

ARBITRATO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Riassunto

Il rapporto tra il diritto della concorrenza ed il diritto dell'arbitrato e, quindi, la possibilità di impiegare lo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie in materia antitrust ha destato un interesse sempre maggiore tra gli studiosi e gli operatori del diritto.

Pertanto, stante la fondamentale importanza assunta dalla disciplina antitrust ed il sempre maggiore ricorso all'arbitrato per la risoluzione delle controversie in materia di diritto della concorrenza, nel presente studio si è proceduto ad esaminare la questione dell'arbitrabilità del diritto della concorrenza ed i diversi aspetti connessi a tale problematica.

Nel primo capitolo è stata affrontata la essenziale e dibattuta questione della arbitrabilità delle controversie antitrust. In tal senso, è stata ripercorsa la nascita ed evoluzione del diritto della concorrenza negli Stati Uniti d'America, dallo *Sherman Act* del 02.07.1890 al *Clayton Antitrust Act* del 05.06.1914, al *Robinson-Patman Act* del 1936 e quindi al *Hart-Scott-Rondino Act* del 1976, sino a richiamare le più importanti decisioni giurisprudenziali tra le quali la Sentenza 391 F.2d 821 del 1968, causa *America Safety Equipment Corp c. JP Maguire & Co.*, e la successiva e decisiva Sentenza 473 U.S. 614 del 1985 causa *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*. Quest'ultima ha avuto il merito di superare la storica avversione all'arbitrabilità delle questioni di diritto della concorrenza, tra l'altro, formulando la tesi del *second look*. Successivamente, la giurisprudenza statunitense ha esteso tali risultati anche alle questioni di diritto della concorrenza totalmente domestiche.

Si è, quindi, continuato dimostrando come le elaborazioni giurisprudenziali statunitensi siano state di fondamentale importanza per l'evoluzione della materia in ambito europeo. In particolare, si è dapprima considerata la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, ancora oggi, non ha adottato una statuizione espressa in materia di arbitrabilità delle controversie antitrust. Invero, si ritiene di poter affermare, unitamente alla maggioranza della dottrina, che l'arbitrabilità sia stata in realtà ammessa implicitamente dalla Corte quale precedente logico in alcune delle sue più importanti decisioni, quale ad esempio la Sentenza del 01.06.1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*. In tal senso, si è richiamata una recente decisione della Corte di Appello Svedese, causa n. T 4487-12 del 23.10.13, con la quale è stata espressamente riconosciuta l'arbitrabilità delle controversie afferenti gli effetti civili del diritto della concorrenza tra le parti.

Per quanto concerne la giurisprudenza italiana, si è richiamata la Sentenza della Corte di Appello di Milano del 13.09.02, causa Istituto Biochimico Italiano c. Madaus AG, confermata dalla successiva Corte di Appello di Milano del 15 luglio 2006, con la quale è stata espressamente ammessa l'arbitrabilità delle controversie antitrust. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che non devono essere confuse tra di loro le categorie dei diritti indisponibili, e quindi non arbitrabili, con quella delle norme imperative. In tal senso, le disposizioni in materia di diritto della concorrenza, pur essendo qualificabili come imperative perché afferenti l'ordine pubblico, non hanno ad oggetto diritti indisponibili, con la conseguenza che ben potranno essere oggetto di arbitrato. Tale generale ammissione di

arbitrabilità viene esclusa soltanto ove la pattuizione arbitrale sia chiaramente volta ad eludere il diritto della concorrenza, nel qual caso la pattuizione dovrebbe considerarsi del tutto nulla.

