several hundred to several thousand Euros per instance. The amounts that must be reimbursed by the losing party would normally amount to approx. 10,000-20,000 EUR per party and

instance, depending however on the number of procedural steps taken (both written and oral) throughout the proceedings. These rules ensure an effective access to justice.

2. The Netherlands Commercial Court

The attractiveness of the Netherlands as a forum for competition damage actions is likely to be further strengthened by the establishment of the Netherlands Commercial Court. This newly established court is competent for commercial disputes, including competition damage actions, under the condition that all parties to a dispute consent to its jurisdiction. The main feature of this court is that the proceedings will in principle be conducted entirely in English. In addition, the court also aims to have more effective and shorter proceedings. In this respect the Netherlands Commercial Court has for example established a novel paperless electronic filing system. The appointed judges all have long-standing experience in complex commercial disputes with an international angle. The court fees are compared to the ordinary Dutch courts higher, but still very accessible, in particular compared to courts in the UK or Germany. The fees amount to 15,000-20,000 EUR per party.

3. Collective Actions

The Netherlands has a collective action regime. However, currently it is not possible to claim for monetary damages. This will change with the entry into force in early 2020 of the new collective action, which has recently been adopted by the Dutch legislator. Under the new regime representative bodies will be able to bring collective damage actions for monetary compensation, also for damages caused by cartels and other anticompetitive conduct. Under the new regime collective actions can be brought before any district court in the Netherlands. The normal rules on local jurisdiction and venue apply. The representative entity has to demonstrate (i.a.) that the collective claim has a sufficiently close connection with the Dutch jurisdiction, which is the case (i) if a

majority of individuals, on whose behalf the action is brought, reside in the Netherlands, (ii) if the defendant resides in the Netherlands, and additional circumstances indicate a sufficiently close connection with this jurisdiction or (iii) if the event(s) giving rise to the claim took place in the Netherlands. The representative entity must fulfil a number of conditions and standards regarding its experience, governance, funding and its non-profit nature. The entity may be established on an ad-hoc basis. In the case of competing entities, the competent court will appoint an exclusive representative and following this appointment individual class members must opt-out or find themselves bound to a decision resulting from the collective action. If such a collective action results in a settlement instead of a court decision, individuals are given another chance to opt-out. Affected individuals from outside the Netherlands may join the action on an 'opt-in' basis.

This new possibility to claim collective damages will co-exist with the already present possibility for representative entities to enter into collective settlements with (allegedly) liable parties, and then (jointly) request the Amsterdam Court of Appeal to declare such settlement universally applicable. It should be noted that entering into such collective settlements and having these declared universally applicable may be pursued without ever initiating a collective action.

In addition to the collective action there is an established practice of claims aggregation by way of assignment of claims to a specialised litigation vehicle. This assignment model has in particular been used in the field of competition damage actions. The bundling at material level allows for the creation of significant procedural and practical synergies. In particular, the damage quantification can be conducted on a broader and more robust data base. The right of litigation vehicles to claim the damage in their own name and the validity of the underlying assignment contracts, have been confirmed by various Dutch courts in the *Air Cargo*, *Sodium Chlorate* and *Paraffin Wax* cartel cases.

4. *International competence and applicable law*

Over the past 10 years the Dutch courts have broadly accepted international jurisdiction for damage actions under the Brussels 1 bis Regulation, including for defendants domiciled outside the Netherlands and for claims governed by foreign law.

One of the lead cases in this respect is *CDC vs. Akzo Nobel et al.* The case concerned a follow-on damage action launched by an entity of the CDC Cartel Damage Claims group against the members of the European Sodium Chlorate cartel. Ten affected companies with 27 production sites across the EU transferred their damage claims to the CDC entity which bundled all claims into one single action before the District Court of Amsterdam, the court of the seat of one of the addressees of the European Commission's Sodium Chlorate Cartel decision. The court confirmed its jurisdiction also in relation to the non-Dutch defendants on the basis of Art. 8 (1) Brussels 1 bis. The court argued that due to the joint and several liability of the cartel members for the damage caused by the cartel, there was a sufficiently close connection between the claims against all defendants so that all cartel members could be sued at the seat of the Dutch anchor defendant. In line with the EU law concept of 'undertaking' and the fact that it was one of the addressees of the Commission decision, the Amsterdam Court found the Dutch parent company to be a valid anchor defendant, even if it did not directly participate in the cartel agreements.

Another important aspect adjudicated in the case concerned the non-applicability of jurisdiction and arbitration clauses in purchase contracts to the non-contractual damage claims. Under reference to the judgment *CDC Hydrogen Peroxide* of the Court of Justice of the EU (CJEU), the Amsterdam Court decided that such clauses are not applicable. According to the court due the clandestine nature of the anticompetitive conduct the purchaser was not aware of its potential damage claims against the seller at the time of entering into the purchase agreement. In addition, the wording of the clauses was too general and did not specifically include damage claims resulting from competition law infringements.

Regarding the applicable law the Amsterdam Court held that the law of the place where the cartelized product was purchased and processed

governed the material damage claim. This resulted in multiple applicable laws in the case. The court clarified that in cases of infringements of EU competition law, the applicable national laws, for example the rules on limitation periods, had to be interpreted pursuant to the *Manfredi* judgment of the CJEU in light of the principles of effectiveness and equivalence. The Amsterdam Court of Appeal fully upheld the judgment of the District Court Amsterdam in the appeal proceedings.

5. *Quantification of damages*

The key issue in any action for the compensation of damages caused by anticompetitive conduct is the quantification of the harm caused. Dutch courts have consistently recognized that in accordance with the principles established by the CJEU in *Manfredi* the right of full compensation entails not only price effects and overcharges, but also loss of profit or volume effects as well as interest as of the date the damage occurred. Under Dutch law, legal interest is compounded.

Already prior to the EU Damages Directive, Dutch courts had the power to quantify and estimate the damage in a way that is in accordance with the nature of damage. As a result of the implementation of the EU Damages Directive Dutch courts can now also rely on a specific legal assumption that cartels result in a damage.

The leading case in respect of the quantification of damages is *TenneT vs. ABB*. The case concerns the follow-on action by the Dutch electricity grid operator TenneT against ABB for its involvement in the European Gas Insulated Switchgear Cartel. The case went through three instances up to the Supreme Court on the question of liability in principle. The Dutch Supreme Court first cites the right for ‘any person’ to claim compensation for damages resulting from a cartel and the principles of effectiveness and equality established by the CJEU *Courage* and *Manfredi* case law. The Supreme Court then sets out the regime with regard to the right to compensation under the EU Damages Directive, i.a. the right of individuals affected by a cartel such as TenneT to obtain full compensation. Interestingly, the Supreme Court held that although not directly applicable, Dutch law should be interpreted with considera-

tion given to the EU Damages Directive. Thus, in cases of infringements of Art. 101 or 102 TFEU, Dutch law on the determination of damages should not only be interpreted in light of the principles of effectiveness and equivalence, but also taking into account the EU Damages Directive, even where the latter, due to its temporal scope, is not yet directly applicable.

The *TenneT vs. ABB* case is also the first case in which Dutch courts issued judgments on the quantification of damages. The first instance District Court Gelderland awarded a total of EUR 23.1 million plus statutory interest. In the proceedings before the court the claimant as well as the defendant presented economic expert reports. The claimant expert based its damage estimation on a during/after price comparison method. The economic report, which partially relied on assumptions based on public data, found a positive price overcharge of 54%. The defendant presented two economic reports, both criticizing the claimant report and providing alternative damage estimates. These estimates were based inter alia on internal cost and margin data. Both reports did not find a price overcharge. In its judgment the District Court Gelderland fully followed the claimant's report. In the court's view it was a 'well-founded and appropriate estimate of TenneT's damage volume'.

This judgment was appealed to the Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal. The court confirmed that the relevant damage is the price difference between the actual price paid and the 'but-for price' absent the cartel. The Court of Appeal noted that there are different methods to establish the hypothetical 'but for' scenario. It therefore appointed three experts, one with an economic background, one with an accounting background, and one to act as chairperson in order to determine the price overcharge as well as the potential pass-on of damages to the next market level (see also 6. below). In its judgment the Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal specified that the experts should identify the common principles and facts on which the parties agree (e.g. during / after regression analysis as preferred method) as well as the issues where the parties disagree (e.g. how should cost trends be taken into account?). The Court of Appeal will take a decision on the quantum on the basis of the report by the court appointed experts.

