



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN MERCATI, IMPRESA
E CONSUMATORI.

Diritto dell'economia e tutela del consumatore.

XXX CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

Il private antitrust enforcement, dalle origini pretorie
all'attuale assetto positivo.

Docente Guida/Tutor
Chiar.mo Prof. Vincenzo Cuffaro

Dottoranda
Dott.ssa Gilda Avena

Coordinatore:
Chiar.ma Prof.ssa Maddalena Rabitti

Ai miei genitori,

Indice

	- Introduzione	Pag.5
Capitolo 1	Parte I	
	CENNI INTRODUTTIVI AL RUOLO DEL CONSUMATORE NELLA DISCIPLINA ANTITRUST E IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT	
	— L'evoluzione delle fonti in materia di tutela del consumatore	Pag. 8
	— La disciplina Antitrust	Pag.10
	— Definizione di Private Antitrust Enforcement	Pag.14
	— Il ruolo dei consumatori nel diritto della concorrenza	Pag.20
	- L'illecito antitrust e il rimedio risarcitorio nella giurisprudenza comunitaria prima dell'adozione della Direttiva 2014/104/UE	Pag.22
	— Il caso Courage	Pag.22
	— Il caso Manfredi	Pag.24
	— Il caso Kone	Pag.26
	— Il caso Pfeiderer	Pag.27
	- L'illecito <i>antitrust</i> e il rimedio risarcitorio nella giurisprudenza italiana prima del decreto legislativo n. 3/2017	Pag.29
	Parte II	
	L'ADOZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/104/UE E IL SUO RECEPIMENTO	
	— Introduzione	Pag.30
	— Il percorso prodromico all'adozione della Direttiva 2014/104/UE	Pag.32
	— La Direttiva 2014/104/UE	Pag.35
	— Nello specifico i contenuti	Pag.39
	— Il recepimento della Direttiva in Italia	Pag.41
	— I contenuti del d. lgs. 3/2017: cenni	Pag.42
Capitolo 2	Parte I:	
	L'ILLECITO <i>ANTITRUST</i>: PROFILI SOSTANZIALI ED ELEMENTI COSTITUTIVI	

- Definizione	Pag.50
- La responsabilità per violazione del diritto <i>antitrust</i>	Pag.51
- I soggetti tutelati	Pag.55
- Ingiustizia del danno e interesse leso	Pag. 58
- Elemento soggettivo	Pag.61
- Nesso causale	Pag.67
— Nesso causale nell'illecito escludente e nell'illecito di sfruttamento	Pag.71
— L'indagine del nesso causale nelle varie fattispecie	Pag.75
— La risarcibilità delle pretese di coloro che hanno rinunciato al bene	Pag.75
— Le conseguenze dannose subite in virtù degli <i>umbrella effects</i>	Pag.75
— La risarcibilità dei danni subiti dai fornitori dell'impresa vittima dell'illecito anticoncorrenziale	Pag. 79
— La risarcibilità dei danni subiti dai lavoratori licenziati dall'impresa vittima dell'illecito anticoncorrenziale.	Pag.80
- Il danno risarcibile	Pag.81
— Il trasferimento del sovrapprezzo	Pag.87
— Il ruolo della consulenza tecnica di ufficio	Pag.90
— L'assistenza dell'Autorità garante nella prova e quantificazione del danno	Pag.95
— Presunzione di danno nel caso di cartello	Pag.95
— I danni e la loro quantificazione, ipotesi applicative	Pag.105
— L'acquirente diretto	Pag.105
— Coloro che hanno rinunciato al bene	Pag.106
— I produttori di beni complementari	Pag.108
— I danni da illecito escludente	Pag.108
- Breve rassegna dei metodi più usati per l'analisi degli effetti delle condotte anticoncorrenziali	Pag.110

PARTE II:

ILLECITO ANTITRUST: PROFILI PROCESSUALI

- Il giudice competente	Pag.111
— Questioni di diritto internazionale privato	Pag.117
— Foro del convenuto	Pag.118
— Foro dell'illecito	Pag.120
— Foro del litisconsorzio passivo	Pag.122
— La legge applicabile	Pag.124
- La disclosure nella Direttiva 2014/104/UE	Pag.126
— L'accesso al fascicolo delle Autorità	Pag.130
— L'accesso nel caso di procedimento concluso con l'accettazione degli impegni	Pag.131
— L'accesso nel caso dei programmi di clemenza	Pag.133
- La disclosure nel d. lgs. 3/2017	Pag.140
— L'ordine di esibizione da parte del giudice	Pag.144
— La produzione di parte	Pag.146
- La valenza del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM nel giudizio risarcitorio	Pag.149
- La responsabilità solidale	Pag.159
- La prescrizione	Pag.161
- La <i>class action</i> in materia di risarcimento del danno da illecito <i>antitrust</i>	Pag.163

Capitolo 3 GLI ALTRI STRUMENTI DEL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

- L'azione di nullità nel caso di intese illecite	Pag.166
— La nullità delle intese nella Legge 287/1990	Pag.171
— La sorte dei contratti a valle	Pag.173
- L'azione di nullità nel caso di abuso di posizione dominante	Pag.178
- L'azione cautelare	Pag.182

Capitolo 4 CENNI COMPARATIVI: IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT STATUNITENSE

- Il sorgere della legislazione Antitrust negli Stati Uniti e l'evoluzione: sintesi	Pag.187
- Il <i>private antitrust enforcement</i> nel modello americano	Pag.195
Conclusioni	
- Osservazioni critiche alla Direttiva 2014/104/UE	Pag.200
- Osservazioni critiche al Decreto Legislativo n.3/2017	Pag.204
- Possibili prime applicazioni della direttive n. 104/2014 e del D.Lgs. n. 3/2017	Pag.208
- Considerazioni finali	Pag.211
Bibliografia	Pag.219

Introduzione

Il lavoro di ricerca indaga gli strumenti di tutela sostanziali e processuali esperibili allorché si manifesti una rilevante sproporzione, economica e cognitiva, tra cittadino-utente-consumatore e professionista dovuta a condotte anticoncorrenziali. La repressione delle condotte anticoncorrenziali può avvenire sia attraverso il c.d. *public enforcement* che attraverso il c.d. *private enforcement*.

Per *private antitrust enforcement*, che ha visto un forte impulso con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE, si intende la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie *antitrust*. Tali norme sono oggi contenute negli artt. 101 e 102 TFUE ma il loro contenuto è rimasto sostanzialmente identico fin dall'entrata in vigore del trattato di Roma.

Fin dagli anni Settanta la Corte di Giustizia ha qualificato tali disposizioni come dotate di effetto diretto e, quindi, in grado di creare a favore dei singoli, persone fisiche e giuridiche, posizioni giuridiche direttamente tutelabili di fronte i giudici nazionali.

La riforma introdotta dal regolamento c.d. di modernizzazione, Regolamento n. 1/2003, ha definitivamente segnato il passaggio da un sistema centralizzato di *public antitrust enforcement*, fondato sulla competenza esclusiva della Commissione Europea nella applicazione della disciplina *antitrust* comunitaria contenuta nel previgente art. 81 par. 3 TCE, ad un sistema nel quale la Commissione condivide il potere di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE, nella loro interezza, con le autorità garanti della concorrenza e del mercato nazionali e le giurisdizioni degli stati membri.

Per quanto concerne la delineazione dei caratteri generali del *private antitrust enforcement* particolare importanza ha rivestito il c.d. *formante giurisprudenziale comunitario* che attraverso le pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Courage e Manfredi* ha contribuito a delineare il c.d. illecito *antitrust*.