Nel secondo capitolo, ci si è chiesti se gli arbitri chiamati a decidere una determinata controversia debbano o meno rilevare anche d'ufficio l'esistenza di una questione afferente il diritto antitrust e, quindi, trattarla e deciderla. La risposta deve essere in senso affermativo. Invero, nonostante non sia possibile individuare uno specifico obbligo che imponga agli arbitri di sollevare tali questioni anche in assenza di una espressa volontà delle parti, è anche vero, però, che il tribunale arbitrale è tenuto nei confronti delle parti ad emanare un lodo che sia valido, efficace e suscettibile di riconoscimento ed esecuzione anche in Stati terzi. Tale obbligo è espressamente previsto dall'art. 41 del Regolamento arbitrale ICC. Orbene, è evidente che qualora gli arbitri omettano di sollevare una questione in materia di antitrust, si avrebbe il fondato rischio di vedere vittoriosamente esperita l'impugnazione del lodo per l'annullamento dello stesso ovvero l'opposizione al riconoscimento e/o esecuzione in uno Stato terzo per contrarietà all'ordine pubblico. Infatti, come riconosciuto dalla CGUE, con la nota Sentenza *Eco Swiss*, la disciplina antitrust è stata qualificata come rientrante nell'ordine pubblico. Ciò detto, ci si è chiesti come debbano procedere gli arbitri per la individuazione del diritto della concorrenza rilevante nel caso concreto. La risposta che si ritiene preferibile è nel senso per cui gli arbitri dovranno applicare la legge dello Stato, o eventualmente degli Stati, al cui interno il lodo troverà esecuzione e produrrà effetti sul regime della concorrenza nel mercato di riferimento. Gli arbitri, quindi, dovranno porre un esame concreto e pragmatico al fine di

determinare quale disciplina antitrust risulti essere effettivamente interessata al caso concreto, nella prospettiva della esecuzione del lodo e della produzione dei suoi effetti anticoncorrenziali, tenendo a mente che potranno essere rilevanti anche più normative antitrust di più Stati tutti egualmente interessati dagli effetti prodotti da un lodo.

In merito al ruolo da attribuire alla volontà delle parti nella determinazione della disciplina del diritto della concorrenza applicabile al caso concreto, si è detto che potranno verificarsi quattro ipotesi principali. La prima ove le parti abbiano indicato una determinata legge applicabile ed in tal caso gli arbitri dovranno comunque verificare che tale legge sia effettivamente rilevante per il caso oggetto di decisione. La seconda è per il caso in cui una delle parti abbia richiesto l'applicazione di una determinata legge antitrust ed in tal caso non vi è dubbio che gli arbitri dovranno verificare la rilevanza della legge così indicata. Altra ipotesi è quella in cui le parti nulla hanno detto in merito, per cui dovranno essere gli arbitri ad individuare la legge antitrust applicabile. In ultimo, le parti potrebbero avere espressamente escluso l'applicazione della normativa antitrust. In tal caso, gli arbitri si troverebbero nella difficoltà di dovere attendere alla volontà delle parti e, dall'altra parte, di dovere rendere un lodo valido ed efficace. Peraltro, nel caso in cui gli arbitri omettano volutamente di sollevare delle rilevanti questioni antitrust, gli stessi potrebbero essere tacciati di condotta illecita ed anticoncorrenziale, come statuito dal Tribunale di primo Grado dell'UE nella causa T-99/04 *Treuhand v. Commission*.

Nel terzo capitolo, si è esaminato il diverso aspetto del controllo successivo del lodo relativo a questioni antitrust ed esercitato da

parte del giudice nazionale in sede di impugnazione del lodo o di opposizione al riconoscimento e/o esecuzione del lodo straniero. In particolare, ci si è chiesti se tale controllo debba tradursi in un vero e proprio riesame della decisione, c.d. tesi massimalista, o se si debba limitare ad una verifica di logicità e congruità della stessa, c.d. tesi minimalista. La preferenza deve essere accordata a quest'ultima ipotesi. Infatti, la pretesa di volere verificare non solo se la questione antitrust sia stata considerata e decisa ma anche se ne sia stata data una corretta soluzione aprirebbe la strada ad un riesame del merito del lodo da parte delle singole corti nazionali in aperto contrasto con i principi generali disciplinanti l'istituto arbitrale. Peraltro, è noto come l'applicazione della normativa antitrust presenti una difficoltà elevata essendo necessarie particolari conoscenze tecniche e specialistiche. Inoltre, l'attività di analisi e delimitazione dei rilevanti mercati concorrenziali portano a risultati dotati comunque di un'ineliminabile grado di discrezionalità. Ne consegue che non vi è alcuna certezza di potere ottenere una decisione di maggiore coerenza o correttezza da parte del giudice nazionale generalista rispetto alle pronunzie poste dal tribunale arbitrale composto da esperti della materia e del settore economico interessato. E' evidente, inoltre, che, da una parte, l'Autorità pubblica di garanzia della concorrenza potrà agire sanzionando la condotta che dovesse risultare essere in violazione del diritto antitrust applicabile nel caso concreto mentre, dall'altra parte, i terzi che si ritenessero danneggiati dalla condotta anticoncorrenziale potranno ben adire le vie giudiziali per ottenerne il risarcimento dei danni.

