



## SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

### *Piattaforme digitali: novità legislative e giurisprudenziali*

P23077 – 11/13 dicembre 2023

Responsabili del corso: Sara Lembo, Maria Rosaria Maugeri, Antonella Ciriello, Lorenza Calcagno

Esperti Formatori: Andrea Postiglione, Valeria Falce

**mercoledì, 13 dicembre 2023**

# **IL RUOLO DEL PRIVATE ENFORCEMENT NELL'ATTUAZIONE DEGLI OBIETTIVI REGOLAMENTARI: LE POSSIBILI MISURE CAUTELARI E LE C.D. INGIUNZIONI DINAMICHE**

Marina Tavassi,

già Presidente della Corte d'Appello di Milano e della Sezione Impresa di Milano,

of counsel Bonelli Errede

## TUTELA DELLA CONCORRENZA – FUNZIONI CONCORRENTI E DIFFERENTI DEL *PUBLIC* E DEL *PRIVATE ENFORCEMENT*

- *public enforcement - private enforcement*,  
svolgono funzioni complementari:
- *Public enforcement*: investigazione e deterrenza
- *Private enforcement*: risarcimento del danno,  
provvedimenti cautelari e problemi di carattere  
civilistico

# TUTELA DELLA CONCORRENZA

## 1° PILASTRO

### PUBLIC ENFORCEMENT

#### INTERVENTO PUBBLICO

(Commissione - AGCM –  
TAR del Lazio – Cons. di Stato)



SANZIONE



Può essere commisurata ai costi sociali o ai benefici derivati dai comportamenti illeciti attuati

## 2° PILASTRO

### PRIVATE ENFORCEMENT

#### INIZIATIVA PRIVATA

(Giudici ordinari – Sez. Spec. Impresa)



RISARCIMENTO  
DANNI



E' commisurato all'effettivo pregiudizio subito dalle vittime

# PRIVATE ENFORCEMENT

## STAND ALONE ACTIONS

Senza una decisione  
dell'AGCM

## FOLLOW ON ACTIONS

Dopo la decisione  
dell'AGCM

- AZIONI INDIVIDUALI
- AZIONI COLLETTIVE

## ACQUIRENTI DIRETTI

ACQUIRENTI DEI SOGGETTI  
AUTORI DI INTESE – PRATICHE  
CONCORDATE - O DI ABUSI DI  
POSIZIONE DOMINANTE

## ACQUIRENTI INDIRETTI

AVENTI CAUSA  
DALL'ACQUIRENTE DIRETTO  
CONSUMATORI FINALI

## **Pacchetto Modernizzazione – REGOLAMENTO N. 1/2003**

**del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora artt. 101-102 TFUE)**

### **➤ DECENTRAMENTO:**

- Non è necessario alcun ulteriore atto amministrativo per l'esenzione dal divieto di intese restrittive previsto dall'art. 81.3 (ora 101.3 TFUE)**
- Gli accordi che soddisfano determinate condizioni sono efficaci dal momento della loro stipula**
- La c.d. "eccezione legale" può e deve essere invocata da chiunque sia interessato**
- Eventuali dichiarazioni espresse in merito potranno essere rese solo in caso di contenziosi giudiziari o amministrativi**
- Revoca del beneficio dell'esenzione per categoria da parte dell'Autorità nazionale**

# COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

(GUCE, C 101, 27 aprile 2004)

- **Cooperazione all'interno della rete delle autorità garanti della concorrenza**
- **Cooperazione tra la Commissione e i tribunali degli Stati membri dell'UE nell'applicazione degli articoli 81 e 82 CE (ora artt. 101-102 TFUE)**
- **Gestione delle denunce da parte della Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 CE**
- **Orientamento informale relativo a nuove questioni riguardanti gli artt. 81-82 che si presentano in singoli casi (lettere orientative)**
- **Linee guida sulla nozione di incidenza sugli scambi tra gli Stati membri contenute negli artt. 81 e 82 CE**
- **Linee guida sull'applicazione dell'art. 81.3**
- **Regolamento N. 773/2004 del 7 aprile 2004 relativo allo svolgimento del procedimento da parte della Commissione ai sensi degli artt. 81-82 CE (GUCE, L 123, 27.04.2004, p.1824)**