Già a livello giurisprudenziale si era riconosciuta l'importanza del *private enforcement* nella repressione delle condotte anticoncorrenziali, tuttavia, lo stesso, secondo uno studio realizzato per conto della Commissione, *c.d. Studio Shurts* è stato caratterizzato in Europa, a contrario di quanto avvenuto negli Stati Uniti, da un sottosviluppo totale.

La Commissione nell'ultimo ventennio ha manifestato grande attenzione per il *private antitrust enforcement* promuovendo dapprima la pubblicazione del c.d. Libro Verde seguito dal c.d. Libro Bianco e successivamente proponendo l'adozione di una Direttiva proprio in materia di risarcimento dei danni da illecito *antitrust*.

Il Libro Verde aveva l'obiettivo, da un lato, di individuare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema efficace di *private antitrust enforcement*; e, dall'altro lato, proporre vari spunti di riflessione e suggerire interventi ad hoc per agevolare la proposizione delle azioni risarcitorie.

Il Libro Bianco, invece, analizzava e presentava le proposte relative a scelte politiche e misure specifiche per garantire a tutte le vittime di violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza l'accesso ai meccanismi di tutela efficaci in modo da poter essere interamente compensate dal danno subito e dettava dei criteri per la quantificazione del danno.

Sono seguiti i lavori della Commissione ad una proposta di Direttiva culminati con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE, recepita in Italia con il decreto Legislativo n. 3/2017.

In questo quadro lo scopo del lavoro è analizzare i rimedi attualmente a disposizione delle vittime di condotte in violazione delle regole a tutela della concorrenza e verificare se gli obiettivi di armonizzazione e incentivazione del *private antitrust enforcement* perseguiti dalla Commissione possano dirsi raggiunti.

Nel primo capitolo verrà elaborata una definizione di *private antitrust enforcement*, si farà un accenno alla disciplina *antitrust* e al ruolo del consumatore in detta materia quale soggetto del mercato e portatore di un interesse meritevole di tutela alla

competitività dei mercati. Si rintracceranno le origini pretorie dell'illecito *antitrust* e del risarcimento ad esso conseguente e si effettuerà una prima analisi della Direttiva 2014/104/UE e del suo recepimento in Italia ad opera del D.Lgs. n.3/2017. Nel secondo capitolo si farà una ricostruzione dell'illecito *antitrust* e ne verranno affrontati i singoli aspetti sostanziali e processuali (legittimazione attiva, passiva, la capacità, il danno, il nesso causale, la quantificazione del danno, il giudice competente, con connessi profili di diritto internazionale privato, il ruolo delle decisioni delle autorità, i profili probatori).

Il terzo capitolo è dedicato all'indagine degli altri strumenti di *private enforcement* ed in particolare l'azione di nullità e la tutela cautelare.

Nell'ultimo capitolo verranno effettuati cenni comparatistici tra il sistema europeo e quello americano.

Capitolo 1

Cenni introduttivi al ruolo del consumatore nella disciplina *antitrust* e il private enforcement.

L'evoluzione delle fonti in materia di tutela del consumatore

La tutela del consumatore è una delle materie oggi affidate alla competenza concorrente dell'Unione Europea e degli Stati membri, come espressamente previsto dall'art.4 paragrafo 2 lett.f., del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. A livello comunitario l'interesse per il fenomeno del consumo inizia ad emergere a partire dagli anni Settanta del secolo scorso.

Le politiche dell'Unione in materia di protezione dei consumatori possono essere suddivise in diverse fasi che prendono le mosse dalla Carta Europea sulla protezione dei consumatori del 1973, approvata dal Consiglio d'Europa, e dalla risoluzione del 1975, pietra miliare del diritto dei consumatori, fino ad arrivare al Trattato di Lisbona del 2007, per poi proseguire con la normativa di settore e le direttive dell'ultimo decennio¹. Obiettivo comune del quadro normativo risulta quello di favorire il progresso economico e sociale attraverso un più stretto raccordo tra gli Stati membri che trovi forme concrete anche nella definizione di regole uniformi in materia di *consumerism*.

La Carta Europea di protezione dei consumatori, approvata dal Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 543/1973, elenca per la prima volta i diritti che avrebbero dovuto essere garantiti ai consumatori nei singoli paesi aderenti al Consiglio d'Europa, ciò per stimolare la Comunità Europea (ora Unione Europea) a prendere posizione sul tema e a preparare il terreno per la risoluzione sui diritti dei

¹ ALPA G. G., CATRICAL' A. A., *Il diritto dei consumatori*, il Mulino, 2016, pp. 60 ss.

consumatori (Risoluzione del consiglio delle Comunità europee del 14 aprile 1975) riguardante un programma preliminare per una politica di protezione e di informazione del consumatore². A ciò fanno seguito nel 1981 un secondo programma concernente una politica di protezione e informazione del consumatore³ e una comunicazione della Commissione CE del giugno 1985 considerata, ufficiosamente, il terzo programma comunitario in materia di consumatori⁴.

La comunità Europea a partire dagli anni Settanta dà avvio a una numerosa serie di interventi volti all'attuazione delle linee programmatiche tracciate nella risoluzione del 1975, si assiste alla regolamentazione degli aspetti relativi al rapporto tra consumatore e professionista, quali, a titolo esemplificativo, la pubblicità commerciale, la conclusione del contratto, il credito al consumo, le vendite a distanza, le clausole abusive, i viaggi, la multiproprietà. Si tratta, tuttavia, di interventi settoriali e frammentati. Con il trattato di Maastricht del 1992 viene introdotto un titolo dedicato alla Protezione dei Consumatori (titolo XI). Con il Trattato di Amsterdam del 1997 si creano le basi per un trattamento identico di tutti i consumatori europei nell'ambito dell'Unione Europea. L'art. 153 del Trattato di Amsterdam, in particolare esplicita l'impegno dell'Unione Europea a promuovere gli interessi dei consumatori ed ad assicurare un livello elevato di protezione. Con il Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, la disciplina giuridica della tutela del consumatore viene trasposta negli artt. 13 e 169 del TFUE e viene fatta rientrare nelle materie di competenza concorrente tra Unione e Stati membri con conseguente applicazione del principio di sussidiarietà⁵. Oltre alle disposizioni contenute nei Trattati ci sono stati numerosi interventi normativi delle

² Gli obiettivi perseguiti erano realizzare: a. un'efficace protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza; b. un'efficace protezione contro i rischi che possono nuocere agli interessi economici dei consumatori; c. la consulenza e l'assistenza al consumatore in occasione di reclami o danni e il diritto al risarcimento dei danni subiti; d. l'informazione e l'educazione del consumatore; e. la rappresentanza e la partecipazione del consumatore nelle decisioni che lo riguardano.

³ Risoluzione del consiglio del 19 maggio 1981

⁴ TORINO, *Lezioni di diritto europeo dei consumatori*, Torino 2010, pp. 3 ss.

⁵ PALLOTTA, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p.12 ss.; CAPELLI, *La tutela giuridica del consumatore in Europa e nel mondo*, Napoli, 2013 p.4 ss.;

istituzioni dell'UE, quali direttive, regolamenti e decisioni, che hanno costituito nel tempo il c.d. *acquis* comunitario del diritto dei consumi.

Di recente emanazione sono la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recepita in Italia con il d.lgs. n.21/2014; con cui si sono disciplinati i contratti tra professioni e consumatori per la vendita di beni e servizi e contenuti digitali *online*; la Direttiva 2013/11/UE che si occupa della risoluzione alternativa delle controversie e il regolamento n.524/2013 con cui l'Unione Europea ha fornito un quadro normativo *ad hoc* in tema di risoluzione delle controversie tra professioni e consumatori e ha introdotto le *online dispute resolution* istituendo una piattaforma *web* gratuita per la risoluzione di controversie sulle vendite *online*. Sempre negli interventi volti a rafforzare la tutela del consumatore in senso lato rientra la Direttiva 2014/104/UE che concerne il risarcimento del danno cagionato da condotte anticoncorrenziali. E, infatti, tutela del consumatore e tutela della concorrenza sono fra loro fortemente intrecciati.

