Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 7 aprile 2022 [1]

Causa C-163/21

AD e a.
contro
PACCAR Inc,
DAF TRUCKS NV,
DAF Trucks Deutschland GmbH

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Juzgado de lo Mercantil n.°7 de Barcelona (Tribunale di commercio n.°7 di Barcellona, Spagna)]

«Rinvio pregiudiziale – Norme che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea – Accordi collusivi sulla fissazione dei prezzi e sull'aumento dei prezzi lordi degli autocarri nello Spazio economico europeo – Creazione ex novo delle prove rilevanti che consentono di quantificare l'artificioso aumento dei prezzi e i danni subiti»

I. Introduzione

1. La direttiva 2014/104/UE [2] mira ad armonizzare, in particolare, le norme in materia di divulgazione di prove nel contesto dell'applicazione, a livello privatistico («private enforcement»), delle regole di concorrenza dell'Unione europea. In tale contesto, la capacità delle parti nei procedimenti relativi ad azioni per il risarcimento del danno di esercitare i loro diritti in modo efficace può essere subordinata alla possibilità di accedere a prove rilevanti. Orbene, può darsi che tali prove non siano sempre in possesso della parte cui spetta l'onere della prova né prontamente accessibili alla stessa [3].

2. Può altresì verificarsi che neppure la controparte sia in possesso degli elementi di prova rilevanti per il fatto che siffatti elementi non fossero preesistenti. Per poter soddisfare una richiesta di divulgazione di elementi di prova del genere, tale parte dovrebbe crearli ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.

[1] Lingua originale: il francese.

[2] Direttiva 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 (GU 2014, L 349, pag. 1).

[3] V. punto 9 della comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'Unione europea (GU 2020, C 242, pag. 1).

3. Questo è il contesto in cui si inserisce il presente rinvio pregiudiziale, che offre alla Corte l'occasione di chiarire la questione se, alla luce della direttiva 2014/104, una delle parti del procedimento possa chiedere che venga ingiunto alla controparte di divulgare elementi di prova che quest'ultima debba creare ex novo.

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

4. L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché, nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno nell'Unione, su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto, alle condizioni precisate nel presente capo. Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali possano, su richiesta del convenuto, ingiungere all'attore o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti.

(...)»

B. Diritto spagnolo

5. La direttiva 2014/104 è stata trasposta nell'ordinamento spagnolo dal Real Decreto-ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (regio decreto legge 9/2017, recante trasposizione di direttive dell'Unione europea nei settori finanziario, commerciale e sanitario nonché sullo spostamento dei lavoratori), del 26 maggio 2017 (BOE n.°126, del 27 maggio 2017).

III. Fatti e procedimento nella causa principale

6. Il 19 luglio 2016, la Commissione europea ha adottato la decisione C(2016) 4673 final relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 [TFUE] e dell'articolo 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) (Caso AT.39824 – Autocarri) (GU 2017, C 108, pag. 6; in prosieguo: la «decisione del 19 luglio 2016»). Le convenute nella causa principale, le società PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV e DAF Trucks Deutschland GmbH, figuravano tra i destinatari di tale decisione.

7. Con tale decisione, la Commissione ha dichiarato l'esistenza di un'intesa alla quale hanno partecipato quindici costruttori internazionali di autocarri, per quanto riguarda due categorie di prodotti, e cioè gli autocarri di peso tra le 6 e le 16 tonnellate e quelli di peso superiore a 16 tonnellate, siano essi motrici o veicoli.

8. Senza che ciò sia precisato dal giudice del rinvio, risulta dalla decisione del 19 luglio 2016 che, relativamente alle convenute nella causa principale, l'infrazione all'articolo 101 TFUE è stata accertata per il periodo 17 gennaio 1997–18 gennaio 2011.

9. Il 25 marzo 2019, le attrici nella causa principale, che avevano acquistato autocarri che potevano rientrare nell'ambito di applicazione dell'infrazione oggetto della decisione del 19 luglio 2016, hanno chiesto, ai sensi dell'articolo 283 bis della Ley de Enjuiciamiento Civil (codice di procedura civile), l'accesso agli elementi di prova detenuti dalle convenute nella causa principale. Al riguardo, esse hanno fatto valere l'esigenza di ottenere taluni mezzi di prova al fine di quantificare l'artificioso aumento dei prezzi, in particolare per effettuare il confronto dei prezzi raccomandati prima, durante e dopo il periodo di durata dell'intesa. La loro domanda verte più precisamente sull'accesso, in primo luogo, all'elenco dei modelli fabbricati nel corso del periodo 1º gennaio 1990–30 giugno 2018, classificati per anno e secondo talune caratteristiche, in secondo luogo, al prezzo franco fabbrica (prezzi lordi) per ciascun modello incluso in tale elenco e, in terzo luogo, al «total delivery cost» per tali modelli.

10. Le convenute nella causa principale hanno contestato tale domanda facendo valere, in particolare, che taluni dei documenti richiesti implicavano un'elaborazione ad hoc.

11. Sentite in ordine all'opportunità di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale, le convenute nella causa principale hanno affermato che le richieste di divulgazione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 non possono essere estese alle prove non preesistenti. Di conseguenza, l'elaborazione di prove non potrebbe essere richiesta in forza di tale disposizione, alla luce del fatto che, conformemente ai principi di necessità, di proporzionalità e di minima onerosità, ciò potrebbe imporre un onere eccessivo alla parte convenuta, al di là di quello che può comportare la mera divulgazione di documenti. Le attrici nella causa principale, dal canto loro, sostengono un'interpretazione contraria di tale disposizione.

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

12. Di conseguenza, il Juzgado de lo Mercantil n.°7 de Barcelona (Tribunale di commercio n.°7 di Barcellona, Spagna), con decisione del 21 febbraio 2020, pervenuta alla Corte l'11 marzo 2021, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla valutazione della Corte la seguente questione:

«Se l'articolo 5, paragrafo 1, della [direttiva 2014/104] debba essere interpretato nel senso che la divulgazione di prove rilevanti si riferisce solo a documenti che rientrano nel controllo del convenuto o di un terzo o se, al contrario, l'articolo 5, paragrafo 1, includa altresì la possibilità di divulgare documenti che la parte cui è rivolta la richiesta di informazioni debba creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.»

13. Hanno presentato osservazioni scritte le parti nella causa principale, i governi spagnolo e olandese nonché la Commissione. Non è stata tenuta alcuna udienza.

V. Analisi

14. Con la sua unica questione pregiudiziale, il giudice del rinvio cerca di stabilire se l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 debba essere interpretato nel senso che la divulgazione di prove rilevanti si riferisce unicamente ai documenti preesistenti che rientrano nel controllo del convenuto o di un terzo o se, al contrario, tale disposizione includa altresì la possibile divulgazione di documenti che la parte cui è rivolta la richiesta di informazioni debba creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.

15. Prima di procedere all'esame di tale questione, occorre innanzitutto esaminare la ricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale e, successivamente, l'applicabilità della direttiva 2014/104 al procedimento principale.

A. Sulla ricevibilità

16. Le attrici nella causa principale ritengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale debba essere considerata irricevibile. Infatti, a loro parere, tale domanda riguarda la fattispecie ipotetica in cui l'autore dell'infrazione debba procedere all'elaborazione di documenti ex novo. Orbene, nel caso di specie, una tale elaborazione non sarebbe necessaria per soddisfare la richiesta di divulgazione di prove di cui trattasi nella causa principale.