6. *Standing of indirect purchasers and pass-on defence*

Already prior to the implementation of the EU Damages Directive the pass-on and - as a logical consequence - the standing of indirect purchasers had been recognized by courts in the Netherlands. In *TenneT vs. ABB* the Dutch Supreme Court explicitly cites the right of ‘any person’ to claim for damages established by the CJEU in *Courage and Manfredi*, which would include indirect purchasers.

In the *TenneT vs ABB* case the Dutch Supreme Court also defined the procedural and material rules applicable to the pass-on defence. The Supreme Court confirmed that also prior to the entry into force of the EU Damages Directive the burden of proof lies with the defendant invoking the pass-on defence. With regard to the material rules which are applicable to the pass-on defence the Supreme Court held that it can be dealt with under legal concepts of either a reduction of the material damage (Art. 6:95-6:97 of the Dutch Civil Code) or the concept of an offsetting of benefits (Art. 6:100 Dutch Civil Code). Dutch courts are free to chose either concept. However, the Supreme Court emphasized that under both concepts the losses and benefits of the damaged party must be reasonably attributed to the debtor (cartel member) as a consequence of the event (cartel). The Supreme Court therefore clarified that the pass-on defence is not limited to a purely economic assessment, but also entails normative legal requirements in form of causality and reasonableness.

Following the ruling of the Supreme Court the first instance District Court of Gelderland applied the principle of offsetting of benefits. It held that the damage caused to TenneT was not offset by any pass-on effect. Interestingly, the court found that in economic terms TenneT likely had passed on the overcharge as part of the grid fees to its direct customers (electricity companies), who likely passed on the overcharge to the general public (electricity consumers). However, according to the court the electricity consumers were unlikely to initiate legal proceedings against ABB. The court stressed the EU law principle of effectiveness according to which the rules for obtaining compensation must not be such to render it practically impossible or excessively difficult for a victim to obtain damages. As accepting the pass-on defence would re-

sult in a situation where the cartel member would not have to pay any compensation, the court fully denied the pass-on defence of ABB. The Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal is likely to take a more economic approach. In its judgment regarding the appointment of the experts the Court of Appeal has indicated that it will assess causality and pass-on based on the input by the experts.

7. Disclosure

A general concept of ‘disclosure’ or ‘discovery’ does not exist under Dutch procedural law. However, there is a general right to request specific documents and/or information under Article 843a of the Dutch Code of Civil Procedure if the following three conditions are fulfilled:

- The requesting party must have a legitimate interest;
- The requested document(s) / information must be specified (i.e. no ‘fishing expeditions’); and
- The documents must relate to a legal relationship to which the requesting party is a party.

Prior to the implementation of the EU Damages Directive into Dutch law the competent courts had a discretion on whether or not to grant access to the requested documents and/or information. This discretionary element was deleted in the context of the implementation of the EU Damages Directive. In principle Dutch courts therefore have to grant disclosure if the above-mentioned conditions are fulfilled. As a consequence of the implementation of the EU Damages Directive the Dutch legislator also included the ‘grey’ list (Art. 6(5) of the EU Damages Directive) and the ‘black list’ (Art. 6(6) of the EU Damages Directive) into Dutch law. Leniency applications as well as settlement applications may therefore not be disclosed.

There is limited case law on disclosure in the context of competition damage actions. The main case, which was however, decided prior to the EU Damages Directive, is the case *CDC vs. Shell et al.* The case concerned a follow-on damage action in relation to the European Parafin Wax Cartel. In the proceedings the defendants issued an extensive disclosure request, in particular regarding sales data and documenta-

tion, in order to substantiate a potential pass-on. The District Court of The Hague denied the disclosure request in the liability stage of the proceedings as the pass-on argumentation was not relevant at that stage. However, in the quantification stage the court granted the disclosure request. The judgment contains two important elements:

- The data and documents to be disclosed were subject to the protection of confidentiality; and
- The defendants as the ones issuing the request had to bear the costs of the document and data gathering exercise. In this context they had to make an upfront payment of EUR 200,000 to the claimant.

The case was ultimately settled between the parties.

LA DISTINZIONE TRA PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST: UN VALORE DA PRESERVARE

Aurora Saija

Assonime, Area Attività d'impresa e concorrenza

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. La tentazione di attribuire al risarcimento una funzione punitiva. 3. Strumenti del private enforcement antitrust e azioni di classe.*

1. Introduzione

Il dibattito sul rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto antitrust è particolarmente attuale alla luce della recente evoluzione dell'ordinamento a livello nazionale ed europeo. Da un lato, vi sono sviluppi sul piano giurisprudenziale e normativo che sembrano mettere in discussione l'assetto disegnato dalla direttiva 2014/104/UE, con particolare riguardo alla finalità meramente compensativa delle azioni di risarcimento dei danni causati da violazioni anticoncorrenziali. Dall'altro, si fa strada la tendenza a trasferire al di fuori del campo antitrust determinati strumenti e istituti introdotti dalla direttiva, prevedendone un'applicazione generalizzata nell'ambito delle azioni di classe. In questo contesto è fondamentale ribadire l'importanza di una chiara distinzione di ruoli tra i due canali di *enforcement* del diritto della concorrenza e riflettere con attenzione sulla *ratio* delle disposizioni della direttiva, ripensando le scelte che potrebbero compromettere la tenuta del sistema.

2. La tentazione di attribuire al risarcimento una funzione punitiva

Com'è noto, il sistema di applicazione del diritto europeo della concorrenza è costruito attorno alla dicotomia di funzioni tra il canale pub-

blicistico e quello privatistico. Le autorità di concorrenza sono chiamate a tutelare l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, assicurando la repressione e la deterrenza degli illeciti, e dispongono a tal fine di poteri di indagine e sanzionatori che il diritto europeo mira a rendere sempre più armonizzati e incisivi, come dimostra la recente direttiva 'ECN+'¹. Ai giudici spetta invece il compito di tutelare i diritti dei soggetti che possono ricevere un pregiudizio dalle condotte anticoncorrenziali e, in particolare, di garantire che i soggetti lesi ottengano il risarcimento dei danni, in una prospettiva di piena compensazione. Muovendo da queste premesse, con la direttiva 2014/104/UE il legislatore europeo ha introdotto alcuni meccanismi volti a facilitare l'esercizio delle azioni di risarcimento del danno antitrust e a coordinare il *public* e il *private enforcement* valorizzandone la complementarità.

Guardando ad alcuni sviluppi recenti del panorama europeo e nazionale si ha però la percezione che possa esservi uno spostamento dell'asse nel rapporto tra i due canali di applicazione del diritto della concorrenza.

Al riguardo, un primo elemento da considerare è la crescente enfasi, in alcuni orientamenti a livello giurisprudenziale, sulla funzione anche deterrente del risarcimento dei danni. In campo antitrust, questa tendenza è emersa ad esempio nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Wahl nella causa *Skanska*². Secondo Wahl con la sentenza *Kone*, in cui è stata riconosciuta la possibilità di risarcimento dei danni derivanti da *umbrella pricing*, la Corte ha compiuto un passo decisivo nel consolidare il ruolo del *private enforcement antitrust* come "strumento concepito per dissuadere le imprese dall'adottare comportamenti anticoncorrenziali". L'Avvocato generale afferma che il danno individuato nelle azioni di risarcimento è in realtà un indicatore delle inefficienze economiche derivanti dall'infrazione e della conseguente perdita per la società nel suo complesso in termini di riduzione dei vantaggi dei con-

¹ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

² Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 6 febbraio 2019, causa C-724/17, *Vantaan kaupunki contro Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asfaltmix Oy*.

sumatori. La tesi sostenuta è che, in ultima analisi, la funzione compensativa di un'azione di risarcimento danni per violazione del diritto della concorrenza rimane "subordinata" alla sua funzione deterrente.