La disciplina Antitrust

Sin dall'entrata in vigore del trattato istitutivo della Comunità economica europea, la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non fosse falsata nel mercato comune ha rappresentato uno dei principali obiettivi delle istituzioni europee. Sebbene l'abrogazione dell'art. 3 TCE ad opera del Trattato di Lisbona abbia comportato l'eliminazione dagli scopi dell'Unione Europea del riferimento alla libera concorrenza, tale modifica non ha comportato un ridimensionamento dell'importanza della politica *antitrust* all'interno dell'ordinamento dell'U.E. ciò è confermato non solo dall'art. 3 par. 1 lett. b. TFUE, che stabilisce la competenza esclusiva dell'Unione nella definizione delle regole necessarie al corretto funzionamento del mercato interno, e dalla formulazione invariata degli artt. 101 – 102 TFUE, ma anche del protocollo n. 27⁶, che richiama la stessa dicitura espunta

⁶ I protocolli hanno il medesimo valore giuridico dei trattati cui sono allegati, come si ricava dall'art. 51 TUE, sul punto R ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2017, p. 135

dai testi fondamentali autorizzando, altresì, l'Unione ad adottare, se necessario, misure sulla base della c.d. clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE⁷. In ambito europeo la tutela della concorrenza, ha sempre rappresentato e tuttora rappresenta, uno dei principali campi d'azione delle istituzioni, le quali nel corso dell'evoluzione dell'integrazione europea, tramite l'adozione di atti di diritto derivato e l'emanazione di importanti sentenze, ne hanno tracciato i capisaldi.

Il diritto *antitrust* si compone delle regole volte ad impedire gli accordi, le pratiche concordate e le condotte unilaterali delle imprese suscettibili di ridurre o falsare il gioco della concorrenza.

Il quadro normativo di riferimento è dato dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea i quali vietano rispettivamente le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante con impatto sul commercio tra gli Stati membri, dal Reg. CE 20.1.2004 n. 139/2004 sul controllo delle concentrazioni tra imprese.

A livello nazionale la disciplina della concorrenza è stata introdotta con la Legge 10.10.1990. n. 287 che agli artt. 2 e 3, in maniera sostanzialmente conforme alle disposizioni europee, vieta le fattispecie aventi esclusivo rilievo nel territorio nazionale.

Con l'introduzione di una disciplina a presidio della concorrenza e del mercato si investono necessariamente in modo diretto gli interessi dei consumatori, ciò perché nel mercato operano anche i consumatori, non come *domini* ma neppure come *subiecti*⁸. E, su questa linea, può dirsi, oramai, consolidato l'orientamento per cui la disciplina *antitrust* mira a proteggere non solo gli imprenditori, ma, più in generale,

⁷ Tale clausola amplia i poteri dell'UE qualora una misura risulti necessaria per raggiungere uno degli obiettivi dei trattati e qualora i trattati non forniscano la competenza necessaria. Le misure previste da tale disposizione vengono adottate dal consiglio che delibera all'unanimità su proposta della commissione e dopo l'approvazione da parte del Parlamento europeo. Tali misure non devono prevedere l'armonizzazione delle leggi dei paesi dell'UE in settori nei quali il trattato la escludono. <http://eur-lex.Europa.EU/legal-content/it/txt/?uri=legissum:ai0013>

⁸ ALPA G., *La persona, tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992.

chiunque detenga un interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato.

Il libero dispiegarsi della concorrenza tra le imprese che operano sul mercato dovrebbe, infatti, portare ad una continua riduzione dei prezzi dei prodotti offerti e ad un loro continuo miglioramento, per guadagnare la preferenza dei clienti⁹. La stessa normativa *antitrust*, del resto dà rilievo in più punti agli interessi dei consumatori. Ad esempio

- l'art.3 lett. b) della legge 10.10.1990 n. 287, a tutela della concorrenza, vieta le condotte abusive volte a *“impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno dei consumatori”* (analogo l'art. 102 TFUE)

- l'art. 4 della legge 10.10.1990 n. 287, a tutela della concorrenza, consente di derogare al divieto delle intese restrittive della concorrenza a condizione che le stesse *“diano luogo a miglioramenti delle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori”* (analogo l'art. 101, 3° comma TFUE);

-l'art. 12 della legge 10.10.1990, a tutela della concorrenza, prevede che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa attivare i suoi poteri di indagine anche a seguito della ricezione di denunce da parte di associazioni rappresentative dei consumatori;

- gli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese stabiliscono che la Commissione europea può approvare un'operazione di concentrazione se è in grado di concludere che questa ultima accrescerà la possibilità e l'incentivo dell'impresa risultante dalla concentrazione a comportarsi in modo pro-concorrenziale a vantaggio dei consumatori, controbilanciando gli effetti negativi per la concorrenza che l'operazione potrebbe altrimenti produrre (§77).

⁹ IANNUCELLI P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, cit.

Le infrazioni della normativa *antitrust* hanno ricadute negative sull'insieme dei consumatori: le restrizioni della concorrenza si traducono, infatti, in una perdita di benessere per la collettività in termini di aumento di prezzo, diminuzione della qualità, riduzione dell'assortimento dei prodotti, rallentamento del processo di innovazione¹⁰.

Proprio per la dimensione generale dell'interesse al corretto funzionamento del mercato, il compito di reprimere le infrazioni *antitrust* è affidato ad autorità pubbliche dotate di penetranti poteri di indagine e sanzionatori nei rispettivi ambiti di competenza (Commissione europea e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) che provvedono su denuncia o di ufficio ad accertare l'esistenza di intese vietate o di abusi di posizione dominante, a ordinarne la cessazione e a irrogare sanzioni.

Oltre alle conseguenze negative di carattere generale che l'intervento delle autorità pubbliche mira a prevenire e contrastare, gli illeciti anticoncorrenziali possono avere effetti pregiudizievoli su situazioni giuridiche individuali e causare un danno ai soggetti con i quali l'autore dell'infrazione entra in rapporto direttamente o indirettamente, nello svolgimento della sua attività di mercato.

Può trattarsi di altre imprese (concorrenti, fornitrici o clienti) nonché di consumatori. Dalla pluralità delle fasi in cui si articola il processo di produzione e distribuzione dei beni e dei servizi e dei soggetti che vi intervengono discende l'indubbia attitudine dell'illecito anticoncorrenziale a propagarsi secondo lo schema della reazione a catena¹¹.

Per esercitare i propri diritti e ottenere il ristoro dei danni sofferti, i soggetti lesi dai comportamenti anticoncorrenziali possono avvalersi del meccanismo ordinario dell'azione dinanzi al giudice nonché, ove esistenti, dei sistemi alternativi di soluzione delle controversie.

¹⁰ CENDON P. & PONCIBO' C. *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014

¹¹ LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, Milano, 2005;

Vi è, quindi, nel diritto *antitrust* un duplice canale di applicazione: da un lato, i procedimenti delle autorità di concorrenza a tutela dell'interesse pubblico e con finalità di deterrenza (cd. *public enforcement*); dall'altro, i giudizi relativi a controversie tra privati, volti al ripristino delle situazioni giuridiche soggettive violate da un comportamento anticoncorrenziale anche mediante la condanna del responsabile al risarcimento dei danni (c.d. *private enforcement*)¹².

Quando è posteriore alla decisione di un'autorità di concorrenza che constata la violazione, l'azione risarcitoria dinanzi al giudice è detta azione *follow-on*; ad essa si contrappone l'azione *stand alone*, non preceduta dall'accertamento dell'infrazione in sede di *public enforcement* del diritto *antitrust*.