17. Senza rimettere in discussione la ricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale, le convenute nella causa principale affermano che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2004/48/CE [4] permette di ordinare la divulgazione di prove che si trovino nella disponibilità della controparte. Esse ricordano che, secondo la Commissione, tale disposizione potrebbe obbligare una parte ad effettuare una ricerca degli elementi di prova in seno alla propria organizzazione, anche presso soggetti giuridici distinti che si trovino sotto il suo controllo [5]. Secondo le convenute nella causa principale, lo stesso vale per quanto riguarda la direttiva 2014/104. Tuttavia, esse fanno valere che, per soddisfare la loro richiesta presentata dinanzi al giudice del rinvio, esse dovrebbero non creare una prova documentale che non esiste ma creare informazioni ex novo.

18. Debbo rilevare, per quanto riguarda questi due argomenti, che effettivamente il giudice del rinvio si limita a dichiarare che la richiesta di divulgazione delle prove nel caso di specie verte su documenti che, così come sono stati richiesti, *possono* non essere preesistenti e rendere necessaria un'attività di elaborazione.

19. Tuttavia, occorre ricordare che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione beneficiano di una presunzione di rilevanza e che la Corte è, in linea di principio, tenuta a statuire.

20. Inoltre, nell'ambito di un procedimento di cui all'articolo 267 TFUE, poiché il giudice del rinvio è il solo competente ad accertare e valutare i fatti della controversia di cui è investito, la Corte deve, in linea di principio, limitare il proprio esame agli elementi di valutazione che il giudice del rinvio ha deciso di sottoporle e attenersi così alla situazione che tale giudice ritenga accertata, e non può essere vincolata dalle ipotesi formulate da una delle parti nel procedimento principale [6].

21. Ne consegue che la presente questione pregiudiziale è ricevibile.

[4] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45).

[5] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea [COM(2013) 404 final].

[6] V., in particolare, sentenza del 2 aprile 2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, punto 22).

B. Sull'applicabilità della direttiva 2014/104

22. La questione dell'applicabilità della direttiva 2014/104 nella causa principale non sembra sollevare dubbi per il giudice del rinvio e non forma oggetto di discussione tra le interessate nel procedimento dinanzi alla Corte. Esaminerò tuttavia tale questione nei limiti in cui, tenuto conto di talune ambiguità quanto alle circostanze della causa principale, esista un dubbio relativamente all'applicabilità di tale direttiva ratione materiae e ratione temporis in tale causa.

1. Sull'applicabilità della direttiva 2014/04 ratione materiae

a) Esposizione del problema

23. Il giudice del rinvio precisa che la richiesta di divulgazione di prove è stata presentata ai sensi dell'articolo 283 bis del codice di procedura civile, in seguito alla decisione del 19 luglio 2016.

24. Al riguardo, occorre che io rilevi che, secondo taluni commentatori, una richiesta di divulgazione di prove formulata ai sensi dell'articolo 283 bis del codice di procedura civile può essere presentata anche prima dell'avvio di un'azione nel merito [7]. In questo caso, la parte che ha formulato tale domanda deve intentare un'azione nel merito entro un termine di 20 giorni [8].

25. Non risulta chiaramente dal presente rinvio pregiudiziale che la domanda di divulgazione di prove di cui trattasi nella causa principale sia stata formulata nell'ambito di un procedimento nel quale dinanzi al giudice del rinvio fosse già stata intentata un'azione per il risarcimento del danno. Ne risulta soltanto che, a sostegno di tale richiesta, le attrici nella causa principale hanno fatto valere che ricorrevano tutte le condizioni necessarie per una valutazione ragionevole dell'esperibilità delle azioni di risarcimento che si intendeva esercitare («acciones de daños que se pretenden ejercitar»).

26. Senza considerare espressamente la questione se la richiesta di divulgazione di prove di cui trattasi nella causa principale sia stata formulata nell'ambito di un procedimento in cui dinanzi al giudice del rinvio fosse già stata intentata un'azione per il risarcimento del danno, le attrici nella causa principale asseriscono che il procedimento all'origine della presente domanda di pronuncia pregiudiziale è un procedimento di accesso alle fonti della prova.

27. Per contro, il governo spagnolo afferma che le attrici nella causa principale hanno intentato un'azione per il risarcimento del danno sul fondamento della decisione del 19 luglio 2016. In quest'ordine di idee, la Commissione specifica che, a suo parere, il giudice del rinvio si pone il problema dell'interpretazione da dare all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 nell'ambito di un'azione per il risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza. Quanto alle convenute nella causa principale, esse affermano, in maniera meno univoca, che la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta su iniziativa privatistica

[7] V. Marcos, F., «Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law», *Working Paper IE Law School*, 2018, AJ8-241-I, pag. 28. Sembra trattarsi, secondo questa disposizione di diritto spagnolo e questo autore, di un termine di 20 giorni che decorre dalla data in cui è stata accolta la domanda di divulgazione delle prove.

[8] Conformemente all'articolo 283 bis, lettera e), del codice di procedura civile, in caso di mancata proposizione di un'azione nel merito, il giudice nazionale condanna d'ufficio alle spese la parte che ha richiesto la divulgazione di prove e la dichiara responsabile dei danni da essa causati alla persona contro la quale sono state prese le misure.

nell'ambito di un procedimento giurisdizionale di applicazione del diritto della concorrenza che trova la sua origine nella decisione del 19 luglio 2016. Inoltre, esse fanno riferimento, nelle loro osservazioni scritte, all'azione risarcitoria delle attrici nella causa principale («la loro azione»).

28. Anche tenendo conto delle osservazioni scritte delle interessate, il contenuto del presente rinvio pregiudiziale non permette quindi di stabilire inequivocabilmente che la richiesta di divulgazione di prove di cui trattasi nella causa principale sia stata presentata non prima della proposizione di una domanda di risarcimento del danno ma assieme a tale domanda o posteriormente ad essa.

29. Orbene, l'articolo 1 della direttiva 2014/104, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», dispone, al paragrafo 2, che tale direttiva stabilisce, in particolare, l'applicazione delle regole di concorrenza «nelle azioni per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali». A questo proposito, l'articolo 22, paragrafo 2, della detta direttiva, che riguarda l'applicazione temporale delle disposizioni nazionali di trasposizione diverse da quelle che recepiscono le disposizioni sostanziali della stessa direttiva, fissa il loro ambito di applicazione ratione temporis facendo riferimento ad una data in cui dinanzi ad un giudice nazionale sia stata intentata un'azione per il risarcimento del danno [9].

30. A priori, l'ambito di applicazione della direttiva 2014/104 così definito non sembra ricomprendere le richieste di divulgazione di prove presentate prima della proposizione di un'azione per il risarcimento del danno. Taluni legislatori nazionali [10] nonché, in dottrina, taluni autori [11] sembrano interpretare tale direttiva in questo senso. Secondo tale interpretazione, gli Stati membri potrebbero tuttavia introdurre norme relative a siffatte richieste di divulgazione di prove. Infatti, l'articolo 5, paragrafo 8, della detta direttiva autorizza gli Stati membri a introdurre, fermi restando l'articolo 5, paragrafi 4 e 7, e l'articolo 6 di quest'ultima, norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove.