Questo approccio suscita qualche perplessità. Se è vero che l'esistenza di rimedi efficaci sul piano privatistico aumenta la probabilità di emersione delle violazioni e quindi svolge in senso lato anche una funzione dissuasiva delle condotte anticoncorrenziali, affermare che il risarcimento abbia essenzialmente questa funzione sembra invece eccessivo. Il ragionamento seguito dall'Avvocato generale Wahl punta, in sostanza, ad estendere la portata dell'azione di danno per consentire che il risarcimento venga approssimato in modo affidabile alla perdita di efficienza subita dal sistema nel suo complesso. Non viene però considerato che il pregiudizio per la collettività già assume rilievo nella determinazione della sanzione, attraverso la valutazione di gravità dell'illecito anticoncorrenziale. Va ricordato, ad esempio, che le linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in tema di quantificazione delle sanzioni antitrust includono tra i fattori aggravanti "la rilevanza dell'effettivo impatto economico dell'infrazione o, più in generale, dei suoi effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi"³. Nello stesso senso in Francia è la legge a prevedere che nella quantificazione della sanzione l'autorità di concorrenza tenga conto dell'"importance du dommage causé à l'économie"⁴. Attribuire al risarcimento una funzione punitivo-deterrente porterebbe a un'inappropriata sovrapposizione con lo strumento sanzionatorio.

Opportunamente la Corte di giustizia non ha ripreso l'approccio suggerito da Wahl, anche se sarebbe stata auspicabile una posizione più netta per dirimere la questione in modo definitivo.

Argomenti a sostegno di una funzione punitiva del risarcimento emergono peraltro anche in ambiti disciplinari diversi dal diritto antitrust. In particolare, ha avuto risalto in Italia la pronuncia del 2017 con cui le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno ammesso che una

³ Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 - Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, par. 14.

⁴ Articolo L. 464-2 del *Code de commerce*.

sentenza straniera di condanna a danni punitivi (in relazione a un caso di responsabilità del produttore per prodotto difettoso) possa non essere considerata contraria all'ordine pubblico e sia quindi oggetto di delibazione in Italia⁵. Nella pronuncia delle Sezioni unite viene osservato che varie norme dell'ordinamento attribuiscono oggi al risarcimento una funzione diversa rispetto a quella strettamente compensativa del danno. Ne deriva una natura polifunzionale della responsabilità civile “che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”. Tuttavia, secondo le Sezioni unite

ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'articolo 23 della Costituzione (correlato agli articoli 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario.

L'importante richiamo al rispetto della riserva di legge consente di sottolineare che per discipline, quali il diritto antitrust, caratterizzate da due canali di applicazione, eventuali scelte legislative volte a connotare il risarcimento in senso punitivo dovrebbero essere rigorosamente giustificate in ragione di un deficit di deterrenza che il *public enforcement* e lo strumento della sanzione non sono in grado di colmare. Solo un'attenta analisi d'impatto può garantire che l'equilibrio del sistema non sia stravolto e venga evitato il rischio di *overdeterrence* e *bis in idem*.

Accanto agli orientamenti emersi sul piano giurisprudenziale, anche alcuni recenti sviluppi del quadro normativo potrebbero avere ricadute sul rapporto tra *private* e *public enforcement*. Una novità di rilievo è data dalla legge n. 31/2019, che ha operato una completa riforma della disciplina dell'azione di classe, trasferendola dal Codice del consumo al

⁵ Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, 5 luglio 2017, n. 16601.

Codice di procedura civile⁶. Le criticità della nuova disciplina risultano particolarmente evidenti in relazione al tema della funzione compensativa del risarcimento e sono amplificate dal fatto che la legge ha un campo di applicazione molto esteso: a differenza di quella regolata dall'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, infatti, la nuova azione di classe non riguarda solo i consumatori e specifiche fattispecie di condotte lesive (inadempimenti contrattuali, responsabilità del produttore, pratiche commerciali scorrette e condotte anticoncorrenziali), ma può essere esercitata per qualunque illecito plurioffensivo posto in essere da un'impresa nell'esercizio della sua attività. Tra gli ambiti interessati vi sono quindi ad esempio, oltre alla tutela del consumatore intesa in senso ampio e al diritto antitrust, anche la protezione dei dati personali e quella dell'ambiente, la normativa a tutela del risparmio e così via.

Tralasciando altri aspetti controversi della legge n. 31/2019, merita qualche riflessione la previsione che, in caso di condanna, impone all'impresa resistente di corrispondere sia all'avvocato del ricorrente che al rappresentante comune degli aderenti, nominato dal giudice, compensi stabiliti in percentuale dell'importo complessivo del risarcimento sulla base del numero dei componenti la classe⁷. Per l'avvocato, a differenza del rappresentante degli aderenti, questo meccanismo di remunerazione ha carattere esplicitamente 'premiale' e quindi si aggiunge all'onorario per la prestazione professionale. Risulta difficile giustificare la previsione facendo leva sull'esigenza di rendere più efficace la disciplina dell'azione di classe: la configurazione dei compensi si traduce piuttosto in un forte incentivo alla litigiosità e aggrava l'onere del convenuto ben oltre la somma delle pretese risarcitorie dei singoli, assumendo una connotazione punitiva. Peraltro, per questo aspetto la disci-

⁶ Legge 12 aprile 2019, n. 31, *Disposizioni in materia di azione di classe*. Le disposizioni entreranno in vigore il 19 aprile 2020 e si applicheranno alle condotte illecite poste in essere successivamente a tale data.

⁷ La percentuale decresce all'aumentare del numero degli aderenti, secondo sette scaglioni: si va dal 9% se la classe è da 1 a 500 componenti allo 0,5% se il numero dei componenti è superiore a un milione. Il giudice può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso (solo ridurre nel caso dell'avvocato) fino al 50% tenuto conto di elementi quali la complessità dell'incarico, la qualità e la sollecitudine dell'opera svolta, il numero degli aderenti.

plina nazionale si discosta dalle indicazioni che provengono dall'Unione europea. Va ricordato infatti che la Raccomandazione della Commissione europea sui ricorsi collettivi richiede agli Stati membri di “provvedere affinché gli onorari degli avvocati e il relativo metodo di calcolo non creino incentivi ad avviare contenziosi non necessari dal punto di vista dell'interesse di ciascuna delle parti” evitando in particolare “onorari calcolati in percentuale delle somme accordate nella causa (*contingency fees*) che rischiano di creare detti incentivi”⁸.

Altre disposizioni della legge n. 31/2019 che assumono rilievo per il possibile impatto sul rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto antitrust sono quelle attinenti all'azione inibitoria collettiva. Anche questo strumento processuale acquista una portata generale a seguito dell'inserimento della relativa disciplina nel Codice di procedura civile; l'azione inibitoria collettiva potrà essere utilizzata da “chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti”. Venendo meno la connessione esclusiva con la tutela dei consumatori e la riserva della legittimazione attiva in capo agli enti rappresentativi, si profila un utilizzo più ampio dell'azione inibitoria collettiva quale alternativa rispetto al *public enforcement* per impedire condotte che possono pregiudicare gli interessi di una categoria di soggetti, ad esempio le imprese a fronte di infrazioni antitrust.

Va infine considerata la proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, presentata dalla Commissione nell'aprile 2018 nell'ambito del pacchetto ‘A New Deal for Consumers’⁹. La proposta riconosce nei considerando che il risarcimento non dovrebbe eccedere quanto necessario a compensare il danno subito e che i danni punitivi, che portano a sovracompensazione a favore dell'attore, dovrebbero essere evitati. Si tratta di una statuizione importante ed è auspicabile che venga collocata nel testo dell'articolato

⁸ Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria degli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE - COM (2018) 184 def.

(come peraltro prevede la versione approvata dal Parlamento europeo in prima lettura)¹⁰ per arginare la tentazione di introdurre danni punitivi nelle legislazioni degli Stati membri. Tuttavia, guardando al contenuto della proposta, il richiamo alla funzione strettamente compensativa del risarcimento sembra contraddetto dalla previsione per la quale negli “small amount cases” il ristoro dovrebbe essere destinato ad obiettivi di interesse generale connessi alla tutela dei consumatori. Questa soluzione comporterebbe un distacco dall’impostazione del risarcimento come compensazione e uno spostamento del focus sulla deterrenza. Opportunamente, nel testo approvato dal Parlamento europeo è previsto che anche nei casi di modesta entità il risarcimento spetti comunque ai singoli consumatori e il giudice decida sul beneficiario degli eventuali importi non reclamati.

3. *Strumenti del private enforcement antitrust e azioni di classe*

Una seconda linea di tendenza che caratterizza la recente evoluzione dell’ordinamento è quella ad ampliare ben oltre il campo antitrust l’applicazione di strumenti e istituti previsti dalla direttiva 2014/104/UE. Due esempi emblematici riguardano la *disclosure* delle prove e l’effetto vincolante delle decisioni pubblicistiche di accertamento delle infrazioni nelle successive azioni in giudizio.