Definizione di Private antitrust enforcement

La normativa a tutela della concorrenza opera su due fronti: quello privato teso alla tutela intersoggettiva e affidata al presidio dell'autorità giudiziaria ordinaria, quello pubblicistico volto alla tutela della concorrenza intesa come buon funzionamento del mercato presidiato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che svolge sia una funzione preventiva che sanzionatoria.

Si suole a riguardo distinguere, appunto, tra *public e private enforcement*¹³ a seconda rispettivamente che la normativa *antitrust* sia applicata da autorità pubbliche o dai giudizi nazionali nell'ambito delle controversie private.

¹² CENDON, P., & PONCIBÒ, C.; *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2016

¹³ Per la definizione del *public e del private enforcement* v. la sintesi di L.R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in aida 2012, Milano, 2013, 340: "viene normalmente ricondotta al *public enforcement* l'attività di autorità pubbliche diretta a rendere effettiva, attraverso l'esercizio di poteri amministrativi, nel pubblico interesse, l'applicazione delle regole relative ad un dato settore di attività; è agevole richiamare ad esempio l'esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti e dell' AGCM. in particolare. Si individua il *private enforcement* per opposizione: sicché, si avrà riguardo all'attività di soggetti privati che, nel proprio esclusivo interesse, agiscono innanzi all'autorità giudiziaria per domandare che certe regole vengano fatte rispettare".

A differenza del sistema statunitense, costruito intorno al *private enforcement* con marginale ruolo attribuito alle autorità pubbliche¹⁴ in Europa il cd. *enforcement* privato ha ricevuto scarsa attenzione e promozione, ed in particolare è solo a partire dal 2001, anno al quale risale la sentenza *Courage*¹⁵ che a questo tipo di tutela affidato ai giudici ordinari viene dedicato un interesse maggiore culminato, nel 2014, con l'adozione della Direttiva relativa alle azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati Membri e dell'Unione Europea¹⁶.

Per *private enforcement* si intende l'attuazione delle norme e la tutela civilistica accordata da un giudice nazionale¹⁷ per il tramite di un procedimento attivato e

¹⁴ In tale sistema, corredato, data la prevalenza della deterrence sulla *fairness*, anche di sanzioni di carattere penale, le sezioni 7 dello *Sherman Act* del 1980 e 4 del *Clayton Act* del 1914 riconoscono al danneggiato di un illecito *antitrust*, la possibilità di ottenere a titolo di risarcimento una somma triplicata rispetto al valore del danno realmente subito (*treble damages*). Ciò si accompagna a regole processuali che incoraggiano le azioni private soprattutto in relazione ai danni punitivi e al sistema della *discovery*, che consente all'attore di richiedere alla controparte l'esibizione di prove. In argomento: D. J. GERBER, *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: stati uniti ed Europa a confronto*, in quotidiano CDE, 2010, n. 29, pp. 10-37; R. PARDOLESI, *Private enforcement of antitrust law in the UE*, studi in onore di Aldo FRIGNANI, a cura di G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroecj, Napoli 2011, 721-742, spec. p. 729; G. TADDEI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta della direttiva UE del 2013*, in conc. e merc. 2014, pp. 183-234. Sui vantaggi del sistema statunitense: R.H. LANDE, *Beneficios potenciales de la aplicatiòn privada del derecho de la competencia*, in *La aplicatiòn privada de la competencia*, directores L.A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ladesma, J.A. Echabarria Sàenza, C. Herrero Suarèz, J. Gutiérrez Gilsanz, Valladolid 2011, pp. 61-68.

¹⁵ Corte di Giust. 20 settembre 2001, causa c-453/99, su cui *ex multis*: A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in eur. dir. priv. 2002, pp. 791-796; A JONES, D. BEARD, *Contractors, damages and article 81: the ECJ finally speaks*, in Eur. Comp. l. rev. 2002, pp. 282-302, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni"*, in Foro It. 2002 iv, cc. 76-84; G. ROSSI *"Take Courage"* la Corte Di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust, *ivi*, cc.90-100; e. scoditti, *danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, *ivi*, cc. 84-90.

¹⁶ Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinare norme che regolamentano le azioni per il risarcimento dei danni ai sensi della legislazione nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli stati membri e dell'Unione Europea, in CUUE L 349 del 5 dicembre 2014, p.1 ss.

¹⁷ In virtù di ciò P. CRAIG *The Jurisdiction Courts Reconsidered In The European Court Of Justice*, Edite By G. De Búrca, J. Weiler, Oxford 2001, pp. 177-214, afferma che vi sono <<*three types of community courts not two: the ecj, the cfi and national courts*>>. In via generale e al di là del diritto della concorrenza il c.d. *heidelberg report* definisce come *private enforcement* <<*l'enforcement of claims of private parties for damages and injunctionsupported by public interests*>> study

portato a compimento¹⁸ per iniziativa di un soggetto privato contro un altro soggetto privato, solitamente una impresa¹⁹, ed istituzionalmente volto anche alla protezione di un interesse privato.

Il *private enforcement* si basa su un modello di organizzazione completamente decentrato: dal punto di vista dell'ordinamento comunitario la tutela giurisdizionale in materia *antitrust* è prestata in maniera diffusa dai giudici nazionali e non esiste un tribunale o corte comunitaria competente a conoscere nel merito le azioni intentate dai privati per ottenere questa tutela ed in grado di attirare ad essi la competenza in materia (diversamente da quanto avviene nel *public enforcement* ove si ha una struttura a base decentrata ma con alcuni peculiarità quali: il potere di avocazione della Commissione Europea, l'impossibilità per le autorità nazionali di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE se la Commissione ha già avviato un procedimento, e, ancora se un'autorità di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il proprio unicamente previa consultazione con quest'ultima).

Per quanto riguarda i criteri di ripartizione dei casi o delle competenze nel *private antitrust enforcement* si fa ricorso ai criteri di riparto definiti dal regolamento 44/2001. Le disposizioni di questo regolamento hanno finalità di unificare le norme degli Stati membri sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale così da consentire la determinazione del foro competente a conoscere di una controversia.

jls/c4/2005/03, report on the application of regulation Brussels i in the member states, presentato da B. Hess, T. Pfeiffer E P. Schlosser, final version september 007, punto 77, http://EC.Europa.EU/civiljustice/news/docs/study_application_Brussels_1_en.pdf

¹⁸ Si intende così escludere dalla definizione il c.d. *privately triggered public enforcement*, ossia il *public enforcement* attivato per iniziativa di un soggetto privato tramite denuncia. Sul punto F.G. JACOBS, T. DEISENHOFER T., *Procedural aspects of effective private enforcement, enforcement of EC competition rules*, a community européenne au XXI^e siècle, en hommage À Jacques Bourrinet (Paris, 2004) 122–3;

¹⁹ Sulla nozione di impresa, *ex plurimis*, G. TESAURO, *diritto dell'Unione Europea*, Padova 2012, p. 630 ss; M.T. D'ALESSIO art. 101, in *commentario breve ai trattati dell'UE.*, cit., pp. 748-792, spec. 756-759.

Altra caratteristica del *private antitrust enforcement* è che le modalità di intervento sono disciplinate dall'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività mentre nel *public enforcement* le autorità si avvalgono di strumenti individuati dal diritto comunitario (ordinare la cessazione delle infrazioni, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora e qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale).

Per quanto concerne la funzione del *private enforcement* esso è in primo luogo uno strumento di giustizia correttiva che persegue come funzione principale la compensazione del danno sofferto dalla vittima dell'infrazione, ma ha indubbiamente anche una efficacia deterrente. Tale efficacia dissuasiva tuttavia è maggiormente evidente in quegli ordinamenti giuridici che prevedono i *punitive damages*²⁰.