31. In considerazione dei dubbi esistenti quanto al se al giudice del rinvio sia già stata proposta una domanda di risarcimento del danno, debbo soffermarmi sulla fondatezza dell'interpretazione esposta al paragrafo precedente delle presenti conclusioni.

b) Valutazione

32. In talune versioni linguistiche [12], la formulazione dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104, la cui interpretazione è richiesta dal giudice del rinvio, è meno restrittiva e meno categorica di quella dell'articolo 1, paragrafo 2, di tale direttiva.

[9] Ai sensi di tale disposizione, «[g]li Stati membri assicurano che ogni misura nazionale adottata ai sensi dell'articolo 21, diversa da quelle di cui al paragrafo 1, non si applichi ad azioni per il risarcimento del danno per le quali il giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014».

[10] V. Malinauskaite, J., Cauffman, C., «The Transposition of the Antitrust Damages Directive in the Small Member States of the EU – A Comparative Perspective», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, n. 8, pag. 501.

[11] V. Kirst, P., «The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe», *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, n. 1, pag. 113, e Petr, M., «Czech Republic», Piszcz, A. (a cura di), *Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries, University of Warsaw Faculty of Management Press*, Warsaw, 2017, pag. 98. V., altresì, in questo senso, ma in maniera meno categorica, Rodger, B.J., Sousa Ferro, M., Marcos, F., «A Panacea for Competition Law Damages Actions in the EU? A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, n. 4, pagg. 488 e 489.

[12] In particolare le versioni nelle lingue inglese e francese, che specificano che gli Stati membri provvedono affinché sia possibile presentare una richiesta di divulgazione di prove nei «procedimenti *relativi* a un'azione per il risarcimento del danno nell'Unione», (il corsivo è mio), mentre la versione in lingua polacca, in particolare, fa riferimento al «procedimento di azione per il risarcimento del danno» («w postępowaniu o odszkodowanie»).

33. Allo stesso modo, la nozione di «prova» è definita, all'articolo 2, punto 13, della direttiva 2014/104, facendo riferimento, in talune versioni linguistiche [13], a tutti i mezzi di prova ammissibili «devant *la juridiction nationale saisie d'une action* (dinanzi al giudice nazionale investito di un'azione)» e, in altre versioni [14], a quelli ammissibili «dinanzi *al giudice nazionale adito*», senza precisare che tratti di un'azione per il risarcimento del danno (il corsivo è mio).

34. Cosa ancora più importante, la volontà del legislatore dell'Unione di non restringere l'ambito di applicazione dell'articolo 5 della direttiva 2014/104 alle richieste di divulgazione di prove presentate assieme ad un'azione per il risarcimento del danno o posteriormente alla proposizione di quest'ultima sembra riecheggiare l'articolo 5, paragrafo 3, e l'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva.

35. L'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2014/104 prevede, senza essere esaustivo, criteri applicabili nell'esame della proporzionalità di una richiesta di divulgazione di prove.

36. In quest'ottica, l'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/104, che riguarda la divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, rinvia all'articolo 5, paragrafo 3, di tale direttiva e precisa che nel valutare, ai sensi di quest'ultima disposizione, la proporzionalità di un ordine di divulgazione di informazioni, i giudici nazionali considerano altresì se la richiesta di divulgazione di informazioni sia presentata in relazione a un'azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale.

37. In quest'ordine di idee, il considerando 22 della direttiva 2014/104 precisa che, al fine di garantire la tutela effettiva del diritto al risarcimento, non è necessario che ogni documento relativo a procedimenti avviati in virtù degli articoli 101 o 102 TFUE sia divulgato ad un attore esclusivamente a motivo del fatto che egli «intende promuovere un'azione di risarcimento del danno», poiché è altamente improbabile che tale azione debba essere basata su tutte le prove contenute nel fascicolo relativo a tali procedimenti. Analogamente, il considerando 27 di tale direttiva fa riferimento all'«accesso [delle parti lese] alle pertinenti prove necessarie ad esperire le loro azioni per il risarcimento del danno».

38. Risulta dall'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/104, letto alla luce dei considerando 22 e 27 di quest'ultima, che talune prove riguardanti i procedimenti delle autorità garanti della concorrenza possono essere comunicate ad un attore, a seguito della sua richiesta di divulgazione di prove ai sensi dell'articolo 6 di tale direttiva, qualora egli intenda proporre una domanda di risarcimento del danno. Lo stesso dovrebbe valere per quanto riguarda l'articolo 5 della detta direttiva.

39. Infatti, il legislatore dell'Unione non può aver creato un regime nell'ambito del quale una persona che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza può presentare una richiesta di divulgazione di prove al di fuori di qualunque azione di merito se i documenti figurano nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, ma può presentare una siffatta richiesta unicamente nell'ambito di un'azione del genere se le prove non vi figurano. Inoltre, il fatto che sia un'autorità garante della concorrenza ad avviare un procedimento non giustificherebbe una distinzione del genere. Infatti, in tali due fattispecie, come risulta dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104, per poter chiedere la divulgazione di prove, un attore dev'essere in grado di corroborare la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno.

[13] In particolare la versione in lingua polacca («przed sądem krajowym, do którego wpłynęło powództwo»).

[14] In particolare la versione in lingua francese.

40. Aggiungo, per scrupolo di completezza, che se è vero che deve esistere, in tali due fattispecie, un nesso tra le prove la cui divulgazione viene richiesta e l'azione progettata dalla persona che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza, le prove richieste devono, innanzitutto, essere rilevanti.

41. Per contro, la direttiva 2014/104 non sembra stabilire il collegamento che deve, tecnicamente, esistere, sul piano procedurale, tra una richiesta di divulgazione di prove e un'azione per il risarcimento del danno (una richiesta di divulgazione di prove in quanto misura in un procedimento di merito, richiesta esaminata nell'ambito di un procedimento incidentale o anche nell'ambito di un procedimento separato).

42. La direttiva 2014/104 non determina neppure il momento in cui un giudice nazionale è investito di una domanda di risarcimento del danno.

43. Di conseguenza, anche supponendo che la direttiva 2014/104 riguardi solo le richieste di divulgazione di prove presentate nell'ambito di un'azione per il risarcimento del danno, si potrebbe ritenere che, qualora una domanda di risarcimento del danno debba essere proposta, a pena di sanzioni, entro un breve termine dalla presentazione di una richiesta di divulgazione di prove nell'ambito della quale sia stata suffragata l'esperibilità della domanda di risarcimento del danno o, eventualmente, entro un breve termine dall'accoglimento della domanda medesima, la richiesta di divulgazione di prove sia presentata nell'ambito di un'azione per il risarcimento del danno e/o introduca condizionatamente una siffatta azione.

c) Discussione su un'interpretazione contraria e argomenti per il suo rigetto

44. Un'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2014/104 contraria a quella esposta al paragrafo 38 delle presenti conclusioni potrebbe, a priori, essere accolta.

45. Infatti, si potrebbe sostenere che la direttiva 2014/104 non si applica, in linea di principio, alle richieste di divulgazione di prove presentate prima della proposizione di un'azione nel merito. Secondo tale interpretazione, l'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva riguarderebbe solo i casi in cui il legislatore nazionale ha deciso di introdurre, conformemente all'articolo 5, paragrafo 8, della detta direttiva, norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove e, più precisamente, che permettano di chiedere la divulgazione di prove prima della proposizione di un'azione nel merito. Poiché la facoltà di introdurre norme del genere può essere esercitata dagli Stati membri fermo restando l'articolo 6 della stessa direttiva, uno Stato membro non sarebbe in grado di autorizzare la richiesta di divulgazione di prove ex ante, che può sfuggire all'esame della loro proporzionalità, in quanto tale esame permette di tutelare l'interesse dell'applicazione delle norme sulla concorrenza da parte dei pubblici poteri.