Per quanto riguarda la *disclosure*, la strada è ormai segnata nel senso di un utilizzo generalizzato nell’ambito delle azioni di classe: la legge n. 31/2019 contiene un insieme di norme che riproducono fedelmente quanto già previsto per le azioni di risarcimento del danno antitrust e anche la proposta di direttiva in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori reca previsioni sul tema.

Questa scelta solleva però diverse perplessità. Con riferimento al *private enforcement* antitrust, infatti, la previsione della *disclosure* è

¹⁰ Cfr. la risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sulla proposta di direttiva, nella quale viene inoltre specificato che “ad esempio, l’indennizzo concesso ai consumatori lesi collettivamente non dovrà eccedere l’importo dovuto, a norma del diritto nazionale o dell’Unione, dal professionista a copertura dell’effettivo danno subito individualmente dai consumatori”.

basata sulla constatazione di un'asimmetria informativa tra le parti alla quale occorre rimediare: tenuto conto che, in linea di principio, la vittima di un illecito anticoncorrenziale incontra significativi ostacoli nell'acquisizione degli elementi probatori necessari a dimostrare l'esistenza e la consistenza della violazione, specialmente nel caso di cartelli, e che molte informazioni sono in possesso della controparte-responsabile della violazione o sono contenute nel fascicolo dell'autorità di concorrenza, il legislatore ha ritenuto necessario assegnare al giudice il potere di ordinare l'esibizione su istanza di parte, definendo rigorosi requisiti per garantire un equo contemperamento dei vari interessi coinvolti. Nel rispetto del principio di parità delle armi, la possibilità di chiedere la *disclosure* è riconosciuta negli stessi termini anche al convenuto.

Con la legge n. 31/2019 la *disclosure* diventa utilizzabile in generale per tutto l'insieme delle materie che possono formare oggetto di un'azione di classe. Alla base sembra esservi la convinzione che la parte ricorrente si trovi sempre in posizione di svantaggio sul piano dell'accesso alle prove. Questo aspetto tuttavia, avrebbe dovuto essere attentamente valutato nel quadro di una rigorosa analisi d'impatto, per evitare conseguenze indesiderate. È noto che la *disclosure*, se non ben gestita, può diventare estremamente onerosa per il destinatario dell'ordine di esibizione e presuppone una particolare competenza di tipo gestionale del giudice. Non sono mancati nell'esperienza del *private enforcement* antitrust finora maturata casi di azioni *stand-alone* in cui un attore ha presentato una richiesta di esibizione avente ad oggetto 'tutti i fascicoli di tutti i procedimenti antitrust' che hanno interessato la controparte in un ampio arco temporale, in relazione a una pluralità di ipotesi di illecito diverse: in simili circostanze il difetto di pertinenza e di proporzionalità è senz'altro rilevabile dal giudice in sede di vaglio della richiesta, ma la parte alla quale la richiesta è destinata e che deve articolare le proprie argomentazioni difensive può trovarsi comunque in una situazione di difficoltà.

Va rilevato, inoltre, che nella formulazione della legge n. 31/2019 la *disclosure* è stata introdotta come prerogativa della sola parte ricorrente, soluzione che solleva dubbi di compatibilità con il principio di parità delle armi nello svolgimento del giudizio.

Sul tema assai controverso dell'efficacia vincolante delle decisioni di accertamento dell'infrazione nell'azione risarcitoria *follow-on*, un tentativo di replicare la disciplina della direttiva 2014/104/UE è stato compiuto dalla Commissione europea nella più volte citata proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Secondo l'approccio della Commissione, l'effetto vincolante (*irrefutable*) verrebbe esteso a tutte le decisioni di accertamento di un'infrazione adottate da autorità amministrative o giudici preposti negli Stati membri all'applicazione di un ampio insieme di norme del diritto europeo a tutela dei consumatori, in campi molto eterogenei. In allegato alla proposta di direttiva vi è infatti un elenco di ben cinquantanove atti legislativi potenzialmente interessati dalle azioni rappresentative, che spaziano dalle discipline orizzontali relative ai rapporti tra impresa e consumatore (ad esempio in tema di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie, diritti del consumatore), alle normative settoriali (in ambiti quali la protezione dei dati personali, i servizi finanziari, le comunicazioni elettroniche, l'energia, i trasporti e così via). Per le decisioni rese da autorità di altri Stati membri si applicherebbe una *rebuttable presumption*.

Il Parlamento europeo appare orientato su una posizione più equilibrata: le decisioni definitive di autorità amministrative o giudici verrebbero considerate come prova (*evidence*) nelle azioni risarcitorie *follow-on*. È interessante osservare che questa regola si applicherebbe tanto rispetto alle decisioni che accertino l'esistenza di una violazione, quanto rispetto alle decisioni che accertino l'assenza di una violazione. Si tratta di una scelta coerente con il principio di parità delle armi tra le parti in causa, tenuto conto del fatto che nelle discipline interessate, a differenza del diritto antitrust, alle autorità nazionali non è precluso accertare con decisione l'insussistenza dell'infrazione.

Se una proposta di questo stampo verrà approvata si prefigura un esteso ambito di ulteriore commistione tra *private* e *public enforcement*. È quindi molto importante seguire gli sviluppi dell'iter legislativo, evidenziando i pro e i contro delle varie soluzioni. L'esperienza del diritto antitrust fornisce numerosi elementi di riflessione su come assicurare il coordinamento dei due canali mantenendo ferma la diversità delle loro rispettive funzioni.

IL PRINCIPIO DI CONTINUITÀ ECONOMICA NEL PRIVATE ENFORCEMENT E IL SUO IMPATTO SULLA *COMPLIANCE ANTITRUST*

Irene de Angelis

Director Antitrust Affairs, Intesa Sanpaolo

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il principio di continuità economica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 3. L'interpretazione del principio di continuità economica nel caso *Coveris*. 4. Le conseguenze di un'applicazione "ampia" del principio di continuità economica sulla compliance antitrust.

1. Introduzione

A pochi anni dal recepimento da parte degli Stati membri dell'UE della Direttiva 2014/104 sul c.d. *private enforcement*, durante i primi mesi del 2019, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di confrontarsi con alcune questioni in materia di applicazione del *private enforcement* agli ordinamenti nazionali.

Recentemente, la Corte si è espressa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, proposto da un tribunale portoghese, con riferimento all'applicazione *ratione temporis* e all'interpretazione della Direttiva 2014/104¹. Nello stesso periodo, la Corte ha emesso un'altra sentenza in materia di *private enforcement*², la quale innova profondamente l'in-

¹ Sent. Caso Cogeco, Causa C-637/17, del 28 marzo 2019. In particolare, la Corte ha ritenuto inapplicabile la Direttiva, poiché il giudizio principale era stato instaurato prima del suo recepimento nell'ordinamento portoghese. Tuttavia, a prescindere dall'applicabilità della Direttiva, la sentenza afferma che la normativa nazionale in materia di *private enforcement*, in particolare la norma sulla prescrizione del diritto all'azione, deve essere interpretata alla luce dei principi del diritto dell'Unione europea e, nello specifico, dei principi di effettività ed equivalenza.

² Sent. Caso Skanska Industrial Solutions e a., Causa C-724/17, del 14 marzo 2019. Anche in questo caso, pur non essendo applicabile *ratione temporis* la Direttiva, la

terpretazione della normativa sul risarcimento del danno *antitrust*, ed aggiunge un ulteriore tassello al complesso quadro dei rapporti tra *public enforcement* e *private enforcement*. In particolare, nella sentenza di cui trattasi, la Corte di Giustizia ha ritenuto applicabile ad un caso di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* il principio della continuità economica. Tale principio, di origine giurisprudenziale, è di ormai consolidata applicazione nell'ordinamento europeo, soprattutto nell'ambito del *public enforcement antitrust*³. Sempre con riferimento a detto principio, che trova applicazione in casi pressoché straordinari, in quanto criterio che deroga al principio generale della responsabilità personale per le violazioni del diritto della concorrenza, recentemente il Tribunale dell'UE si è espresso con una sentenza, sicuramente meno nota di quelle appena citate, ma non meno importante, soprattutto nella prospettiva dell'*in-house counsel*, come si avrà modo di precisare in seguito. Si tratta della sentenza emessa nel Caso Coveris⁴, in cui il Tribunale ha affrontato la dibattuta questione circa i criteri di applicabilità del principio di continuità economica. Per un corretto inquadramento della questione, è opportuno analizzare la genesi e l'evoluzione di detto principio.