Le istituzioni europee ripongono molte speranze nel *private enforcement* nonostante si tratti di un fenomeno relativamente recente e, in ambito europeo, ancora contenuto. La convinzione è, infatti, che il potenziamento degli strumenti legati alla tutela in sede civile possa non solo proteggere i consumatori²¹ ma, altresì, generare

²⁰ In particolare, in Europa, il principio per cui l'istituto del risarcimento del danno mira alla ricostruzione dello *status quo ante* – e quindi, ad una riparazione – è da secoli consolidato. Come osservato in dottrina (ZENO-ZENCOVICH, *consumatore (tutela del) (diritto civile)* – voce di aggiornamento *Enc. Giur. Treccani*, Roma 2001, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, in G. Olivieri- A. Zoppini (a cura di), *contratto e antitrust*, Laterza, Bari 2008, pp. 195-204), nell'Europa continentale, i profili sanzionatori di cui si caratterizzava l'istituto in diritto romano, sono stati espunti con il giusnaturalismo, quando il risarcimento del danno è stato relegato ad una funzione riparatrice. La stessa evoluzione si è registrata nel sistema anglo gallese, dove, attorno alla seconda metà del quattordicesimo secolo, si è giunti dalla *action of trespass*, di natura penale e sanzionatoria, alla *action of trespass on the case*, di natura civilistica e riparatrice. Diversamente, oltreoceano, l'istituto ha conservato, al fianco di quella ripristinatrice, una funzione sanzionatoria. Tale funzione è esercitata per il tramite degli *exemplary* (o *punitive*) *damages*, con cui si sanziona "esemplarmente" il danneggiante, al fine di scoraggiarlo dal compiere ulteriori illeciti.

²¹ Sul rapporto tra tutela della concorrenza e protezione del consumatore a lungo configurata come strumentale ed accessoria rispetto alla prima e lasciata per lo più all'iniziativa degli stati membri e sull'importanza ai fini di una inversione di tendenza, della direttiva n. 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori in guue l 149 dell'11 giugno 2005, dello strumento della class action, v. E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2010 pp. 30; v. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in Giur. Comm. 2011, i. pp. 803-827. Più in generale sulla tutela del consumatore quale fine ultimo delle politiche di

una spirale concorrenziale positiva dovuta ad un effetto deterrenza forse anche maggiore di quello prodotto dal solo *enforcement* pubblico²² che è risultato essere non abbastanza per garantire un mercato competitivo. Infatti, il rischio di subire delle sanzioni si è dimostrato da solo insufficiente a scoraggiare le imprese dal porre in essere comportamenti anticoncorrenziali o abusare della loro eventuale posizione dominante. Nonostante l'impegno delle autorità nazionali europee e della Commissione e il loro reciproco coordinamento nel quadro della disciplina del regolamento n. 1/2003, il numero degli accertamenti promossi è troppo esiguo per rappresentare un deterrente efficace per le imprese.

Infatti, secondo le statistiche elaborate dalla Commissione la media annuale delle possibili infrazioni da essa indagate tra il 2005 e il 2015 è stata di circa venti casi, e nello stesso periodo quella delle autorità nazionali, complessivamente considerate, è stata di circa centoquaranta casi²³. Visibilmente si tratta di un numero di investigazioni esiguo per un mercato europeo costituito da oltre 26 milioni di imprese²⁴.

concorrenza O. PALLOTTA, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011; K.J. CSERES, J. MENDES, *Consumer's access to EU competition law procedures outer and inner limits*, in *Comm. Mark. L. Rev.* 2014, pp. 483-521. *Sulla tutela a fronte di atti di concorrenza sleale*, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*; in *contr. impr.*, 2013, pp. 688-740.

²² In argomento: A.P. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. Decentralised application of EU competition law by national courts*, Oxford And Portland, 2008, p. 7 ss.; ricorda IANNUCELLI P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.* 2012, pp 709-730, come il ricorso al termine <<enforcement>> anche in riferimento alla tutela civilistica ne evochi la sua funzione altresì ai fini repressivi delle violazioni e quindi sostanzialmente pubblici consistendo la differenza solo nei mezzi impiegati. Sottolinea M.D. HAUSFELD, *The importance of private competition enforcement in Europe in Comp. L. Int., august 2002*, pp. 65-72, che le azioni di danno intentate dai private possono contribuire al mantenimento della concorrenza in misura decisiva perchè operando nel mercato essi hanno in certe circostanze una visione dello stesso più precisa rispetto a quella delle autorità pubbliche.

²³ Fonte: commissione europea: <http://EC.Europa.EU/competition/ecn/statistics.html>

²⁴ I dati sono riferiti al 2014 e mancano dei dati greci. Fonte: eurostat: http://EC.Europa.EU/eurostat/statistics-explained/index.php/business_demography_statistics#active_enterprises_in_the_business_economy

Da questi dati risultava evidente l'opportunità di promuovere l'applicazione del diritto della concorrenza mediante il rafforzamento degli strumenti di tipo privatistico, vale a dire, le azioni di risarcimento del danno²⁵.

Il *private enforcement* del diritto *antitrust* presenta due importanti vantaggi rispetto al *public enforcement*: anzitutto, è promosso da coloro che hanno subito un danno dall'illecito concorrenziale e, dunque, si realizza in maniera diffusa e da parte di soggetti altamente motivati; in secondo luogo, è connotato da un importante elemento di equità, posto che mira al ristoro del pregiudizio sofferto dalle vittime dell'illecito, obiettivo che non è raggiungibile dalle sanzioni pecuniarie imposte dalle pubbliche autorità (nazionali o europee), sanzioni che, allo stato, vengono incamerate da queste ultime.

Nell'ambito degli strumenti di *private antitrust enforcement* rientrano oltre il rimedio risarcitorio, anche le azioni di nullità e le azioni cautelari.

Il ruolo dei consumatori del diritto della concorrenza

Il tema del ruolo dei consumatori nel diritto della concorrenza è paradigmatico e frutto di una lunga evoluzione che può sintetizzarsi in quattro fasi: fase integrazionista in cui il consumatore era escluso, fase economista in cui si cominciano a prendere in considerazione gli interessi dei consumatori, una terza fase in cui si riconosce alle azioni private una efficacia strumentale all'*enforcement antitrust* e infine, una quarta fase, inaugurata dalla Direttiva 2014/104/UE.

La prima fase, che coincide con i primi passi dell'allora Comunità europea, è segnata dalla diffusa convinzione secondo cui il diritto della concorrenza era finalizzato a perseguire obiettivi diversi da quello del benessere dei consumatori. In questa ottica, le pertinenti disposizioni del Trattato erano considerate come destinate

²⁵ cfr BASEDOW, *Private enforcement of EU commission*, (kluwer int., 2008),1.

ad eliminare le barriere al commercio tra gli Stati membri elevate dalle pratiche anticoncorrenziali delle imprese²⁶.

E così i divieti imposti dagli “storici” articoli 85 e 86 CEE erano essenzialmente letti in parallelo con i divieti imposti agli Stati membri di introdurre o mantenere ostacoli alla circolazione di merci, servizi, persone e capitali.

Pur condizionata da questa visione allora imperante, la Corte non perdeva tuttavia occasione per segnalare che la finalità integrazionista perseguita non poteva far dimenticare che i consumatori restavano pur sempre i diretti beneficiari del diritto della concorrenza²⁷.

In un secondo momento, a partire dalla fine degli anni ‘70, il diritto della concorrenza dell’Unione ha cominciato ad essere interpretato in chiave economica ed è stata la Corte di Giustizia a imprimere la nuova direzione.