46. Tuttavia, in primo luogo, l'analisi dei lavori preparatori della direttiva 2014/104 non permette di sostenere un'interpretazione del genere.

47. Nella proposta di direttiva, facendo riferimento ai risultati delle consultazioni, la Commissione ha affermato che «è con soddisfazione che le parti che si sono espresse hanno accolto il fatto che il risarcimento sia costituito come principio guida e che la Commissione abbia, di conseguenza, scelto di non proporre prassi analoghe a quelle vigenti negli Stati Uniti, come […] la comunicazione di numerosi documenti prima dello svolgimento del processo

(«pre-trial discovery»)» [15]. Non ne consegue che una divulgazione di prove, sotto controllo di un giudice nazionale, non possa avvenire prima della proposizione dell'azione nel merito, qualora l'attore sia in grado di suffragare la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno.

48. Cosa ancora più importante, secondo i lavori preparatori, la sentenza Pfleiderer [16] ha determinato una notevole incertezza quanto alle categorie di documenti divulgabili, incertezza alla quale la direttiva 2014/104 ha cercato di porre rimedio [17]. La domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa in cui è stata emanata tale sentenza trovava origine in un procedimento avente ad oggetto una richiesta di pieno accesso al fascicolo di un'autorità nazionale garante della concorrenza presentata al fine di preparare un'azione per il risarcimento del danno. Sembra che la volontà di rimediare a tale incertezza abbia contribuito al fatto che tale direttiva menziona la facoltà di chiedere la divulgazione di prove quando una domanda di risarcimento del danno è progettata non nel contesto dell'articolo 5 della detta direttiva, intitolato «Divulgazione di prove», ma unicamente in quello dell'articolo 6 di quest'ultima, intitolato «Divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza» [18].

49. In secondo luogo, il collegamento esistente tra l'articolo 5 e l'articolo 6 della direttiva 2014/104 non permette di ritenere che l'ambito di applicazione di questa seconda disposizione sia più ampio di quello della prima. Infatti, da un lato, l'articolo 6 di tale direttiva si applica, «ai fini delle azioni per il risarcimento del danno», «oltre all'articolo 5» di quest'ultima [19]. Dall'altro lato, l'esame della proporzionalità della richiesta di divulgazione delle prove da parte dei giudici nazionali è condotto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, della detta direttiva. Orbene, mentre, nel contesto dell'articolo 6 della stessa direttiva, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione la questione se la richiesta sia formulata in relazione a un'azione per il risarcimento del danno («i giudici nazionali considerano altresì […]»), tale questione può, se del caso, essere presa in considerazione anche qualora l'esame della proporzionalità venga operato nel contesto isolato dell'articolo 5 della direttiva 2014/104. Il fatto che il legislatore si sia espressamente riferito a tale questione all'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva indica la sua volontà di rafforzare il collegamento che deve esistere tra una richiesta di divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e un'azione per il risarcimento del danno.

[15] V., altresì, documento di lavoro dei servizi della Commissione riguardante le azioni per il risarcimento del danno per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione (Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules [SEC(2008) 404 definitivo], al quale fa riferimento il libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie. Al punto 95 di tale documento di lavoro, la Commissione ha dichiarato di non proporre chiaramente un sistema di divulgazione preliminare al processo troppo ampio, che potrebbe non adattarsi facilmente alla tradizione giuridica e ai principi della procedura civile degli Stati membri e potrebbe entrare in conflitto con i principi di ordine pubblico di taluni Stati membri.

[16] Sentenza del 14 giugno 2011 (C-360/09, EU:C:2011:389).

[17] V. Commission Staff Working, Document – Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council 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 [SWD(2013) 203 final], disponibile solo in lingua inglese. [Documento di lavoro della Commissione – Relazione di valutazione di impatto ambientale, azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza dell'UE che accompagna la proposta di direttiva 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-Trad. libera].

[18] In tale ottica, il considerando 22 della direttiva 2014/104, che verte sulla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, riguarda la situazione in cui un attore «intende promuovere un'azione». La formulazione di tale considerando, fatta valere al paragrafo 37 delle presenti conclusioni per corroborare l'interpretazione qui sostenuta, è chiaramente ispirata dalla sentenza del 6 giugno 2013, Donau Chemie e a. (C-536/11, EU:C:2013:366, punto 33), che, a sua volta, fa riferimento alla sentenza del 14 giugno 2011, Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389).

[19] V. articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2014/104.

50. In terzo luogo, la divulgazione di prove prima dell'avvio di un'azione nel merito può talora essere necessaria per poter attuare tale azione. Tale facoltà contribuisce all'effetto utile degli articoli 101 e 102 TFUE. In tale ottica, considerare che anche una richiesta di divulgazione di prove preliminare ad una domanda di risarcimento del danno rientra, a talune condizioni, nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/104 permette di limitare le differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali degli Stati membri e di armonizzare le norme rilevanti per l'effettiva applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione [20].

51. Tenuto conto delle considerazioni esposte ai paragrafi da 38 a 43 delle presenti conclusioni, occorre ritenere che, quanto meno in talune fattispecie [21], una richiesta di divulgazione di prove presentata, tecnicamente, prima della proposizione di una domanda di risarcimento del danno possa rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/104.

2. Sull'applicabilità della direttiva 2014/104 ratione temporis

52. La richiesta di divulgazione di prove di cui trattasi nella causa principale è stata presentata dalle attrici nella causa principale il 25 marzo 2019, dopo la data di trasposizione della direttiva 2014/104, fissata al 27 dicembre 2016, sulla base delle disposizioni nazionali di trasposizione di tale direttiva nell'ordinamento spagnolo.

53. Inoltre, come ho menzionato al paragrafo 8 delle presenti conclusioni, risulta dalla decisione del 19 luglio 2016 che, per quanto riguarda le convenute nella causa principale, l'infrazione è stata accertata per il periodo 17 gennaio 1997–18 gennaio 2011, che precede la data di trasposizione della direttiva 2014/104.

54. Di conseguenza, la risposta alla questione se la direttiva 2014/104 si applichi ratione temporis può essere rinvenuta nell'articolo 22 di tale direttiva.

55. Infatti, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva 2014/104, le disposizioni nazionali che recepiscono le disposizioni sostanziali di tale direttiva non devono essere applicate retroattivamente. Fermo restando ciò, tale regola non si applica alle disposizioni nazionali che recepiscono le «altre» disposizioni della detta direttiva. Per quanto riguarda queste ultime disposizioni di trasposizione, gli Stati membri assicurano unicamente, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, della stessa direttiva, che esse non si applicano alle azioni per il risarcimento del danno per le quali un giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014. Di conseguenza, le dette disposizioni devono essere applicate in un procedimento per il quale un giudice nazionale sia stato adito dopo la data di trasposizione della direttiva 2014/104. Tale logica di applicabilità delle disposizioni non sostanziali di tale direttiva è tipica, ai sensi delle leggi

[20] V., in questo contesto, considerando 7, terza e quarta frase, della direttiva 2014/104, ai sensi del quale «[le] differenze causano incertezza riguardo alle condizioni a cui i soggetti danneggiati possono esercitare il diritto al risarcimento conferito loro dal TFUE e compromettono l'effettivo esercizio di tale diritto. Poiché i soggetti danneggiati spesso scelgono lo Stato membro in cui sono stabiliti quale foro in cui presentare la domanda di risarcimento del danno, le discrepanze fra le norme nazionali portano a condizioni disomogenee per quanto riguarda le azioni per il risarcimento del danno e possono pertanto incidere sulla concorrenza nei mercati in cui operano tali soggetti danneggiati così come le imprese autrici della violazione». V., altresì, in questo senso, considerando 8 e 9 di tale direttiva.