Corte ha fornito un importante criterio di interpretazione della normativa europea sul *private enforcement*. In particolare, il ragionamento della Corte muove dalla necessità che il diritto nazionale, nel disciplinare le azioni private per il risarcimento del danno antitrust, debba, non solo, garantire i principi di equivalenza ed effettività, ma anche assicurare la piena efficacia dell'art. 101 TFUE. Nell'opinione della Corte, la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento del danno dovrebbe considerarsi come una condizione costitutiva del relativo diritto e, pertanto, dovrebbe essere svolta sulla base del diritto dell'Unione, con riferimento alla nozione di impresa prevista dall'art. 101 TFUE (cfr. punti 28 e ss.). A sostegno di detta impostazione, la Corte richiama, anche, l'art. 1 della Direttiva 2014/104, interpretandolo nel senso che "i responsabili dei danni causati da una violazione del diritto comunitario della concorrenza sono proprio le "imprese" che hanno commesso tale violazione" (cfr. punto 35).

³ Si noti, peraltro, che il principio di continuità economica trova ampia applicazione anche in materia di aiuti di stato. *Ex multis*, Sent. Grecia c. Commissione, T-415/05, T-416/05 e T-423/05, del 13 settembre 2010, punti da 143 a 146, e Sent. SMI, C-277/00, del 29 aprile 2004, punti 78 e 84.

⁴ Sent. Caso Coveris, Causa T-531/15, del 6 dicembre 2018.

2. Il principio di continuità economica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Si tratta, come già accennato, di un principio di matrice giurisprudenziale, nato nell'ambito del *public enforcement*, la cui formulazione si deve alla necessità di rispondere all'esigenza di una corretta imputazione della responsabilità per l'illecito *antitrust*, soprattutto nei casi di successione di imprese nel tempo.

Gli eventi modificativi della struttura dell'impresa, come variazioni della ragione sociale, fusioni, acquisizioni, incorporazioni, possono modificare l'identità del soggetto che effettivamente gestisce l'impresa, rendendo ardua l'individuazione del soggetto responsabile per le violazioni del diritto della concorrenza. Infatti, se è vero che il principio generale è quello della responsabilità personale⁵, è anche possibile che le modifiche alla forma giuridica o organizzativa dell'impresa possano pregiudicare l'effetto utile della normativa *antitrust*, con il risultato di sottrarre il responsabile dell'illecito alla sanzione prevista dall'ordinamento⁶.

Per far fronte a tale necessità, già in tempi ormai risalenti, la Corte di Giustizia aveva elaborato il principio della continuità economica, in forza del quale, in circostanze eccezionali, la responsabilità per l'infrazione *antitrust* può essere imputata al successore sul piano economico dell'impresa che ha effettivamente posto in essere la violazione. Il criterio dell'identità economica tra l'impresa che ha commesso l'infrazione e il soggetto cui viene imputata la relativa responsabilità è stato elaborato, per la prima volta, nel Caso *Rheinzink*⁷, ove la Corte afferma che

⁵ Sul punto è unanime la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che afferma che la responsabilità per l'infrazione incombe “[sulla] persona giuridica responsabile della gestione dell'impresa al momento in cui è stata commessa l'infrazione [ed è a quest'ultima] che va imputato il comportamento illecito” (cit. Sent. Caso *SCA Holding Ltd*, Causa C-297/98, del 16 novembre 2000). Per una rassegna esaustiva degli orientamenti della Corte sul principio di responsabilità personale si veda Sent. Caso *Areva e al.*, Cause T-117/07 e T-121/07, del 3 marzo 2011, punto 65.

⁶ In questo senso in dottrina, A. PAPPALARDO, *Il Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 87; e F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 98.

⁷ Sent. Caso *Rheinzink*, Cause riunite 29 e 30/83, del 28 marzo 1984, cfr. punto 9.

la forma giuridica è irrilevante e non rende esente la nuova impresa dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del suo predecessore in termini economici.

Il criterio della continuità economica è stato nel tempo oggetto di ulteriore elaborazione da parte della Corte di Giustizia, che ha di volta in volta individuato le circostanze necessarie al fine di giustificarne l'applicazione⁸ – possibile solo in via eccezionale e sussidiaria rispetto al principio della responsabilità personale.

Proprio in virtù della sua funzione sussidiaria rispetto alla responsabilità personale, il principio di continuità economica, inizialmente, veniva applicato solo nei casi in cui la persona giuridica che aveva commesso l'infrazione aveva cessato di esistere giuridicamente⁹.

Successivamente, la Corte ha ammesso la possibilità di ricorrere al criterio della continuità economica anche quando, nell'ambito di una ristrutturazione infragrupo, l'originario gestore dell'impresa, che aveva posto in essere l'infrazione *antitrust*, non aveva cessato di esistere giuridicamente, ma aveva trasferito la propria attività economica ad un'altra impresa del gruppo¹⁰. Proprio in questo contesto, la Corte ha ritenuto necessaria la sussistenza di nessi strutturali tra cessionario e cedente, affinché possa essere giustificata l'applicazione del principio della continuità economica¹¹.

Seguendo la stessa impostazione, nella sentenza emessa nel Caso ETI¹², la Corte, rispondendo ad una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, ha confermato l'irrelevanza della forma giuridica

⁸ Per una disamina dei precedenti della Corte in argomento si vedano le Conclusioni dell'AG. Kokott, del 3 luglio 2007, presentate nella Caso ETI, Causa C-280/06, punti 74 ss.

⁹ V. Sent. Caso ANIC Partecipazioni, Causa C-49/92, del 8 luglio 1999, punto 145, la Corte afferma che “il criterio cosiddetto della «continuità economica» entra in gioco solo qualora la persona giuridica responsabile della gestione dell'impresa abbia cessato di esistere giuridicamente dopo aver commesso l'infrazione”.

¹⁰ Sent. Caso Aalborg Portland, Causa C-204/00, del 7 gennaio 2004, punto 359.

¹¹ La necessaria esistenza di nessi strutturali è giustificata dal fatto che una ristrutturazione infragrupo potrebbe celare la volontà di sottrarsi alla sanzione *antitrust* attraverso la creazione di una nuova configurazione giuridica. Sul punto v. Conclusioni dell'AG. Kokott, Caso ETI cit., punto 79.

¹² Sent. Caso ETI, Causa C-280/06, dell'11 dicembre 2007.

dell'ente ai fini dell'applicazione della sanzione, e la necessaria esistenza di determinati nessi strutturali, specificando, in proposito, che il principio di continuità economica è applicabile quando l'impresa cedente e l'impresa cessionaria siano state “sotto il controllo della stessa persona [giuridica] e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive”¹³.

Si evince chiaramente, ed è, peraltro, affermato esplicitamente dalla Corte, che l'applicazione del principio di continuità economica risponde alla finalità di evitare comportamenti elusivi da parte delle imprese, allo scopo di sottrarsi alla responsabilità per le violazioni *antitrust*, attraverso modifiche della propria struttura organizzativa.

In seguito alla sentenza emessa nell'ambito del Caso ETI, la Corte di Giustizia è rimasta costante nell'applicare il principio di continuità economica ai soli casi in cui sussisteva un legame strutturale tra impresa cedente e impresa cessionaria, tale da renderle soggette ad un'unica attività di direzione e di conseguenza essere considerate come un'unica entità economica¹⁴.

Recentemente, come già ricordato nella parte introduttiva, la Corte ha avuto modo di affrontare nuovamente il tema del principio della continuità economica, questa volta però in chiave “innovativa”, ritenendolo applicabile, non più solamente al *public enforcement* – come fatto finora – ma anche al *private enforcement*. Con la citata sentenza del Caso Skanska Industrial Solutions, la Corte ha ribadito che

per quanto riguarda una situazione di ristrutturazione d'impresa, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, nella quale l'ente che ha commesso l'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione ha cessato di esistere, occorre ricordare che, qualora un ente che ha commesso tale infrazione sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anti-

¹³ Cfr. Sent. Caso ETI cit., punto 49.

¹⁴ Sent. Caso Parker Hannifin, Causa C-434/13 P, del 18 dicembre 2014, Sent. Caso Raiffeisen Zentralbank, Causa C-133/07P, del 24 settembre 2009, e Sent. Caso Prysmian, Causa T-475/14, del 12 luglio 2018.

concorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti¹⁵.