In conformità alla c.d. tesi minimalista, sembra muoversi la giurisprudenza sia statunitense, si pensi alla decisione del caso

Mitsubishi, che europea, ad esempio con la fondamentale la sentenza della CGUE nel caso *Eco Swiss*. In particolare, con la decisione della Corte di Appello di Parigi nel caso *Thalès v. Euromissile*, si è avuto modo di specificare che non tutte le infrazioni della normativa antitrust risultano essere rilevanti per l'ordine pubblico ma soltanto quelle qualificabili quali “*flagrant, effectif et concret*”. Tale posizione ripresa dalle corti nazionali europee, tra le quali quelle italiane, tedesche, belga, greche, è stata da ultimo confermata dalla Corte di Appello svedese con la sentenza del 23.10.13, caso n. 4487-12, *Systembolaget Aktiebolag v. The Abosolut Company Aktiebolag*.

Ciò detto, si è avuto modo di precisare che le corti nazionali dovrebbero limitarsi alla lettura delle motivazioni del lodo al fine di verificare che le questioni antitrust siano state considerate e adeguatamente trattate. Qualora la motivazione sia assente o comunque carente, un controllo sui fatti di causa potrà essere ammesso soltanto qualora vi siano gravi e concordanti indizi tali da far sorgere il ragionevole sospetto dell'esistenza di una concreta, effettiva e seria violazione del diritto della concorrenza. L'onere della prova dell'esistenza di una tale violazione del diritto antitrust dovrà essere soddisfatto dalla parte che agisce con l'impugnazione del lodo o in opposizione al riconoscimento e/o esecuzione.

Nel quarto capitolo, si è cercato di ricostruire lo stato attuale dei rapporti tra arbitrato, Autorità pubbliche garanti della concorrenza aventi competenza nel caso concreto e CGUE. Innanzitutto, è stato dimostrato come a seguito del Reg. del Consiglio n. 1/2003, portante la disciplina di modernizzazione del diritto della concorrenza, la possibilità per gli arbitri di applicare

nella sua interezza l'art. 101 TFUE deve essere senza dubbio riconosciuta. Ne consegue che anche gli arbitri potranno concedere nel caso concreto le esenzioni di cui al paragrafo 3 dell'art. 101 TFUE. Diversamente, deve darsi conferma della non ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art 267 TFUE da parte degli arbitri i quali non sono considerati come organi giurisdizionali di uno degli stati membri come tradizionalmente statuito dalla CGUE nella decisione della causa Nordsee, C.102/81, del 1982 confermata, tra le altre, dalla decisione del 27 gennaio 2005, causa C-125/04. Invero, si è rilevato come in una recentissima ordinanza, del 13 febbraio 2014 nella causa C-555/13, la CGUE abbia fornito alcune precisazioni in merito agli elementi da considerarsi al fine di potere ritenere ricevibile un rinvio pregiudiziale posto da un tribunale arbitrale. In particolare, la CGUE richiede che il tribunale arbitrale sia istituito per legge, che abbia carattere permanente, che emetta decisioni vincolanti per le parti e la cui competenza non dipenda dall'accordo delle parti. La Corte precisa, ulteriormente, che la possibilità per le parti di variare la forma, composizione e le norme processuali del tribunale arbitrale e che questo sia sciolto successivamente all'emissione del lodo non preclude la qualificazione dello stesso come permanente qualora la sua istituzione trovi la fonte nella legge e la normativa nazionale definisca ed inquadri le norme processuali applicate. A fronte della predetta decisione, sembra legittimo, quindi, ritenere che la CGUE abbia voluto porre le basi per un processo di apertura ad una posizione meno intransigente in materia di rinvio pregiudiziale. Evoluzione da sempre auspicata dalle posizioni dottrinarie più condivisibili, ritenendo l'estensione del rinvio pregiudiziale anche in sede arbitrale quale

strumento necessario per assicurare l'esatta e uniforme applicazione del diritto europeo.