[21] In particolare qualora esista un collegamento tra una richiesta di divulgazione di prove e una domanda di risarcimento del danno come quella considerata nel diritto spagnolo, che si traduce in particolare in un obbligo di intentare, a pena di sanzioni, un'azione per il risarcimento del danno entro un termine di 20 giorni dalla presentazione di una richiesta di divulgazione di prove. V. nota a piè di pagina 8 delle presenti conclusioni.

nazionali, per le disposizioni procedurali. Ne deduco che il riferimento a una «misura nazionale (...) diversa da[lla misura sostanziale]», ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, della detta direttiva, riguarda una disposizione procedurale.

56. Il giudice del rinvio afferma che la domanda di pronuncia pregiudiziale è diretta a comprendere il sistema di divulgazione di prove disciplinato agli articoli da 5 a 8 della direttiva 2014/104 e attuato nell'ordinamento giuridico spagnolo all'articolo 283 bis del codice di procedura civile, «di natura processuale». Tuttavia, ai fini dell'articolo 22 di tale direttiva e alla luce del carattere autonomo delle nozioni utilizzate in tale disposizione, una qualificazione definitiva della natura delle disposizioni che possono rientrare nell'ambito di applicazione della detta direttiva dev'essere operata dalla Corte.

57. Anche se si può sostenere che le disposizioni della direttiva 2014/104 relative alla divulgazione di prove conferiscono taluni diritti agli attori economici coinvolti nell'applicazione delle norme sulla concorrenza dell'Unione, tali diritti possono tuttavia essere esercitati solo nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un giudice nazionale e si tratta, in sostanza, delle misure procedurali che consentono a tale giudice di accertare i fatti di cui si avvalgono le parti del procedimento. Lo stesso vale per quanto riguarda, quanto meno in talune fattispecie, una richiesta di divulgazione di prove presentata, tecnicamente, prima della proposizione di una domanda di risarcimento del danno [22].

58. Di conseguenza, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 è applicabile, ratione temporis, al procedimento principale.

C. Nel merito

1. Posizioni del giudice del rinvio e degli interessati

59. Il giudice del rinvio specifica gli argomenti a favore dell'interpretazione secondo la quale l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 riguarda solo le prove preesistenti e gli argomenti contrari a tale interpretazione.

60. Da un lato, per quanto riguarda l'interpretazione secondo cui l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 riguarda unicamente le prove preesistenti, esso sostiene, in primo luogo, che essa è corroborata dalla formulazione letterale di tale disposizione e dai chiarimenti contenuti al considerando 14 di tale direttiva. Infatti, tale disposizione e tale considerando riguardano le prove in possesso del convenuto o di un terzo.

61. In secondo luogo, il giudice del rinvio fa valere che l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2014/104 fa riferimento alla divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti sulla base dei dati di fatto ragionevolmente disponibili. Il considerando 16 di tale direttiva precisa che una categoria di prove dovrebbe essere individuata attraverso il riferimento, in particolare, al periodo durante il quale i documenti richiesti sono stati redatti.

[22] Vero è che in dottrina taluni autori considerano che una richiesta di divulgazione di prove preliminare ad una domanda di risarcimento del danno non è di natura procedurale, in quanto essa conferisce un diritto di richiedere la divulgazione di prove nell'ambito di un procedimento isolato. V., in particolare, Kirst, P., «The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe», *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, n. 1, pagg. 113 e 114. Tuttavia, tale orientamento, contrariamente a quello da me proposto ai paragrafi da 38 a 43 delle presenti conclusioni, parte dalla premessa secondo la quale una richiesta di divulgazione di prove presentata anteriormente ad una domanda di risarcimento del danno non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/104.

62. In terzo luogo, esso rileva che la direttiva 2014/104 fa riferimento non alla divulgazione di «informazioni» ma alla divulgazione di «prove».

63. In quest'ottica, il governo olandese fa riferimento a vari considerando della direttiva 2014/104[23] e alla proposta di direttiva[24] per far valere che tale direttiva riguarda unicamente la divulgazione di prove esistenti o in possesso di una delle parti del procedimento o di terzi.

64. Le convenute nella causa principale sono a favore di tale interpretazione per le stesse ragioni fatte valere dal giudice del rinvio. Esse aggiungono che l'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva 2014/104 permette agli Stati membri di introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove. Secondo le convenute nella causa principale, il legislatore spagnolo non ha utilizzato tale facoltà per autorizzare le richieste di divulgazione di prove inesistenti.

65. Dall'altro lato, gli argomenti del giudice del rinvio a favore dell'interpretazione secondo la quale l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 riguarda anche le prove create ex novo sono ricavati dall'interpretazione teleologica e dall'interpretazione sistematica di tale disposizione. In primo luogo, secondo tale giudice, una restrizione al sistema di divulgazione delle prove potrebbe compromettere il diritto al pieno risarcimento e il principio di effettività. In secondo luogo, la disciplina contenuta in tale direttiva in materia di spese e costi della divulgazione, in quanto elemento del principio di proporzionalità ai fini dell'esame di una richiesta di divulgazione di prove, potrebbe comportare che la parte richiesta debba compiere un lavoro di creazione di un documento nuovo.

66. Le convenute nella causa principale, il governo spagnolo e la Commissione sostengono, in particolare per le ragioni specificate dal giudice del rinvio, tale interpretazione.

2. Sull'interpretazione testuale

67. In sostanza, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 dispone, alla prima frase, che una persona che si pretenda lesa da una violazione delle norme sulla concorrenza può chiedere la divulgazione di prove rilevanti in possesso del convenuto o di terzi. Tale disposizione prevede, alla seconda frase, che un convenuto deve poter chiedere che venga ingiunta all'attore o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti, senza precisare che debba trattarsi di prove in loro possesso.

68. La lettura dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 può far ritenere che le richieste formulate dagli attori, di cui alla prima frase di tale disposizione, riguardino solo le prove preesistenti. Infatti, sul piano letterale, a differenza delle richieste dei convenuti, considerate alla seconda frase, quelle formulate dagli attori sembrano dover riguardare le prove detenute da un'altra persona.

[23] Facendo riferimento, analogamente al giudice del rinvio, al considerando 14 della direttiva 2014/104, ai sensi del quale «gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore», il governo olandese aggiunge che, conformemente al considerando 28 di tale direttiva, i giudici nazionali dovrebbero poter ordinare in qualsiasi momento, nel contesto di un'azione per il risarcimento del danno, la divulgazione delle prove «che esistono» indipendentemente dal procedimento avviato da un'autorità garante della concorrenza. Inoltre, tale governo fa riferimento al considerando 39 della detta direttiva, secondo il quale l'onere della prova non dovrebbe avere effetti sulla possibilità che l'autore della violazione utilizzi prove diverse «da quelle in suo possesso, come le prove già acquisite nel procedimento o le prove in possesso di altre parti o di terzi».