Sono, infatti, di questo periodo le prime sentenze che menzionano la protezione di una concorrenza effettiva²⁸, di una struttura del mercato²⁹ aperta e che elevano la concorrenza ad interesse pubblico a vantaggio tanto dei consumatori quanto delle singole imprese³⁰. Tutti parametri, questi, che si riferiscono più o meno direttamente alla nozione economica di *workable competition*, ovvero di una condizione di mercato che presenta un grado di concorrenza sufficiente a garantire l’efficienza allocativa mediante la pressione concorrenziale sulle imprese così da tendere alla creazione di un mercato comunitario unitario e abbattere le barriere tra i mercati nazionali. Tale chiave economica permetteva al contempo di far mantenere un ruolo importante – benché non più preponderante – all’obiettivo integrazionista.

²⁶ Corte di Giust. 13 luglio 1966, 32/65, Italia c. Consiglio e Commissione; Corte di Giust. 13 maggio 1971, 41-44/70, International Fruit Company. Nella sentenza 14 luglio 1974, 48/69, *ICI*, 619, punti 115 e 116, la Corte ricollegava addirittura il divieto di intese sui prezzi all’obiettivo integrazionista

²⁷ Corte di Giust. 14 febbraio 1978, 27/76, *United Brands Et United Brands* Continental/Commission, 207.

²⁸ Corte di Giust. 25 ottobre 1977, 26/76, *Metro*, punto 21

²⁹ Corte di Giust. 3 luglio 1991, 62/86, *Akzo Chemie*, punti 64 e 69; 21 febbraio 1973, 6/72, *Continental Can*, Punto 21; 14 febbraio 1978, 27/76, *United Brands*, Punti 86 e 249

³⁰ Corte di Giust. 21 settembre 1989, 46/87 e 227/88, *Hoechst*, punto 25; 21 febbraio 1973, 6/72, *Continental Can*, punto 25.

A partire già dai primi anni 2000 inizia la terza fase, ove le finalità economiche del diritto della concorrenza assumono un rilievo prevalente, pur senza cancellare quelle integrazioniste: l'obiettivo economico, e in particolare il benessere dei consumatori, veniva, nella giurisprudenza comunitaria, integrato e adeguato a quello integrazionista specifico del diritto della concorrenza dell'Unione, che tende, da un lato, alla costruzione o al consolidamento del mercato europeo, e dall'altro lato, a contrastare le spinte centrifughe e, quindi, l'eventuale ristabilimento di barriere nazionali.

In questo quadro si inserisce la sentenza *Courage*³¹ con cui la Corte perviene al riconoscimento del diritto al risarcimento per i danni *antitrust* seppur facendo leva non tanto sui diritti dei consumatori, quanto sulla considerazione che l'allora articolo 81 CE era una disposizione volta a perseguire l'interesse pubblico legato all'esistenza di un mercato in cui la concorrenza non fosse falsata.

Mentre, inizialmente il diritto al risarcimento era stato, quindi, riconosciuto proprio in ragione degli effetti positivi che il suo esercizio avrebbe avuto sul *public enforcement*, un decennio dopo, invece, esso viene ancorato al principio di effettività del diritto dell'Unione e con la Direttiva 2014/104/UE, che apre l'attuale quarta fase, si sancisce a livello normativo che la legge *antitrust* non assolve più soltanto alla funzione di salvaguardia del singolo imprenditore e del suo interesse a permanere o ad accedere nel mercato, ma garantisce il funzionamento del mercato stesso.

In questo assetto il consumatore diventa protagonista in quanto soggetto in grado, attraverso le proprie scelte individuali, di influenzare l'andamento e l'assetto della concorrenza sul mercato, contrastando i monopoli e incentivando la competitività tra i diversi soggetti economici. In particolare, alla base della nuova funzione attribuita al *private antitrust enforcement* si porrebbe la convinzione che i fallimenti sociali dell'economia non siano ascrivibili al mercato ma al suo mancato funzionamento.

³¹ Corte di Giust. 20 settembre 2001, c-453/99, *Courage E Crehan*, i-6297

In quest'ottica, il diritto *antitrust*, insieme al diritto dei consumatori, rappresenta un valido strumento di protezione sociale dei cittadini dell'Unione³².

L'illecito antitrust e il rimedio risarcitorio nella giurisprudenza comunitaria prima dell'adozione della Direttiva 2014/104/UE.

In materia di *private antitrust enforcement* fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sono quattro significativi casi che hanno consentito di delineare gli aspetti principali dell'illecito *antitrust* recepiti poi nella Direttiva 2014/104/UE, e cioè i casi: *Courage*, *Manfredi*, *Kone* e *Pfeiderer*.

*Il caso Courage*³³

³² G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE, responsabilita' civile e previdenza, fasc.3, 2016, pag. 1082b*

³³ Corte di Giust., 20 settembre 2001, causa c-453/99, *Courage Ltd v Crehan* c- 453/99, in racc. 2001, i-6297. La sentenza è stata ampiamente commentata e richiamata in dottrina. Sul punto si vedano: HAVU K., *Horizontal liability for damages in EU law – the changing relationship of EU and national law*, 18 *European Law Journal* 407 2012; MAHER I., *A fine balance: the national courts, the european commission and EU competition law*, 33 *Dublin University Law Journal* 153 2011; COLANGELO M., *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco, Europa e diritto privato* 660 2008; BEAL K., *Crehan and post-modern malaise*, 6 *Competition Law Journal* 17 2007; DRAKE S., *Scope of Courage and the principle of —individual liability|| for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the court of justice*, 31 *European Law Review* 841 2006; VAN GERVEN W., *Crehan and the way ahead*, *European Business Law Review* 269 2006; REICH N., *The «Courage» doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injury?*, *Common Market Law Review* 35 2005; STUYCK J., *Courage C. Crehan*, *European Review Of Contract Law* 229 2005; ANDREANGELI A., *Courage Ltd. v. Crehan and the enforcement of article 81 EC before national courts*, 25 *European Competition Law Review* 758 2004; MÄNSCH G., *Private claims with respect to violations of the EU. cartel prohibition – Courage and the consequences*, *Europarecht* 825 2003; MERKIN R., *The legality of beer ties under EC law: a UK perspective*, *Competition Law Insight* 5 2003; ALBORS-LLORENS A., *Courage V. Crehan: judicial activism or consistent approach?*, *Cambridge Law Journal* 38 2002; ALVIZOU A.A., *Individual tort liability for infringements of community law*, *Legal Issues Of Economic Integration* 177 2002; BALLON E., *Courage*, *Columbia Journal Of European Law* 503 2002; BEARD D. – JONES A., *Contractors, damages and article 81: the ecj finally speaks*, *European Competition Law Review* 246 2002; COLANGELO G., *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario* (nota a Corte di Giust. Comunità Europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), 4 *Corriere Giuridico* 456 2002; CUMMING G.A., *Courage Ltd. V. Creahn*, 23 *European Competition Law Review* 199 2002; DI MAJO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), in *Europa E Diritto Privato*, 791 2002; HARDIMAN D. – BRANTON J., *Damages now available for breaches of EC competition law*, 96 *Gazette Of The Law Society Ireland* 50 2002; MACCULLOCH A., *Competition –*

La Corte di Giustizia era chiamata a verificare, in sede di rinvio pregiudiziale³⁴, se la parte di un contratto di locazione di un bar, contratto illecito in base alla disciplina della concorrenza a causa di una clausola di esclusiva riguardante la fornitura di birra, potesse, non solo far valere la nullità del contratto, ma, altresì, chiedere il risarcimento dei danni.

In tema di azione risarcitoria, l'interrogativo del giudice del rinvio traeva origine dal fatto che, nell'ordinamento inglese, all'interno del quale si era posta la questione, una parte di un contratto illecito non è legittimata ad esperire tale tipo di azione nei confronti della controparte.