Ci si è posta, altresì, la domanda se il regime di cooperazione dettato dal Regolamento del Consiglio n. 1/2003 tra Commissione UE e giurisdizioni nazionali sia estensibile o meno anche ai tribunali arbitrali. La risposta deve essere negativa. Ciò in quanto tali meccanismi di cooperazione sono vincolanti in forza dell'obbligo di cooperazione ex art. 4, par. 3, del TUE il quale fa riferimento soltanto ai rapporti tra UE e Stati Membri. Deve essere rilevato, però, come l'attività e le decisioni rese dalla Commissione UE potranno comunque influenzare l'attività degli arbitri. In particolare, si è considerata una prima ipotesi consistente nella possibilità che la Commissione UE o l'Autorità pubblica garante nazionale intervengano nel processo arbitrale quale *amicus curiae*. Una tale situazione, sia che si traduca in un apporto di conoscenze e dati tecnici relativi ad un determinato mercato rilevante sia che si sostanzi nel rendere interpretazioni o pareri su determinati aspetti controversi della vicenda e delle norme antitrust applicabili, deve essere ritenuta un fattore positivo ai fini della pronuncia di un lodo valido ed efficace, in particolare, in prospettiva del suo riconoscimento ed esecuzione. E' vero, però, che un tale intervento, le cui risultanze non potranno essere mai vincolanti per gli arbitri così come lo stesso lodo non potrà vincolare le eventuali decisioni successive adottate dall'Autorità pubblica garante, sarà pacificamente legittimato soltanto ove le parti dell'arbitrato si siano accordati nel senso di ammetterlo. Diversamente, si deve escludere sia che l'Autorità garante possa presentare d'ufficio proprie osservazioni in un procedimento arbitrale, in analogia a quanto previsto presso le giurisdizioni

nazionali dall'art. 15 par. 3 del Reg. 1/2003, mentre gli arbitri, in assenza di un accordo tra le parti, in principio non potranno richiedere un contributo da parte dell'Autorità pubblica. Invero, ciò potrebbe essere ammesso soltanto se gli arbitri dovessero ritenere concreto e reale il rischio di pronunciare un lodo destinato ad essere annullato o non riconosciuto e/o eseguito per palese contrasto con la normativa antitrust. In tal caso, si ritiene preferibile ammettere un intervento dell'Autorità pubblica tramite produzione di memorie scritte su richiesta degli arbitri e sempre che tali scritti successivamente oggetto di esame e contraddittorio tra le parti dell'arbitrato. La seconda ipotesi considerata è quella relativa agli effetti di una decisione resa dall'Autorità pubblica garante ed avente ad oggetto i medesimi fatti e condotte dell'arbitrato. In tali casi, si deve ritenere che gli arbitri dovranno almeno considerare la decisione amministrativa in quanto adottata in applicazione delle medesima normativa antitrust. Peraltro, si è visto che qualora il provvedimento amministrativo destinato ad una delle parti sia divenuto definitivo, gli arbitri potranno considerare quanto accertato in quella sede come vincolante. Nello stesso modo, se il provvedimento dell'Autorità pubblica risulti vincolante per gli organi giurisdizionali dello Stato interessato, l'adozione di un lodo in contrasto con la precedente decisione dell'Autorità garante potrà fondatamente esporre il lodo all'annullamento od al rigetto del riconoscimento e/o dell'esecuzione da parte delle corti nazionali vincolate dal provvedimento amministrativo. In tal senso, da ultimo, la Sentenza della Corte di Appello svedese del 23.10.13, nel caso Systembolaget Aktiebolag, ha ritenuto che l'annullabilità del lodo possa essere ritenuta anche in ipotesi di

violazioni non gravi del diritto della concorrenza ma la cui condotta sia stata già sanzionata da una precedente decisione del giudice nazionale o dell'Autorità garante nazionale. Pertanto, si deve concludere escludendo un'analogia applicazione all'arbitrato della disciplina relativa alla cooperazione tra autorità pubbliche garanti ed organi giurisdizionali mentre gli arbitri dovranno attentamente considerare l'interpretazione ed attuazione data al diritto della concorrenza da parte delle Autorità pubbliche garanti e dall'autorità giudiziaria.