[24] Il governo olandese fa riferimento al progetto della direttiva 2014/104, nel quale la Commissione ha affermato che «solo un giudice può ingiungere la divulgazione di elementi di prova in possesso della controparte o di un terzo, divulgazione la cui necessità, portata e proporzionalità sono soggette ad un controllo giurisdizionale rigoroso e attivo».

69. Tale interpretazione è tuttavia rimessa in discussione dai considerando 15 e 39 della direttiva 2014/104 e, contrariamente a quanto sostiene il governo olandese, non è affatto suffragata dai considerando 14 e 28 di tale direttiva.

70. Infatti, in primo luogo, da un lato, il considerando 15 della direttiva 2014/104 non opera alcuna distinzione, riguardo al possesso delle prove, tra le richieste formulate da un attore e quelle formulate da un convenuto («agli attori [è garantito] il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi [e] i convenuti [devono] poter chiedere la divulgazione di prove da parte degli attori»). Dall'altro lato, ai sensi del considerando 39 di tale direttiva, l'autore della violazione dovrebbe avere la possibilità di utilizzare le prove «in possesso» di altre parti o di terzi.

71. In secondo luogo, il considerando 39 della direttiva 2014/104 non è esaustivo nei limiti in cui fa riferimento alle «prove diverse da quelle in [possesso dell'autore della violazione], *come* le prove già acquisite nel procedimento o le prove in possesso di altre parti o di terzi» [25]. In ogni caso, il riferimento alle prove in possesso della controparte o di terzi sembra derivare non dalla volontà di limitare le prove la cui divulgazione può essere richiesta ma da quella di sovrapporre le prove in possesso dell'autore della violazione e quelle in possesso di altre persone.

72. In terzo luogo, certamente, il considerando 14 della direttiva 2014/104 precisa, nel contesto delle prove necessarie per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno, che le prove non sono sempre ma «spesso» detenute esclusivamente dalla controparte o da terzi. Nella fattispecie, si tratta di un'esemplificazione poi utilizzata per esporre il problema a cui la direttiva 2014/104 cerca di porre rimedio. Infatti, risulta dal considerando 14 che rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento. In ogni caso, tale considerando sembra piuttosto deporre a favore di una risposta in senso affermativo alla presente questione pregiudiziale.

73. In quarto luogo, il considerando 28 della direttiva 2014/104, che riguarda l'articolo 6, paragrafo 9, di quest'ultima, utilizza i termini «prove che esistono indipendentemente dal procedimento avviato dall'autorità garante della concorrenza» per riferirsi alle prove diverse da quelle di cui all'articolo 6, paragrafi 5 e 6, di tale direttiva. Si tratta pertanto di qualsiasi prova la cui divulgazione non sia automaticamente vietata dalla detta direttiva, in forza di tali disposizioni, a causa dell'interesse all'applicazione del diritto della concorrenza da parte dei pubblici poteri [26].

74. Per poter fornire una risposta alla presente questione pregiudiziale, non basta quindi esaminare, in maniera isolata, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 e i considerando di quest'ultima che riguardano la problematica oggetto di tale disposizione.

75. La direttiva 2014/104 contiene varie definizioni che devono essere utilizzate per determinare il senso delle sue disposizioni e, in particolare, quello del suo articolo 5, paragrafo 1, che riguarda la divulgazione di prove rilevanti.

[25] Il corsivo è mio.

[26] Per la stessa ragione, la definizione della nozione di «informazioni preesistenti», figurante all'articolo 2, punto 17, della direttiva 2014/104, non contiene indizi utili per fornire una risposta alla presente questione pregiudiziale, se non quelli relativi all'uso intercambiabile delle nozioni di «informazioni» e di «prova». V. paragrafo 78 delle presenti conclusioni.

76. La rilevanza delle prove sembra tradursi con l'esistenza di un collegamento tra la prova richiesta e la domanda di risarcimento del danno [27], mentre la nozione di «prova», la cui interpretazione è essenziale per la risposta da dare alla presente questione pregiudiziale, è definita all'articolo 2, punto 13, della direttiva 2014/104.

77. Secondo tale definizione, la nozione di «prova» si riferisce a «tutti i tipi di mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate». A priori, tale definizione sembra quindi utilizzare, in maniera intercambiabile, le tre nozioni di «prova», di «mezzi di prova» e di «oggetto contenente informazioni».

78. Inoltre, la definizione della nozione di «informazioni preesistenti», contenuta all'articolo 2, punto 17, della direttiva 2014/104, aggiunge a tali tre nozioni intercambiabili quella di «informazioni». Infatti, tale nozione è definita come corrispondente alle «prove» esistenti indipendentemente dal procedimento di un'autorità garante della concorrenza.

79. Neppure le nozioni impiegate nella direttiva 2014/104 e le loro definizioni, utilizzate nel contesto di tale direttiva in maniera intercambiabile e poco coerente, permettono quindi di fornire una risposta univoca alla presente questione pregiudiziale. Tuttavia, tenuto conto del fatto che la direttiva 2014/104 sembra impiegare le nozioni di «prova» e di «informazioni» in maniera intercambiabile, l'interpretazione testuale di tale direttiva non osta, in linea di principio, a che l'articolo 5, paragrafo 1, di quest'ultima, nei limiti in cui tale disposizione riguarda la divulgazione di «prove rilevanti che rientrino nel controllo [del convenuto o di un terzo]», sia interpretato nel senso che la detta direttiva permette ai giudici nazionali di ingiungere la divulgazione di documenti che la parte a cui è rivolta la richiesta di informazioni debba creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso. In ogni caso, ai fini dell'interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione, occorre tener conto non soltanto della formulazione di quest'ultima, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte.

3. Sull'interpretazione sistematica

80. L'articolo 6 della direttiva 2014/104, intitolato «Divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza», precisa, al paragrafo 4, che i giudici nazionali emettono ordini di divulgazione di informazioni nel decidere sulle richieste presentate dalle parti [28].

81. Inoltre, conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2014/104, è possibile ordinare, in forza di una tale ingiunzione, la divulgazione di rilevanti categorie di prove.

[27] V. considerando 15, seconda frase, della direttiva 2014/104, secondo cui «[p]oiché il contenzioso in materia di diritto della concorrenza è caratterizzato da un'asimmetria informativa, è opportuno garantire agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove *rilevanti per la loro richiesta*, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi» (il corsivo è mio).

[28] Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/104, «nel valutare, a norma dell'articolo 5, paragrafo 3, la proporzionalità *di un ordine di divulgazione di informazioni*, i giudici nazionali considerano altresì (...) se la parte stia richiedendo la divulgazione in relazione a un'azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale» (il corsivo è mio). Inoltre, l'articolo 5, paragrafo 7, della direttiva 2014/104 precisa, quanto meno nella versione in lingua francese, che «les États membres veillent à ce que les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée aient la possibilité d'être entendues avant qu'une juridiction nationale *n'ordonne la production d'informations* en application de cette disposition» (il corsivo è mio). [Gli Stati membri provvedono affinché coloro ai quali è chiesta la divulgazione abbiano la possibilità di essere sentiti prima che il giudice nazionale ordini la divulgazione a norma del presente articolo]. Tale disposizione conferma quindi che le nozioni di «prova» e di «informazioni» vengono utilizzate in maniera intercambiabile nell'ambito della direttiva 2014/104. Ciò che importa ancor di più, essa conferma altresì che i giudici nazionali che decidono sulla richiesta di divulgazione di prove ordinano la divulgazione di informazioni.