# REGOLAMENTO n. 1/2003

- **passaggio da un modello d'applicazione accentrata ad uno di tipo decentrato del diritto europeo della concorrenza**

## PRIMA

- **art. 81 par. 1 e 2 e art. 82 (artt. 101-102 TFUE), applicazione da parte delle Autorità e dei Tribunali nazionali**
- **Esenzione riservata alla Commissione Eu (art. 81.3, art. 101.3 TFUE)**
- **Sospensione da parte delle Autorità e dei Tribunali nazionali in attesa della decisione delle Comm. Eu**
- **Sistema di esenzione - sistema di notifica**

## DOPO

- **Piena applicazione degli artt. 81 e 82 (artt. 101-102 TFUE) da parte dei giudici**
- **Sistema decentralizzato**
- **Sistema di applicazione diretta dell'esenzione**

# REGOLAMENTO n. 1/2003

## Effetto vincolante

Art. 16 del Regolamento n. 1 del 2003 - Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza

1. Quando **le giurisdizioni nazionali** si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato 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.** Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato.

2. Quando **le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri** si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, **non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione.**

## EFFETTI ATTESI

- **Coinvolgimento reale dei giudici e delle autorità nazionali**
- **Riduzione degli oneri della Commissione**
  - **che aveva così l'opportunità di concentrarsi sulle questioni istituzionali**
- **Ruolo di leadership svolto dalla Commissione per ottenere un'applicazione coerente del diritto europeo della concorrenza**
- **Superamento degli abusi del sistema di notifica delle concentrazioni**

# **Direttiva n. 104 del 26 novembre 2014 (recepita con D. Lgs n. 3/2017)**

## **AZIONI FOLLOW-ON – EFFETTO VINCOLANTE**

**Direttiva 104/2014 (art. 9) “la decisione [dell’AGN o dei giudici del ricorso] si considera statuita in modo inconfutabile ai fini di un’azione per risarcimento danni proposta dinanzi ai giudici nazionali ai sensi degli articoli 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza ”**

**Più che una “prova privilegiata” (Corte Suprema, sentenza n. 3640 del 2009), dopo la Direttiva ha forza vincolante**

**Solo per le decisioni dell’AGN dello stesso Stato**

**Nessun effetto vincolante della decisione AGN per i giudici di tutti gli altri Stati membri:  
solo prova “*prima facie*”.**

**Efficacia vincolante della decisione della AGN per i giudici dello stesso Stato: solo decisioni positive - non negative**

**solo quelli che applicano gli articoli 101 e 102 TFUE**

**non in relazione alla valutazione del danno o del nesso di causalità**

# **DIGITAL MARKETS ACT e DIGITAL SERVICES ACT**

## **Il Ruolo della Commissione Europea (I)**

- **La Commissione ha centralizzato ancora una volta il ruolo di controllore (salvo nel DSA → Coordinatore dei Servizi Digitali)**
- **Nel DMA non c'è spazio per le Autorità nazionali se non per un ruolo collaborativo nei confronti della Commissione**
- **Perché questa scelta?**
- **Perché indubbiamente il tema ha caratteristiche transfrontaliere inerenti alla peculiarità del sistema digitale**
- **Nel DSA devoluzione dei poteri della Commissione al CSD**

# DIGITAL MARKETS ACT e DIGITAL SERVICES ACT

## Il Ruolo della Commissione Europea (II)

### □ DMA

- Art. 24 misure provvisorie – atti di esecuzione
- Art. 25 possibilità di assumere impegni davanti alla Commissione
- Art. 29 ingiunzioni per i casi di inosservanza
- Art. 30 ammende
- Art. 37 cooperazione con le autorità nazionali
- Art. 38 cooperazione con le autorità garanti nazionali
- Art. 39 cooperazione con gli organi giudiziari nazionali