In applicazione di detto principio la Corte ha ritenuto che, nel caso in cui tutte le azioni delle società, che hanno partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, siano state acquisite da altre società, che abbiano sciolto queste prime società e ne abbiano continuato l'attività economica, le società acquirenti possono essere ritenute responsabili dei danni cagionati dall'intesa¹⁶. La *ratio* del principio di continuità economica risiede, dunque, nella necessità che le imprese non si sottraggano alle sanzioni, modificando la propria struttura, attraverso cessioni o ristrutturazioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa. Di conseguenza, per non pregiudicare l'efficacia delle norme *antitrust*, le società acquirenti potrebbero essere ritenute responsabili dei danni cagionati dall'intesa restrittiva della concorrenza precedentemente posta in essere.

Da quanto fin qui riportato, sembra pacifico che, sulla base dei precedenti della Corte, il principio di continuità economica debba trovare applicazione solo in casi eccezionali, e soltanto nella misura in cui vi fossero, tra impresa cedente e impresa cessionaria autrice della violazione, collegamenti strutturali, ovvero che le due società costituissero una sola ed identica entità economica, in quanto – per esempio – soggetti al potere decisionale esercitato direttamente da un medesimo soggetto. In sostanza, fino alla sentenza *Skanska Industrial*, la giurisprudenza della Corte ha applicato il principio di continuità economica ai

¹⁵ Cfr. Sent. Caso *Skanska Industrial Solutions*, cit., punto 38.

¹⁶ La Corte giunge a tale conclusione poiché “il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento del danno cagionato da un'intesa o ad una pratica vietata dall'art. 101 TFUE” garantisce la piena efficacia delle norme a tutela della concorrenza e il loro effetto utile.

Sulla duplice funzione delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*, si vedano le Conclusioni dell'AG. Wahl, nella causa *Skanska Industrial Solutions*, cit., presentate il 6 febbraio 2019, punto 31. In particolare, nella ricostruzione dell'AG., il *private enforcement* risponde, da una parte, ad una funzione compensativa e ristoratrice dei danni subiti e, dall'altra, ad una finalità deterrente a supporto del *public enforcement*. Infatti, la possibilità che soggetti privati intentino azioni risarcitorie dovrebbe avere l'effetto di scoraggiare le imprese dal partecipare ad intese restrittive della concorrenza.

solli casi di ristrutturazioni infragruppo. Con riferimento all'esistenza dei legami strutturali tra cedente e cessionario la Corte si è espressa con orientamenti non uniformi circa il momento in cui tali legami devono sussistere¹⁷. In un primo momento, con la sentenza ETI, la Corte ha ritenuto che i legami strutturali dovessero esistere “al momento del comportamento illecito”¹⁸. Successivamente, la Corte ha ritenuto che

la data rilevante per valutare, onde accertare l'esistenza di una situazione di continuità economica, se ricorra un trasferimento di attività all'interno di un gruppo oppure un trasferimento tra imprese indipendenti deve essere quella del trasferimento stesso¹⁹.

A prescindere dall'esatta individuazione del momento in cui i nessi strutturali tra cedente e cessionario devono essere intercorsi, alcun dubbio si può porre sulla necessità della loro esistenza, ai fini dell'imputabilità della responsabilità secondo il principio della continuità economica.

Tuttavia, anche il Tribunale dell'UE si è espresso sul principio di continuità economica. In particolare, nella sentenza del Caso Coveris²⁰, il Tribunale, pur non innovando particolarmente la giurisprudenza europea in materia, ha riaperto la questione circa le condizioni necessarie per l'applicazione del principio in esame.

3. *L'interpretazione del principio di continuità economica nel caso Coveris*

La controversia trae origine da un'intesa restrittiva della concorrenza, nell'ambito del mercato del polistirene, attiva fra il 2000 e il 2008. Nel frattempo, nel 2006, Coveris – che partecipò all'intesa nel biennio 2004-2005 – aveva ceduto gli *asset* interessati dall'infrazione alla so-

¹⁷ In argomento si veda: M. GIANNINO, *La successione delle imprese nel tempo e imputazione della responsabilità da illecito concorrenziale nel diritto comunitario*, in *Diritto.it*, 2009.

¹⁸ Vedi Sent. Caso ETI, cit. punto 50.

¹⁹ Sent. Caso Parker Hannifin, cit., punti 49 e 50.

²⁰ Sent. Caso Coveris, cit.

cietà portoghese ONO Packaging. La Commissione europea, aveva sanzionato per la violazione dell'art. 101 TFUE alcune imprese, fra cui la francese Coveris, e, però, aveva deciso di non irrogare alcuna sanzione ad ONO Packaging.

Coveris aveva, dunque, impugnato la decisione della Commissione europea al fine di chiederne l'annullamento, sulla scorta di un'errata applicazione del principio della responsabilità personale. In particolare, Coveris riteneva che avrebbe dovuto, invece, trovare applicazione il principio della continuità economica, secondo cui – nel caso in cui la società che ha commesso la violazione sia ancora esistente – non può essere escluso che la responsabilità della violazione e del pagamento della sanzione imposto dalla Commissione possa essere imputato alla società a cui sono trasferite le attività interessate dalla violazione²¹. La Commissione, al contrario, riteneva che nel caso in esame il principio della continuità economica non potesse trovare applicazione, in ragione dell'assenza di preesistenti nessi strutturali (così come descritti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia) tra la cedente Coveris e la cessionaria ONO Packaging. Di conseguenza, quest'ultima non poteva essere ritenuta responsabile dell'infrazione commessa da Coveris²².

In questo contesto, il Tribunale dell'UE, pur conformandosi ai principali orientamenti della Corte in materia di continuità economica, si è espressa con un *obiter dictum* affermando che

where there is a risk that the effective implementation of the EU competition rules might be being circumvented, an exception to the principle of personal liability could indeed, if closely circumscribed, be justified, including situations where assets are transferred between two in-

²¹ Cfr. Sent. ult. cit. punti 18 ss.

²² In particolare il Tribunale afferma che “the mere fact that the share capital of two separate commercial companies is held by the same ultimate holding company is insufficient, in itself, to establish that those two companies are an economic unit with the result that, under EU competition law, the actions of one company can be attributed to the other and that one can be held liable to pay a fine for the other” (cit. Sent. Caso Coveris cit., punto 32).

dependent undertakings and the legal entity responsible for the infringement has not ceased to exist in law or economically²³;

in questo modo, il principio di continuità economica potrebbe trovare applicazione anche ad una vera e propria cessione di *asset* fra imprese indipendenti, qualora esse agiscano in cattiva fede, ossia fra gli obiettivi del trasferimento vi sia, altresì, quello di evitare le sanzioni che derivano dalla violazione delle norme *antitrust*²⁴.

L'affermazione del Tribunale sembra discostarsi dall'orientamento consolidato della Corte di Giustizia, riprendendo, invece, l'opinione espressa dall'AG. Kokott nelle conclusioni del già citato Caso ETI²⁵. In quel caso l'AG. aveva ipotizzato, appunto, la possibilità che in un trasferimento di *asset* ad un terzo indipendente, l'eventuale responsabilità per violazione delle norme sulla concorrenza poteva essere imputata a quest'ultima solo se il trasferimento era stato posto in essere fraudolentemente, con intento elusivo delle sanzioni previste dall'ordinamento²⁶.

Con la citata posizione, il Tribunale ha superato i limiti che la Corte aveva rigorosamente posto all'applicazione del criterio della continuità economica, ed aperto la porta ad un nuovo orientamento, i cui impatti nella pratica potrebbero essere decisivi per la *compliance antitrust*.

4. Le conseguenze di un'applicazione "ampia" del principio di continuità economica sulla compliance antitrust

L'*obiter dictum* del Tribunale dell'UE, contenuto nella sentenza del Caso Coveris, nonostante si ponga in contrasto con il costante orientamento della Corte, non può che suscitare una serie di interrogativi nella prospettiva del legale interno, soprattutto per quanto attiene le dirette

²³ Cit. Sent. Caso Coveris cit., punto 50.

²⁴ Cfr. Sent. Caso Coveris cit., punto 51.

²⁵ Vedi nota n. 12.