82. Vero è che, come osserva il giudice del rinvio [29], il considerando 16 della direttiva 2014/104 precisa che una siffatta rilevante categorie di prove dovrebbe essere individuata attraverso il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi e cita, al riguardo, «il periodo durante il quale [i documenti la cui divulgazione viene richiesta] sono stati redatti». Tale considerando contiene vari riferimenti che, se del caso, possono rivelarsi utili per individuare una categoria di prove rilevanti, senza tuttavia essere esaustivo. Inoltre, esso fa riferimento anche all'oggetto o al contenuto degli elementi costitutivi di una categoria di prove rilevante. Per conformarsi ad un'ingiunzione vertente su una categoria di prove così individuata, la persona a cui tale ingiunzione è rivolta deve, in linea di principio, procedere ad una ricerca incentrata sull'informazione richiesta.

83. Seguendo questa logica, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/104, nell'esame della proporzionalità delle richieste di divulgazione di prove, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione, in particolare, la «portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento». Ne risulta che il legislatore dell'Unione ha tenuto conto del fatto che, per potersi conformare ad un'ingiunzione di divulgare informazioni, può essere talora necessario svolgere compiti eccedenti la mera comunicazione degli elementi contenenti informazioni.

84. Si pone pertanto la questione se compiti del genere possano consistere in un'aggregazione o in una classificazione delle informazioni, delle conoscenze o dei dati. Tenuto conto del fatto che l'interpretazione testuale della direttiva 2014/104, in particolare a causa delle differenze esistenti tra le versioni linguistiche di quest'ultima [30], non permette di fornire una risposta a tale questione, nonché del fatto che l'interpretazione sistematica fornisce solo un indizio a favore di una risposta affermativa a tale questione, dobbiamo passare ora all'interpretazione teleologica di tale direttiva.

4. Sull'interpretazione teleologica

85. Come fanno valere le attrici nella causa principale, l'interpretazione teleologica della direttiva 2014/104, che prende in considerazione la finalità di quest'ultima, deve condurre alla conclusione che è necessario applicare in maniera efficace le norme sulla concorrenza e, a tal fine, fornire alle parti lese strumenti efficaci per riequilibrare l'asimmetria informativa. Infatti, tale direttiva fa riferimento, a più riprese, ai suoi due obiettivi: l'efficacia dell'applicazione di tali norme a livello privatistico [31] e il fatto di porre rimedio a tale asimmetria [32].

86. Pronunciandosi a favore dell'orientamento sostenuto dalle attrici nella causa principale, il governo spagnolo e la Commissione asseriscono che l'accesso alle informazioni utili e autentiche va nel senso della necessità di garantire l'effetto utile degli articoli 101 e 102 TFUE e del diritto a un pieno risarcimento, riaffermato all'articolo 3 della direttiva 2014/104.

[29] V. paragrafo 61 delle presenti conclusioni.

[30] V. nota a piè di pagina 28 delle presenti conclusioni.

[31] V., innanzitutto, articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2014/104, ai sensi del quale tale direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere il pieno risarcimento di tale danno.

[32] V. considerando 15, 46 e 47 della direttiva 2014/104.

87. Inoltre, tali parti fanno valere che, come si afferma al considerando 4 della direttiva 2014/104, la necessità di disporre di mezzi di ricorso procedurali efficaci deriva anche dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, previsto all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TFUE e all'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

88. Per contro, il governo olandese sostiene che il fatto di obbligare una delle parti del procedimento o un terzo, sul fondamento dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104, a divulgare prove ex novo perturberebbe l'equilibrio tra l'interesse dell'attore ad ottenere le informazioni rilevanti e l'interesse della persona che divulga le informazioni.

89. Tuttavia, nei limiti in cui essa riguarda la divulgazione delle prove, la direttiva 2014/104 contiene un meccanismo di ponderazione degli interessi in gioco, sotto il rigoroso controllo dei giudici nazionali, soprattutto per quanto riguarda la rilevanza delle prove richieste [33] e la necessità e proporzionalità delle misure relative alla loro divulgazione [34]. A tal fine, l'articolo 5 di tale direttiva enuncia criteri relativi all'esercizio di tale controllo. Nel fare ciò, i giudici nazionali hanno l'obbligo di tener conto anche degli interessi legittimi [35] e dei diritti fondamentali delle parti e dei terzi [36].

90. Cosa ancora più importante dal punto di vista dell'interpretazione teleologica: il fatto di escludere a priori la facoltà di chiedere la divulgazione di documenti che la parte alla quale la richiesta di informazioni è rivolta dovrebbe creare ex novo condurrebbe, in taluni casi, a creare ostacoli insormontabili per l'applicazione delle norme sulla concorrenza dell'Unione a livello privatistico. È quindi più conforme allo spirito dell'obiettivo della direttiva 2014/104, che mira a porre rimedio all'asimmetria informativa, riconoscere tale facoltà e circoscrivere le sue applicazioni pratiche attraverso l'esame delle richieste di produzione di prove, attribuendo nel contempo il ruolo centrale ai giudici nazionali.

91. Ciò che più conta, nella fattispecie, le stesse convenute nella causa principale ammettono che possa essere loro richiesto di fornire dati sufficientemente precisi disponibili nei loro sistemi, nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità, e con un'adeguata protezione della riservatezza delle informazioni. Una volta divulgate tali informazioni, le attrici nella causa principale potrebbero trattarle nella maniera da esse ritenuta adeguata per fondare la loro domanda.

92. Tuttavia, è possibile che la comunicazione di numerosi documenti, contraria ai requisiti di rilevanza, proporzionalità e necessità, porti ad un'ostruzione processuale e, in realtà, non ponga rimedio all'asimmetria informativa che caratterizza l'applicazione delle norme sulla concorrenza a livello privatistico. Come fanno valere le attrici nella causa principale, vedersi fornire documenti grezzi, eventualmente molto numerosi, corrispondenti solo imperfettamente alla richiesta e aggregati secondo modalità che solo il loro autore conosce, potrebbe privare de facto l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 del suo effetto pratico. In una situazione del genere, può rendersi necessario nominare un perito per effettuare il lavoro che l'autore dei documenti avrebbe potuto fare direttamente con minore sforzo e con minori spese.

[33] V. paragrafo 76 delle presenti conclusioni.

[34] V. considerando 16 della direttiva 2014/104.

[35] Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, seconda frase, della direttiva 2014/104, nel determinare se una divulgazione richiesta da una parte è proporzionata, i giudici nazionali prendono in considerazione gli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati.

[36] V., in questo senso, articolo 5, paragrafo 7, della direttiva 2014/104, ai sensi del quale gli Stati membri provvedono affinché coloro ai quali è chiesta la divulgazione di prove abbiano la possibilità di essere sentiti prima che il giudice nazionale ordini la divulgazione di informazioni in applicazione di tale articolo. V., altresì, considerando 53 di tale direttiva.

93. Di conseguenza, l'interpretazione teleologica della direttiva 2014/104 depone a favore di una risposta in senso affermativo alla presente questione pregiudiziale.