# Il Sistema scelto nel DSA (I)

- Art. 49 - Autorità competenti e coordinatori dei servizi digitali
- 1. Gli Stati membri designano una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del presente regolamento («autorità competenti»)....
- Art. 50 - Prescrizioni relative ai coordinatori dei servizi digitali
- Art. 51 - Poteri dei coordinatori dei servizi digitali
- a) ...
- b) il potere di effettuare, o di chiedere a **un'autorità giudiziaria nel loro Stato membro** di ordinare **ispezioni** in loco presso i locali utilizzati da tali fornitori o persone per fini connessi alla loro attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, o di chiedere ad altre autorità pubbliche di procedere in tal senso, al fine di **esaminare, sequestrare, prendere o ottenere copie di informazioni relative a una presunta violazione in qualsiasi forma, indipendentemente dal supporto di conservazione;**

# Il Sistema scelto nel DSA (II)

14

## ➤ Art. 51 - Poteri dei coordinatori dei servizi digitali

3. Ove necessario per lo svolgimento dei loro compiti ai sensi del presente regolamento, qualora siano stati esauriti tutti gli altri poteri previsti dal presente articolo per far cessare la violazione e a quest'ultima non sia stato posto rimedio o prosegua e causi un danno grave che non può essere evitato mediante l'esercizio di altri poteri previsti dal diritto dell'Unione o nazionale, i coordinatori dei servizi digitali dispongono anche, nei confronti dei fornitori di servizi intermediari che ricadono nella competenza del loro Stato membro, del potere di adottare le misure seguenti:

- a) imporre all'organo di gestione di tali fornitori, senza indebito ritardo, di esaminare la situazione, di adottare e presentare un piano di azione che definisca le misure necessarie per far cessare la violazione, di provvedere affinché il fornitore adotti tali misure e di riferire sulle misure adottate;
- b) se il coordinatore dei servizi digitali ritiene che un fornitore di servizi intermediari non si sia sufficientemente conformato agli obblighi di cui alla lettera a) e che **alla violazione non sia stato posto rimedio o prosegua e causi un danno grave e integri un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, chiedere all'autorità giudiziaria competente del suo Stato membro di ordinare la restrizione temporanea dell'accesso al servizio interessato dalla violazione da parte dei destinatari o, unicamente qualora ciò non sia tecnicamente fattibile, la restrizione dell'accesso all'interfaccia online del fornitore di servizi intermediari sulla quale ha luogo la violazione.**

# **DIGITAL MARKETS ACT e DIGITAL SERVICES ACT**

## **Il Ruolo dei Giudici**

- **non è previsto un ruolo diverso assegnato ai giudici nel DMA rispetto a quello assegnato dal Reg. n. 1 del 2003 e dalla Dir. 104 del 2014**
- **sono previste funzioni speciali nel DSA**
- **la nuova normativa rispecchia gli stessi limiti per il ruolo dei giudici introdotti dal Reg. n. 1/2003 per la vincolatività delle decisioni della Commissione e dalla Dir. 104/2014 per le decisioni della AGN**

## Rapporti con i Giudici - Principi generali

- Ritroviamo lo stesso principio sancito dall'art. 16 del Regolamento n. 1 del 2003 riguardante l'effetto vincolante per i giudici delle decisioni della Commissione già adottate o solo contemplate nelle indagini in corso della Commissione.
- Ritroviamo nei nuovi Reg. DMA e DSA i medesimi rapporti tra Commissione e Corti nazionali
- nel DMA ruolo della Commissione come *amicus curiae* nei confronti dei giudici e onere per i giudici di tenere informata la Commissione delle loro decisioni.
- Tali principi sono alla base anche della Direttiva 104/2014, sia pure con alcune differenze

## DIRETTIVA (UE) 2019/790 del 17 aprile 2019 (I)

17 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale,  
che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE - CDSM

**Art. 17, par. 9:** Ove i titolari dei diritti [d'autore] chiedano che sia disabilitato l'accesso a loro specifiche opere o altri materiali, o che tali opere o altri materiali siano rimossi, essi devono indicare debitamente i motivi della richiesta. I reclami presentati nell'ambito del meccanismo di cui al primo comma [gestito dalla piattaforma] sono trattati senza indebito ritardo e le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati sono soggette a verifica umana.