²⁶ Cfr. Conclusioni AG. Kokott cit. punto 82. L'AG., peraltro, sottolinea che in assenza dell'elemento fraudolento, la cessione di *asset* deve essere considerata come una cessione ad un terzo indipendente a condizioni di mercato, rendendo di conseguenza inapplicabile il criterio della continuità economica.

ricadute sulla *compliance antitrust*. L'applicazione di tale interpretazione del principio di continuità economica potrebbe, infatti, influenzare fortemente le procedure di analisi, di *due diligence* e le decisioni di *business* in ambito c.d. *m&a*²⁷. Nell'attesa, dunque, di ulteriori sviluppi giurisprudenziali in materia, bisognerà tenere conto sin da ora della possibilità che quanto sostenuto dal Tribunale possa trovare applicazione in futuro.

In particolare, qualora un'impresa intenda acquisirne un'altra – resa responsabile di violazioni *antitrust*, e, quindi, assoggettata ad una procedura di *public o private enforcement* già in corso al momento della transazione – sarà opportuno che la funzione di *compliance antitrust* della parte acquirente verifichi se sussistano i presupposti di fatto che possano comportare l'applicazione del principio di continuità economica secondo una prospettiva più ampia, come sopra descritta.

Inoltre, alla luce della, più volte citata, decisione della Corte di Giustizia nel Caso Skanska Industrial Solutions, secondo cui il principio di continuità è applicabile anche alle azioni di risarcimento del danno *antitrust*, non si può escludere che la nuova e più ampia interpretazione del criterio di continuità economica, in caso di intenzione di eludere la responsabilità da illecito anticoncorrenziale, possa applicarsi anche al *private enforcement*²⁸.

In particolare, in sede di preparazione e negoziazione di un'operazione di *m&a*, sarà necessario verificare le intenzioni e le motivazioni che hanno condotto le parti ad effettuare una determinata transazione. Ciò significa che, in particolare, le funzioni di *compliance antitrust* saranno tenute a effettuare un'accurata *due diligence* durante le fasi pre-

²⁷ Sul tema dei rapporti tra principio di continuità economica nel *private enforcement* e *compliance antitrust* si veda: E. MARASÀ, E. FOCO, *ECJ Skanska Judgement: undertaking, economic continuity and interplay between public and private enforcement in EU competition law*, in <https://portolano.it/ennewsletter/portolano-cavallo-in-form-corporate/ecj-skanska-judgment-undertaking-economic-continuity-and-interplay-between-public-and-private-enforcement-in-eu-competition-law>, 2019.

²⁸ In effetti gli intenti elusivi delle conseguenze di una condotta in violazione della normativa antitrust potrebbero ricomprendere anche la volontà di sottrarsi al pagamento del risarcimento del danno.

acquisizione, che vada oltre le mere verifiche formali attinenti alla necessità di notificare o meno un'operazione di acquisizione.

Ovviamente, già prima del Caso Coveris, era ben noto che un'accurata *due diligence* antitrust costituisce uno strumento di primaria importanza in caso di acquisizioni, perché in grado di mettere in luce eventuali rischi di natura commerciale o legale che l'operazione potrebbe comportare, e che, oltre a permettere di stimare con maggior precisione il valore del *deal*, potrebbero avere impatti nel lungo periodo in termini di responsabilità civile derivante dalla commissione di un illecito *antitrust* da parte del cedente.

Da un punto di vista strettamente *antitrust*, la *due diligence*, invero, risulta funzionale alla valutazione di un eventuale rischio di *compliance* che la società *target* di un'operazione di *m&a* potrebbe presentare, e alla verifica del comportamento di mercato del soggetto indagato e del suo grado di sensibilità alle questioni concorrenziali.

È buona prassi, infatti, l'utilizzo di un'apposita *checklist*, una guida, cioè, nella valutazione dello specifico profilo di rischio del *target* dal punto di vista del diritto *antitrust*. Occorre, quindi, verificare in primo luogo l'esistenza di un programma di *compliance antitrust* adeguato, aggiornato e dotato nei necessari requisiti perché possa dirsi efficace nel prevenire la commissione di una violazione *antitrust*. Questo rientra nel più ampio concetto di cultura di *compliance* di un'impresa, che generalmente si estrinseca nell'atteggiamento dimostrato da tutti i livelli del personale verso tematiche *antitrust*, nell'esistenza di un programma di formazione e nella possibilità per i dipendenti di segnalare violazioni sospette.

In ogni caso, l'accertamento che deve essere eseguito in ambito concorrenziale non può prescindere, ed anzi, deve essere calibrato sullo specifico profilo di rischio proprio di ogni impresa e in base al settore in cui questa opera, considerando la natura dell'attività svolta, il contesto di mercato, come è articolata l'attività commerciale ecc. Bisogna poi considerare l'esistenza di eventuali procedure di *public enforcement* o contenziosi, passati e in corso, cui un'impresa sia stata soggetta. Proprio dall'esito di tali procedimenti, infatti, in caso di accertamento di illecito antitrust, potrebbe derivare il rischio di un'azione di *private enforcement* per il risarcimento del relativo danno.

In questo contesto già noto di necessaria *due diligence* in caso di operazioni di *m&a*, si inserisce quindi l'*obiter dictum* del Tribunale, il quale sembra richiedere alle strutture di *compliance antitrust* di prestare sempre maggiore attenzione persino alle intenzioni delle parti di una transazione. Intenzioni che, come si sa, nel diritto della concorrenza non sono “determinanti” ma possono, come in questo caso, essere tenute in considerazione nel più ampio contesto delle analisi concorrenziali. Insomma, dopo la decisione nel Caso Coveris, l'intenzione delle parti sarà centrale per stabilire la rischiosità di una operazione di acquisizione, sebbene fra imprese, a tutti gli effetti, indipendenti, in caso di cessioni che tentano di eludere la responsabilità da illecito *antitrust* e le sue conseguenze sul piano amministrativo e civilistico.

PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: LA PROSPETTIVA DEL MERCATO

LA NUOVA AZIONE DI CLASSE

Carlo Biasior

Direttore, Centro Ricerca Tutela Consumatori e Utenti, Trento

SOMMARIO: 1. *L'ambito di applicazione e l'oggetto dell'azione di classe disciplinata dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, art. 1.* 2. *Le fasi dell'azione di classe.* 3. *I tempi e le modalità per aderire all'azione di classe.* 4. *La pubblicità dell'azione di classe.* 5. *Le nuove leve dei compensi premiali.* 6. *La posizione del CNCU.*

1. L'ambito di applicazione e l'oggetto dell'azione di classe disciplinata dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, art. 1

La legge 12 aprile 2019, n. 31, all'art. 1, introduce nell'ordinamento italiano la terza¹ versione dell'azione di classe, collocandola nel codice di procedura civile, in un nuovo titolo, l'VIII bis del libro quarto del codice di procedura civile, agli articoli da 840 bis a 840 sexiesdecies e abrogando gli articoli 139, 140 e 140 bis del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

La nuova azione di classe non è più limitata alla sola tutela dei consumatori, essendo estesa a tutti i portatori di diritti individuali omogenei lesi da imprese e gestori di servizi pubblici.

¹ L'art. 140 bis è stato introdotto nel Codice del Consumo dall'art. 2, co. 445°-449° della legge 24.12.2007, n. 244 (c.d. legge finanziaria 2008) che ha istituito l'«azione collettiva risarcitoria»; successivamente l'art. 49, co. 1°, l. 99/2009 ha abrogato e sostituito la disciplina originaria con l'attuale, in vigore fino al 18 aprile 2020; la nuova disciplina, infatti, entrerà in vigore il 19 aprile 2020 per le violazioni successive a tale data.

L'azione, quindi, sarà sempre esperibile in relazione a «diritti individuali omogenei» (e non anche in relazione ad «interessi collettivi», come previsto nel vigente articolo 140 bis del Codice del Consumo) da ciascun componente della classe, anche mediante associazioni o comitati volti alla tutela dei suddetti diritti.

L'azione di classe, infatti, può essere promossa da ciascun componente della classe o esclusivamente dalle organizzazioni e dalle associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti individuali omogenei e siano iscritte nell'elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

Gli strumenti di tutela esercitabili con la nuova azione di classe sono rimasti invariati e prevedono la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Si ampliano, pertanto, in maniera significativa i presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione, con il vantaggio di rendere lo strumento maggiormente utilizzabile, considerato l'esiguo numero di azioni, soprattutto di quelle giunte a sentenza, che fino ad ora hanno cercato di tutelare la sola classe dei consumatori.