Nel quinto ed ultimo capitolo, si è esaminata la particolare ipotesi di arbitrato avente ad oggetto le controversie nascenti dalle violazioni degli impegni assunti da un'impresa in sede di autorizzazione alla concentrazione concessa dalla Commissione UE, ai sensi del Regolamento del Consiglio n. 139 del 20.01.04. Al fine di procedere ad un'esatta qualificazione della predetta ipotesi arbitrale, si è rilevata la necessità di mantenere ben distinti i piani di *public enforcement* e di *private enforcement* del diritto della concorrenza. Negando accoglimento alla tesi che vorrebbe tale meccanismo arbitrale quale strumento di controllo della Commissione UE, si è, quindi, ritenuto preferibile intendere l'arbitrato avente ad oggetto gli impegni assunti dall'impresa concentrata quale ordinario arbitrato commerciale avente due fondamentali peculiarità. La prima consistente nell'essere obbligatorio soltanto per una delle parti ovvero per l'impresa concentrata, la quale si troverà in una situazione di offerta unilaterale ad arbitrare le controversie relative agli impegni assunti. La seconda caratteristica è quella per cui i terzi beneficiari della previsione arbitrale sono individuati tra coloro che risultino rientrare in determinate categorie indicate nel provvedimento di

autorizzazione della Commissione. Questi terzi qualificati potranno, e non dovranno, scegliere di avvalersi della clausola compromissoria contenuta nella decisione di autorizzazione della concentrazione. Quanto sopra ha trovato conferma nel recente Lodo ICC del 17.02.12, causa Reti Televisive Italiane v. SKY Italia srl, il quale ha rappresentato la prima decisione arbitrale in materia di impegni assunti in sede di concentrazione. In tale occasione, il Collegio arbitrale ha avuto modo di affrontare tutte le questioni principali afferenti tale ipotesi di arbitrato. In particolare, il Collegio arbitrale ha condivisibilmente affermato che il ruolo degli arbitrati in tali contesti sia da considerarsi come autonomo e complementare a quello della Commissione UE ed alla quale, quindi, non si sovrappongono. Pertanto, viene confermato come tali arbitrati debbano qualificarsi quale forma di *private enforcement* del diritto della concorrenza nella risoluzione delle controversie insorte tra privati. Viene, altresì, chiarito che della clausola compromissoria contenuta negli impegni deve darsi un'interpretazione ampia tale da ricomprendere ogni violazione degli obblighi sostanziali previsti ed assunti con gli impegni stessi e che tale clausola arbitrale sarà, quindi, azionabile da ogni terzo qualificato il quale riterrà di essere stato danneggiato dalla condotta illecita dell'impresa concentrata. Peraltro, una medesima violazione degli impegni potrà legittimare sia l'azione del terzo che l'adozione di provvedimenti amministrativi da parte dell'Autorità pubblica garante. Si tratta, quindi, di un ordinario arbitrato vertente su controversie relative ad obbligazioni commerciali sorte tra parti private e caratterizzato, da una parte, dalla obbligatorietà unilateralmente posta in capo all'impresa concentrata e, dall'altra parte, dai destinatari consistenti in terzi

qualificati, quali beneficiari degli obblighi assunti dall'impresa concentrata, siano essi puntualmente individuati od appartenenti a determinate categorie previste nella decisione di autorizzazione della concentrazione. Ne consegue, quindi, che tali arbitrati saranno sottoposti alla ordinaria disciplina prevista per le decisioni in materia di antitrust ed ivi compreso il regime di controllo successivo del lodo in sede di impugnazione o riconoscimento e/o esecuzione nonché di determinazione della disciplina di merito applicabile. In definitiva, tale ipotesi di arbitrato è da qualificarsi come un ordinario arbitrato commerciale utilizzato quale valido ed efficace strumento attraverso cui garantire ed attuare il *private enforcement* degli impegni assunti in sede di autorizzazione delle concentrazioni.