Gli Stati membri garantiscono altresì che **meccanismi di ricorso stragiudiziale** siano disponibili per la risoluzione delle controversie. Tali meccanismi consentono una risoluzione imparziale delle controversie e **non privano l'utente della protezione giuridica offerta dal diritto nazionale, fatto salvo il diritto degli utenti di avvalersi di mezzi di ricorso giurisdizionali efficaci. In particolare, gli Stati membri provvedono a che gli utenti abbiano accesso a un giudice o un'altra autorità giudiziaria competente per far valere l'applicazione di un'eccezione o di una limitazione al diritto d'autore e ai diritti connessi.**

## FUNZIONI CONCORRENTI E DIFFERENTI

Private enforcement, davanti al giudice ordinario, possono essere richieste tutte le misure previste per la tutela del diritto d'autore e nello specifico quelle di esecuzione degli obblighi di cui all'art. 17 Dir. 790/2019, anche in via cautelare

Public enforcement, affidato all'AgCom - Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - È prevista una **competenza amministrativa in materia di tutela del diritto d'autore online dell'AgCom**, ai sensi del Regolamento in materia di Tutela del Diritto d'autore sulle reti di Comunicazione Elettronica e Procedure Attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 Aprile 2003, N. 70 (come da ultimo modificato dalla Delibera n. 233/21/CONS). Il Regolamento è considerato una *best practice* a livello internazionale.

Strettamente collegata alla procedura di *notice and take down* nonché alla previsione di un obbligo di *stay down*, è altresì la definizione dell'ambito soggettivo dei *trusted flaggers* (segnalatori attendibili).

## **AZIONI FOLLOW-ON**

**IL GIUDICE PUÒ:**

**UTILIZZARE IL MATERIALE DI INDAGINE ACQUISITO DALL'AGN  
(art. 14.3 Legge n. 287/1990)**

**UTILIZZARE GLI ELEMENTI INFORMATIVI, utili all'accertamento  
dei cosiddetti “effetti distorsivi” delle violazioni (ai fini della  
valutazione del danno e del nesso causale)**

**QUALI MODALITÀ DI ACQUISIZIONE?**

**produzione spontanea delle parti**

**e/o richiesta del giudice ex art. 213 c.p.c.**

# **RUOLO DELLA COMMISSIONE COME *AMICUS CURIAE***

**Art. 39 DMA , Art. 82.2 DSA**

**Su richiesta dei giudici**

(Art. 15 Reg. 1/2003 e punti 21-26  
della Comunicazione sui rapporti  
Commissione / Giudici)



**Informazioni**

**Opinioni**

**Art. 39 DMA , Art. 82.2 DSA**

**Su iniziativa della  
Commissione**



**Osservazioni  
scritte**

**Osservazioni orali**  
(a seguito di  
autorizzazione del giudice)

# I Reg. DMA e DSA loro funzioni

- Entrambi i regolamenti hanno come obiettivo
  - la protezione degli utenti da pratiche sleali e,
  - al contempo, il sostegno all'innovazione nell'economia digitale.
- DMA relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale

Considerando 11: Gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza relative a comportamenti anticoncorrenziali unilaterali e multilaterali, come pure al controllo delle concentrazioni, si prefiggono quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il presente regolamento persegue un obiettivo complementare, ma diverso, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza, e tale obiettivo consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato *gatekeeper* contemplato dal presente regolamento. Il presente regolamento mira pertanto a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello protetto da tali norme e dovrebbe applicarsi senza pregiudicare l'applicazione di queste ultime.