La sentenza *Courage* ha una fondamentale importanza per due ordini di ragioni: da un lato, ha ribadito l'efficacia diretta orizzontale delle norme *antitrust* contenute nell'allora TCE; e, dall'altro lato, ha delineato un diritto al risarcimento del danno di diretta provenienza comunitaria. In particolare la Corte di giustizia ha affermato

beer tie – right to damages, Student Law Review 41 2002; KOMNINOS A., *New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages*, 39 Competition Market Law Review 447 2002; Monti G., *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, 27 European Law Review 282 2002; ODUDU O – EDELMAN J., *Compensatory damages for breach of article 81*, European Law Review 327 2002; PARDOLESI R. – PALMIERI A., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni»* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*), in Foro Italiano 76 2002; PERETZ G., *Pass go and collect gbp 200: winning damages in —monopoly*, 152 New Law Journal 1918 2002; ROSSI G., *«Take Courage!» la Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in il Foro Italiano 90 2002; TONELLI L., *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*. (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*), in Responsabilità Civile E Previdenza 673 2002; BARRETT N., *Competition rules remain muddied*, in Construction Law 1 2001; BASTIANON S. S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), in Danno e Responsabilità 1153 2001; BREALEY M., *Recent developments in damages for breach of competition law – the Crehan judgement. lawyers` Europe 7-10 2001*; RILEY A., *Americanising EU antitrust legislation, acquisitions monthly 18 2001*; WILLIAMS R., *European competition law – restitution – in Pari Delicto Rule*, 23 Dublin University Law Journal 194 2001.

³⁴ La pronuncia pregiudiziale trae origine da una controversia sorta tra la società inglese iel (costituita tra la Courage e la Grand Met) e il sig. Crehan. in forza di un contratto per cui tutti i pubs della prima e da questa locati a terzi avrebbero dovuto rifornirsi di birra esclusivamente da Courage ad un prezzo determinato. A seguito della stipula di due contratti di locazione con la iel il sig. Crehan viene citato in giudizio da Courage per il pagamento di alcune forniture di birra e in tale sede eccepeva la nullità del contratto per violazione delle norme poste a tutela della concorrenza, in particolare lamentava la violazione dell'art. 85 tce, e chiedeva in via riconvenzionale il ristoro dei danni.

il principio per cui il fatto di essere parte di un accordo non vale di per sé a qualificare in termini negativi la posizione giuridica di un soggetto, soprattutto nel caso in cui questo ultimo, in veste di contraente debole, non abbia potuto negoziare alcune clausole del contratto. Pertanto, un soggetto parte di una intesa in capo al quale non sia ravvisabile una responsabilità significativa della distorsione della concorrenza non può essere considerato alle stessa stregua delle parti potendo, al contrario, essere sostanzialmente equiparato ad un terzo estraneo all'accordo con la conseguente possibilità di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito³⁵.

La Corte ha precisato che l'effetto utile del divieto sancito dall'art. 85 TCE sarebbe gravemente messo in discussione se *chiunque* non potesse richiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento atto a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

Il diritto al risarcimento del danno *antitrust*, pertanto, affianca la sanzione della nullità di pieno diritto completando il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza.

La peculiarità della pronuncia *Courage* consiste nell'aver delineato un diritto al risarcimento del danno di matrice europea³⁶, e, al contempo, nell'aver esteso un diritto già noto nell'ambito della responsabilità dello Stato³⁷ anche alle infrazioni compiute dai privati, non mancando in dottrina chi ha suggerito l'estensione del principio, oltre la materia *antitrust*, a tutti i casi in cui la violazione di una norma di diritto UE avente efficacia diretta cagioni un danno³⁸.

³⁵ BASTIANON S., *Il diritto comunitario della concorrenza e integrazione dei mercati*, Padova 2005, a p. 230, ricorda come questo principio sia stato affermato anche nel sistema statunitense nella sentenza Monsanto Co. V. Spray-Rite Svc Corp., 465 u.s. 752 (1984)

³⁶ FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, esi, 2015

³⁷ Sentenza Francovich sulla responsabilità risarcitoria dello stato. Già con questa sentenza si era aperto un dibattito circa la possibilità di estendere i principi di quella decisione anche alla violazione di norme dotate di efficacia diretta compite dai privati. In tal senso cfr.: R. D'SA, *European Community Law And Civil Remedies In England And Wales*, London 1994, p. 174 s.

³⁸ S. DRAKE, *Scope of courage and the principle of "individual liability", for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the court of justice*, in Eur. L. Rev. 2006, Pp. 841-864.

Il caso Manfredi³⁹

La vicenda giudiziaria cui traggono origine le questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio alla Corte di Giustizia ha sullo sfondo l'intesa tra le più note compagnie assicuratrici italiane, sanzionata dall'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il provvedimento 8546/2000 per aver posto in essere un cartello sul premio assicurativo. A seguito della conferma sia del Tar Lazio⁴⁰, sia dal Consiglio di Stato⁴¹; il provvedimento è stato utilizzato dai singoli assicurati per ottenere talvolta il risarcimento del danno, talaltra la restituzione del sovrapprezzo dei premi di polizza pagato a causa della concertazione illecita.

Le cause intentate si stimano essere state centodiecimila.

La sentenza Manfredi rappresenta un *leading case* in materia di azioni di danno *antitrust* non solo perché costituisce il primo caso di applicazione dell'allora art. 81 TCE in un'azione di danno promossa da un consumatore finale, ma anche perché filtra, alla luce del diritto UE, alcuni degli aspetti più controversi delle azioni private.

³⁹ Corte Di Giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite da c-295/04 a c-298/04, Manfredi C. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.P.A., In Racc. 2006, I-6619 e in obbligazioni e contratti 709 2007, con nota di GRIMALDI P., *Danno anticoncorrenziale nei contratti stipulati dal contraente finale*; in Danno E Responsabilità 19 2007, AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, CARPAGNANO M., *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*. La sentenza è stata altresì commentata da: CARPAGNANO M., *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European court of justice in joined cases c-295-289/04 Manfredi*, the competition law review 2006 47; id., *El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción: comentario a la decisión del tribunal de justicia en los asuntos acumulados c 295-298/04*. Barcelona 2007; FUCITO F., *Sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori. Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile. Aumento dei premi, diritto e giustizia* 114 2006; MONTEMAGGI S. *Dalla Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, la Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 634 2007; SALOMONE E., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, rivista trimestrale di diritto e procedura civile 875 2007. Si vedano inoltre NEBBIA P., *So what happened to Mr. Manfredi? the Italian decision following the ruling of the European court of justice*. European Competition Law Review 591 2007; PALLOTTA O., *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, il Diritto Dell'Unione Europea 305 2007

⁴⁰ Tar Lazio, sentenza 5 luglio 2001 n. 6193 in Foro Amm. 2001, 2117

⁴¹ Consiglio Di Stato, 23 aprile 2002 n. 2199, in Foro It., 2002, III, 482

Tra le questioni poste all'attenzione della Corte di Giustizia vi è quella relativa all'interpretazione dell'art. 101 TFUE nel senso di legittimare chiunque a far valere in giudizio la nullità di una pratica vietata dal diritto comunitario e a proporre l'azione per il risarcimento del danno subito.

Il giudice comunitario ha in tale pronuncia riconosciuto a qualsiasi persona la possibilità di far valere in giudizio la violazione dell'art. 101 TFUE e ottenere il ristoro per il danno subito. Ha poi affermato che, come in tutte le ipotesi di responsabilità risarcitoria, deve ravvisarsi un nesso di causalità tra l'illecito e il pregiudizio, la cui definizione così come la designazione del giudice competente a conoscere l'azione, rientra nell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Nella sentenza *Manfredi*, inoltre, la Corte ha anche specificato che il risarcimento del danno comporta la possibilità di chiedere, non solo una compensazione per il danno reale (*damnum emergens*), ma anche per il mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento degli interessi.