5. Conclusione provvisoria

94. Alla luce dell'argomentazione sopra esposta, tenuto conto dei risultati insoddisfacenti dell'interpretazione testuale e prendendo in considerazione le conclusioni univoche derivanti dall'interpretazione sistematica e dall'interpretazione teleologica, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 dev'essere interpretato nel senso che la divulgazione di «prove rilevanti», ai sensi della prima frase di tale disposizione, riguarda anche i documenti che la parte alla quale la richiesta di informazioni è rivolta può dover creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso. I giudici nazionali debbono, in ogni caso, limitare la divulgazione di prove a quanto è rilevante, proporzionato e necessario, tenendo conto degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali di tale parte.

95. In tale contesto [37], i giudici nazionali possono prendere in considerazione, a mo' d'esempio, il periodo per il quale la divulgazione di prove è richiesta [38] nonché l'esistenza di alternative consistenti in un'aggregazione o in una classificazione delle informazioni fornite dalla parte considerata dall'ingiunzione di divulgazione di informazioni a cura di un perito o della parte che ha richiesto la loro divulgazione [39].

96. Tale interpretazione non è rimessa in discussione dai residui argomenti presentati dalle convenute nella causa principale e dal governo olandese.

6. Sull'argomento relativo ai poteri della Commissione

97. Le convenute nella causa principale asseriscono che, nell'ambito dell'applicazione del diritto della concorrenza da parte dei pubblici poteri, la Commissione può unicamente chiedere ai soggetti coinvolti in un'indagine di fornire i relativi documenti di cui siano in possesso [40]. Esse fanno riferimento, al riguardo, alla giurisprudenza della Corte nonché alle conclusioni nella causa Heidelberg Cement/Commissione, nelle quali l'avvocato generale Wahl avrebbe ritenuto che la nozione di «informazioni» non possa essere estesa al punto di imporre alle imprese di svolgere compiti propri della costituzione di un dossier [41].

[37] A questo proposito, senza formulare una questione vertente sull'esame della proporzionalità, il giudice del rinvio rileva che, nel caso in cui la Corte si pronunciasse a favore di un'interpretazione estensiva dell'articolo 5 della direttiva 2014/104, la risposta che verrà data alla sua questione pregiudiziale sarà altresì rilevante per quanto riguarda tale esame, dato che essa potrà fornire un'indicazione quanto alla portata della proporzionalità. Mi limito quindi a fornire esempi che, tenuto conto delle circostanze della causa principale, possono rivelarsi utili per il giudice del rinvio.

[38] Nella fattispecie, è stato accertato dalla Commissione che l'intesa che costituisce il fatto generatore del preteso danno è durata 14 anni per quanto riguarda le convenute nella causa principale (dal 17 gennaio 1997 al 18 gennaio 2011), mentre le attrici nella causa principale chiedono un elenco di prezzi vertente su un periodo di 28 anni (dal 1º gennaio 1990 al 30 giugno 2018).

[39] V. paragrafo 92 delle presenti conclusioni.

[40] V. sentenza del 29 giugno 2006, Commissione/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, punto 41). V., altresì, sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, punto 61).

[41] Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nellla causa Heidelberg Cement/Commissione (C-247/14 P, EU:C:2015:694, paragrafo 106).

98. Sono sensibile a tale argomento, con il quale le convenute nella causa principale sembrano sostenere che, per quanto riguarda la divulgazione di prove, i diritti di una persona che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza non possono, in linea di principio, essere più estesi dei poteri di cui dispone la Commissione nell'applicazione del diritto della concorrenza ad iniziativa di tale istituzione.

99. Tuttavia, in primo luogo, si deve rilevare che tali poteri della Commissione comportano ampi poteri di indagine [42] e che le imprese sottoposte ad un'indagine sono tenute ad un obbligo di cooperazione attiva con tale istituzione.

100. In secondo luogo, la giurisprudenza alla quale fanno riferimento le convenute nella causa principale riguardava un problema giuridico diverso da quello sollevato dal presente rinvio pregiudiziale. Infatti, essa riguardava la questione se la Commissione possa chiedere la divulgazione di documenti in possesso di un'impresa oggetto di un'indagine anche se questi ultimi possono servire ad accertare, nei confronti di tale impresa, l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale. La Corte ha risposto in senso affermativo a tale questione. Certo, tale risposta è subordinata alla condizione che la Commissione non possa esigere risposte con le quali un'impresa sia portata ad ammettere l'esistenza dell'infrazione. Tuttavia, non se ne può dedurre che, a contrario, non sia in nessun caso possibile chiedere la divulgazione di documenti mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.

101. In terzo luogo, per quanto riguarda le conclusioni dell'avvocato generale Wahl alle quali le convenute nella causa principale fanno riferimento, neppure da esse risulta che la Commissione non possa, in alcun caso, chiedere la divulgazione di siffatti documenti. Infatti, il problema giuridico esaminato dall'avvocato generale riguardava la questione se la Commissione abbia il diritto di esigere dalle imprese la presentazione delle informazioni secondo istruzioni specifiche e vincolanti. Nella causa in cui tali conclusioni sono state presentate, si trattava di un contesto specifico che, per l'avvocato generale, si traduceva in un'«esternalizzazione» della costituzione di un dossier, presso l'impresa oggetto dell'indagine [43]. Orbene, persino in tale contesto, l'avvocato generale non ha escluso che la Commissione possa esigere informazioni che tale impresa dovesse formalizzare [44].

102. Di conseguenza, l'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/104 secondo la quale tale disposizione riguarda anche le prove create ex novo non può essere circoscritta da un'argomentazione fondata sulla tesi secondo la quale i poteri della Commissione sono più ristretti.

7. Sull'argomento relativo al regime sanzionatorio

103. Il governo olandese deduce dal fatto che l'articolo 8 paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/104 prevede una sanzione per la distruzione di prove che solo le prove preesistenti possono costituire prove rilevanti, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva.

[42] V. articoli da 17 a 21 del regolamento (CE) n°1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101 e 102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1).

[43] V. conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Heidelberg Cement/Commissione (C-247/14 P, EU:C:2015:694, paragrafo 122).

[44] V. conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Heidelberg Cement/Commissione (C-247/14 P, EU:C:2015:694, paragrafo 117).

104. Non sono persuaso da tale argomento. Anche se, infatti, non è possibile distruggere una prova che non esiste, è tuttavia possibile rifiutare di divulgare una prova del genere e, se del caso, non ottemperare ad un'ingiunzione di divulgazione di prove proveniente da un giudice nazionale, situazione prevista all'articolo 8, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/104. Non si può pertanto sostenere che tale direttiva non prevede sanzioni relative alle prove che debbono essere create ex novo e dedurne che tali prove non rientrano nella previsione dell'articolo 5, paragrafo 1, di quest'ultima.

105. Fatte salve le osservazioni integrative che precedono, relative agli argomenti esposti dalle convenute nella causa principale e dal governo olandese, mantengo la tesi da me espressa al paragrafo 94 delle presenti conclusioni.

VI. Conclusione

106. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale unica proposta dal Juzgado de lo Mercantil n.°7 de Barcelona (Tribunale di commercio n. 7 di Barcellona, Spagna) nei seguenti termini:

L'articolo 5, paragrafo 1, 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 dev'essere interpretata nel senso che la divulgazione di «prove rilevanti», ai sensi della prima frase di tale disposizione, riguarda anche i documenti che la parte cui è rivolta la richiesta di informazioni può dover creare ex novo, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.

I giudici nazionali debbono, in ogni caso, limitare la divulgazione di prove a quanto è rilevante, proporzionato e necessario, tenendo conto degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali di tale parte.