## I Reg. DMA e DSA loro funzioni

Per i negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di *social network online* elencati nella decisione di designazione, i *gatekeeper* dovrebbero pubblicare e applicare condizioni generali di accesso eque, ragionevoli e non discriminatorie. Tali condizioni generali dovrebbero prevedere un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie a livello di Unione che sia facilmente accessibile, imparziale, indipendente e gratuito per l'utente commerciale, fatti salvi i costi propri dell'utente commerciale e misure proporzionate volte a prevenire l'abuso del meccanismo di risoluzione delle controversie da parte degli utenti commerciali. Il meccanismo di risoluzione delle controversie non dovrebbe pregiudicare il diritto degli utenti commerciali di presentare ricorso dinanzi alle autorità giudiziarie in conformità del diritto dell'Unione e del diritto nazionale. In particolare, i *gatekeeper* che forniscono l'accesso ai negozi di applicazioni software costituiscono un punto di accesso importante per gli utenti commerciali che tentano di raggiungere gli utenti finali. In considerazione dello squilibrio in termini di potere contrattuale tra tali *gatekeeper* e gli utenti commerciali dei loro negozi di applicazioni software, tali *gatekeeper* non dovrebbero essere autorizzati a imporre condizioni generali, comprese le condizioni tariffarie, inique o che determinerebbero una differenziazione ingiustificata

# Aspetti rilevanti per la quantificazione dei danni: Dir. 104/2014

- **Limiti temporali:** le misure nazionali di recepimento non si applicano retroattivamente e non si applicano alle azioni di risarcimento danni proposte davanti a un giudice nazionale prima del 26 dicembre 2014 (art. 22 della Direttiva 104).
- **Linee guida della Commissione del 13 giugno 2013,** Comunicazione sulla quantificazione del danno nelle azioni basate sulla violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e guida pratica (GUUE 2013/C 167/07 del 13.6.2013)
- **Linee guida della Commissione del 1° luglio 2019,** Comunicazione della Commissione, Linee guida per i tribunali nazionali su come stimare la quota di sovrapprezzo trasferita all'acquirente indiretto (*passing-on*)

## **Poteri dei giudici nazionali nei procedimenti di concorrenza e nelle azioni per violazioni dei Regolamenti DMA e DSA**

- **concedere il risarcimento dei danni**
- **decidere in merito a richieste di pagamento o obblighi contrattuali**
- **dichiarare la nullità ex art. 101.2 TFUE (art. 81.2 CE) e valutarne le conseguenze**
- **adottare misure cautelari provvisorie**
- **concedere protezione ai sensi del diritto europeo e del diritto nazionale**
- **condannare al pagamento delle spese legali e delle spese risarcibili**
- **invitare le parti alla conciliazione (tramite la mediazione delegata, art. 5 D.Lgs. n. 28/2010)**

## REQUISITI PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI

**Valutazione  
dell'*an debeat***

**Violazione  
Colpa/elemento soggettivo  
Esistenza del danno  
Nesso di causalità**

**Valutazione del  
*quantum debeat*  
Danni patrimoniali e  
non patrimoniali**

**perdita di profitti  
danni emergenti  
danni causati dalla perdita di  
opportunità (perdita di chance)  
danno all'immagine**

## **PASSING-ON, TRASFERIMENTO DEL SOVRAPPREZZO (Artt. 12-16 Dir. 104/2014; Artt. 10-13 D.Lgs. n. 3/2017)**

- Il risarcimento del danno effettivo non dovrebbe superare il sovrapprezzo subito (è fatto salvo il diritto della vittima di chiedere il risarcimento del mancato guadagno).
- Il diritto al risarcimento dei danni spetta anche agli acquirenti indiretti.
- L'effettivo trasferimento del sovrapprezzo si presuppone quando l'acquirente indiretto “ha acquistato beni o servizi contrari al diritto della concorrenza, ovvero ha acquistato beni o servizi derivanti dagli stessi o incorporanti gli stessi”.

## IL PUNTO PIÙ CRITICO IN RELAZIONE AL DANNO E ALLA SUA QUANTIFICAZIONE: L'ONERE DELLA PROVA

### ➤ **Direttiva 104/2014**

- **presunzione relativa circa l'esistenza del pregiudizio causato da un cartello (art. 17: "Si presume che le violazioni dei cartelli cagionano un danno. L'autore della violazione ha il diritto di confutare tale presunzione")**
  - **l'autore della violazione può ribaltare tale presunzione**
- ### ➤ **Il contenzioso in materia di concorrenza è caratterizzato da un'asimmetria informativa**
- **principio di prossimità della prova (l'onere della prova spetta a chi la possiede)**

# ***GRAZIE DELLA VOSTRA ATTENZIONE!***