2. Le fasi dell'azione di classe

La nuova procedura si suddivide in tre fasi: la prima è il c.d. filtro di ammissibilità, la seconda quella che riguarda la raccolta delle adesioni «precoci» e la decisione sul merito e, la terza, l'ultima, è quella della liquidazione, che inizia con la sentenza di accoglimento dell'azione e si chiude una volta che tutti gli aderenti siano stati soddisfatti.

La domanda si propone con ricorso esclusivamente davanti al Tribunale delle Imprese competente per il luogo dove ha sede la parte resistente.

Il procedimento è regolato dal rito sommario di cognizione di cui agli articoli 702 bis e segg. c.p.c. ed è definito con sentenza.

Nella prima fase il Tribunale verifica i presupposti di ammissibilità dell'azione, dichiarandola inammissibile quando:

a) è manifestamente infondata;

- b) il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840 bis;
- c) il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;
- d) il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.

Il Tribunale decide sull'ammissibilità dell'azione con ordinanza, reclamabile davanti alla Corte di Appello.

Con l'ordinanza che ammette la classe il Tribunale fissa i termini per aderire e inizia l'attività nel merito, con particolari poteri istruttori, che possono sfociare nell'ordine di esibizione al resistente di prove rilevanti, pertinenti e proporzionate: l'ordine di esibizione, inoltre, è presidiato da sanzioni amministrative pecuniarie, quando il ricorrente si rifiuta senza giustificato motivo e il Giudice può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

La seconda fase si conclude con la pronuncia di una sentenza che avrà due capi, il primo di condanna dell'impresa convenuta nei confronti dell'attore individuale e, l'altro, di condanna generica nei confronti della classe².

La sentenza che decide l'azione, definirà i caratteri dei diritti omogenei e indicherà la documentazione utile da presentare assieme al modulo di adesione per provare la titolarità del diritto.

Da questo momento avrà inizio la terza fase, della liquidazione, affidata ad un rappresentante comune degli aderenti e al Giudice delegato, i quali, rispettivamente, avranno il compito di predisporre il «progetto dei diritti individuali omogenei» e approvarlo, dichiarando successivamente, con decreto motivato, la chiusura della procedura di adesione quando:

- a) le ripartizioni agli aderenti, effettuate dal rappresentante comune, raggiungono l'intero ammontare dei crediti dei medesimi aderenti;
- b) nel corso della procedura risulta che non è possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche tenuto conto dei costi che è necessario sostenere.

² C. CONSOLO, M. STELLA, *La nuova azione di classe non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 12/2018.

La terza fase della liquidazione mutua il modello della procedura fallimentare, spetterà, quindi, al rappresentante comune degli aderenti e al Giudice delegato, svolgere tutte le procedure necessarie per il soddisfacimento degli aderenti.

3. I tempi e le modalità per aderire all'azione di classe

Un'altra importante novità per i soggetti portatori di diritti individuali omogenei è la doppia possibilità temporale di aderire all'azione: una prima volta (post-ordinanza), a seguito della pronuncia di ammissibilità e, la seconda (post-sentenza), una volta pronunciata la sentenza che accoglie l'azione; in entrambi i casi, i termini per aderire vanno da un minimo di sessanta giorni ad un massimo di centocinquanta.

La domanda è presentata su un modulo conforme al modello approvato dal Ministro della giustizia, seguendo una procedura completamente informatizzata, con accesso dal portale dedicato. La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale e può essere presentata anche senza il ministero di un difensore.

È confermato che i soggetti portatori di diritti individuali omogenei che aderiscono all'azione non assumono la qualità di parte processuale, ma, a differenza del precedente regime normativo, ora il Tribunale può imporre loro un importo da versare a titolo di fondo spese, il cui mancato pagamento rende inefficace l'adesione; l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio.

La doppia porta temporale aperta per entrare a far parte di un'azione di classe rappresenta sicuramente un vantaggio sia per i promotori che per i portatori di diritti individuali omogenei, anche nel caso in cui gli aderenti «precoci» siano in numero esiguo e ciò possa potenzialmente compromettere la forza d'urto dell'azione in partenza.

4. La pubblicità dell'azione di classe

La pubblicità e l'accessibilità dell'azione di classe attraverso un portale dedicato saranno determinanti per il suo successo, così da permette-

re agli interessati di conoscere le azioni aperte, eventualmente aderire e gestire il fascicolo informatico.

Sino ad ora le forme di pubblicità previste per le azioni di classe sono state insufficienti: la pubblicazione sul sito del Ministero dello Sviluppo Economico delle ordinanze di ammissibilità e le forme imposte dal giudice per chiamare a raccolta gli aderenti, come ad esempio la pubblicazione sui giornali nazionali dell'avviso di adesione, non hanno avuto l'efficacia sperata. Si pensi che manca, ad esempio, un contatore ufficiale per conoscere il numero, la natura e le vicende delle azioni promosse³.

Il nuovo portale dedicato e la sua parte pubblica permetteranno ora di informare la moltitudine dei soggetti potenzialmente coinvolti, sia sull'esistenza dello strumento processuale, che, soprattutto, sulle fattispecie oggetto di causa.

Non solo, la pubblicità dell'azione potrà avere anche una valenza strategica per negoziare accordi transattivi, considerando che il ricorso introduttivo è previsto venga reso liberamente accessibile a tutti nell'area pubblica del portale, esponendo l'impresa o gli enti gestori di servizi pubblici a possibili variabili esogene in grado di condizionare le loro scelte difensive.

5. Le nuove leve dei compensi premiali

La nuova norma dedica un articolo specifico alle spese del procedimento, introducendo finalmente un'altra leva imprescindibile per il successo dell'azione di classe: i compensi premiali per il rappresentante comune degli aderenti e per il difensore del ricorrente, oltre a quello normalmente dovuto, e oltre al rimborso delle spese sostenute e documentate.

Pensare che lo strumento dell'azione di classe possa prendere piede senza la leva di un adeguato ritorno economico per gli studi legali che

³ L'unico dato ufficiale disponibile a riguardo è quello dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole Antitrust, secondo il quale solo una causa su due è stata ammessa al giudizio e solo una ogni sette riesce a ottenere un risarcimento, di poche centinaia di euro.

ne curano la procedura è scelta davvero naif: sino ad ora nulla del genere veniva imposto dalla legge e le adesioni, oltre che tramite le associazioni di consumatori promotrici, potevano avvenire gratuitamente direttamente in cancelleria del tribunale.

Ora si prevede un compenso definito dalla normativa stessa premiale, fissato in misura percentuale (dallo 0,5% al 9%) sull'importo complessivo del risarcimento del danno e delle restituzioni spettanti agli aderenti, in base al loro numero. Gli importi così determinati possono essere aumentati o diminuiti del 50% in base alla complessità della causa e l'efficienza nella sua gestione.

Il difensore, eventuale, dell'aderente ha diritto al normale compenso, determinato secondo i parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 13, co. 6, della l. 31.12.2012, n. 247.

6. La posizione del CNCU

Il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU), in occasione dell'adottanda nuova legge, ha espresso le proprie posizioni, avanzando richieste specifiche, senza che le stesse, purtroppo, venissero poi accolte.

Merita, in ogni caso, riportarle, soprattutto per la novità e l'efficacia di alcuni rilievi che avrebbero il vantaggio, o potranno averlo, nel caso di futuri emendamenti, di snellire e, quindi, dare efficienza ad uno strumento processuale sino ad ora poco funzionale.

In particolare, le associazioni di consumatori riunite e rappresentate nel CNCU hanno chiesto che:

- le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 del Codice del Consumo siano legittimate ex lege a far parte dell'elenco di cui all'art. 840 bis c.p.c.;
- il rappresentante comune degli aderenti deve poter coincidere con il ricorrente;
- per i consumatori privi di un indirizzo pec prevedere la possibilità di aderire a mezzo fax o pec del ricorrente;

- introdurre obblighi di disclosure a carico dell'impresa convenuta per individuare la classe (nomi e cognomi dei consumatori-clienti) ed effettuare comunicazioni personalizzate per promuovere l'azione e le adesioni;
- condanna immediata a favore degli aderenti iniziali con la sentenza che accoglie la domanda e prevede la liquidazione secondo equità;
- azione di classe semplificata e risarcimento diretto: se il convenuto può individuare tutti i danneggiati appartenenti alla classe e il danno subito sia di uguale misura o facilmente quantificabile.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)