Viceversa, per quanto riguarda l'eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, la Corte ha affermato che, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.

*Il caso Kone*⁴²

⁴² Corte Giustizia UE, 05 giugno 2014, n.557, sez. v; in *Europa E Diritto Privato*, fasc.1, 2015, pag. 219. Il rinvio pregiudiziale di cui alla sentenza è sollevato dalla suprema Corte di giustizia austriaca adita dalla Kone e da altre quattro imprese nei confronti della *öbb infrastruktur ag* per la riforma della sentenza di appello. A fronte di questa, infatti, le ricorrenti erano state condannate a pagare un risarcimento di 1.839.235,74 euro per i danni causati alla resistente società a seguito del cartello anticoncorrenziale posto in essere nel settore degli ascensori "quanto meno" negli anni '80 (§ 5) e accertato dalla commissione europea con decisione 21 febbraio 2007 (§ 6). La particolarità del caso derivava dal fatto che la società *öbb* aveva acquistato beni e servizi non dalle imprese "cartelliste" bensì da una società che non aveva partecipato all'intesa anticoncorrenziale. Nonostante questo la *öbb* sosteneva di aver subito dei danni per il comportamento dei cartellisti in quanto il costo dei beni e servizi acquistati da un "non cartellista" risultava essere stato superiore al prezzo che si sarebbe formato sul mercato in assenza del cartello e ciò in conseguenza del cd. effetto di "prezzo guida" ("*umbrella effect*"). La domanda della *öbb*, respinta dal giudice di primo grado, veniva accolta dal giudice d'appello. L'*oberster gerichtshof* austriaco, rinviando alla Corte Di Giustizia, si interrogava sui requisiti necessari al fine di far sorgere la responsabilità per danni dei partecipanti

Concerne, invece, gli *umbrella effects*⁴³ e contribuisce ad allargare le maglie dell'azione risarcitoria in caso di illecito *antitrust*. La Corte di Giustizia, in questo caso, era chiamata a rispondere al quesito pregiudiziale se l'art. 101 TFUE riconosca il diritto al risarcimento dei danni anche nell'ipotesi di “*umbrella pricing*”, cioè in assenza di un rapporto convenzionale tra danneggiante e danneggiato.

La Corte ha affermato, in tal caso, che anche in assenza di un vincolo convenzionale tra danneggiato e danneggiante sia comunque individuabile il requisito del nesso causale tra comportamento anticoncorrenziale e danno *antitrust*.

Il diritto al risarcimento è, quindi, riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione.

Il caso Pfeiderer⁴⁴

Tale pronuncia attiene all'importante tema dell'accesso ai documenti in caso di illecito *antitrust*. In particolare la controversia era sorta tra la Pfeiderer AG ed il

ad un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE (§ 12). In particolare la Corte faceva notare che, secondo la giurisprudenza austriaca, il soggetto che chiede il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale è tenuto a dimostrare, tra le altre cose, la sussistenza di un sufficiente nesso di causalità ai sensi dell'art. 1311 abgb.

⁴³ A causa di un accordo di prezzo posto in essere da alcune imprese, anche i prezzi praticati da imprese estranee all'intesa sono risultati più alti di quelli che le imprese estranee all'intesa avrebbero potuto praticare in assenza dell'accordo. E' questo il c.d. effetto di prezzo di protezione, o prezzo guida (nella terminologia anglosassone *umbrella effect*).

⁴⁴ Corte Di Giustizia Ee, sentenza 14 giugno 2011, causa c-360/09, Pfeiderer V. Bundemkartellamt, in racc. 2011, 05161. NASCIMBENE B. *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust: prospettive in tema di collective redress*, Il Diritto Dell'Unione Europea 731 2012; PACE, *L'accesso agli atti delle autorità di tutela della concorrenza e azione di risarcimento danni antitrust: le sentenze Cdc E Pfeiderer e le conseguenze delle promesse non mantenute della commissione*, in (a cura di) Benacchio G.A., – CARPAGNANO M., *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*. Padova, Cedam, 183 2012; LACCHI C. *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi di clemenza: la sentenza Pfeiderer*, Giustizia Civile 2528 2011; PESCE C. *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, Il Diritto dell'Unione Europea 145 2011; RIZZUTO F., *The procedural implication of Pfeiderer for the private enforcement of european union competition law in follow-up actions for damages*, 4 global competition litigation review 116 2011. Già prima SCUFFI M., *I difficili rapporti tra i programmi di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust*, Il Diritto Industriale 471 2010. La controversia riguardava la richiesta di accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza per violazione delle regole di concorrenza dell'unione emessa dal soggetto

Bundeskartellamt (autorità garante della concorrenza tedesca) in merito ad una domanda di accesso integrale agli atti relativi ad un procedimento sanzionatorio conseguente ad un'intesa nel settore delle carte decorative.

La *Pfleiderer*, cliente delle imprese sanzionate, aveva presentato tale domanda di accesso, avente, altresì, ad oggetto i documenti relativi al procedimento di clemenza, allo scopo di intentare un'azione civile di risarcimento del danno. L'Autorità tedesca comunicava in forma anonima le tre decisioni che hanno inflitto le ammende, nonché un elenco degli elementi di prova raccolti nel corso della perquisizione e limitava l'accesso al fascicolo ad una versione da cui erano stati espunti i segreti aziendali, i documenti interni e i documenti relativi al programma di clemenza.

In tale occasione la Corte di Giustizia ha affermato il principio per cui le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di intese, ed in particolare il Regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione del diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione.

danneggiato dall'infrazione che intendeva conseguire il risarcimento del danno. La Corte Di Giustizia ha ritenuto che il diritto europeo ammette una Legge nazionale che conferisce l'accesso agli atti, ma lascia che siano i giudici nazionali a individuare secondo la Legge dello stato di appartenenza le condizioni in base alle quali autorizzare o negare tale accesso attraverso un bilanciamento degli interessi protetti dall'ordinamento europeo. Diverse le argomentazioni dell'avv. generale Ján Mázak il quale fonda l'illiceità del diniego ai documenti presentati dall'autore dell'illecito per beneficiare del programma di clemenza (ad esclusione delle dichiarazioni autoincriminanti volontariamente rese) sulla contrarietà di tale rifiuto ai diritti fondamentali a un ricorso effettivo e a un equo processo, garantiti dall'art. 47, in combinato disposto con l'art. 51, n. 1 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Questi documenti possono, ad avviso dell'avvocato generale, aiutare le parti danneggiate a dimostrare l'esistenza dell'illecito, il danno subito e il nesso causale (cfr. conclusioni presentate il 16 dicembre 2010, punto 48)

Tutti i principi espressi e delineati nelle pronunce indicate sono poi confluiti nella Direttiva 2014/104/UE che li ha codificati⁴⁵.

L'illecito antitrust e il rimedio risarcitorio nella giurisprudenza italiana prima del decreto legislativo n. 3/2017.

Il rimedio risarcitorio in Italia, azionato dai consumatori contro gli imprenditori che pongono in essere condotte anticoncorrenziali, ha, inizialmente, faticato ad affermarsi a causa di una concezione secondo la quale le norme aventi natura amministrativa, tra cui quelle a tutela della concorrenza, perseguendo unicamente un pubblico interesse e non avendo tra le loro finalità la tutela di un interesse economico e particolare qual è quello del privato, non sarebbero in grado di far sorgere in capo a questo ultimo un diritto soggettivo in caso di inosservanza di quelle norme, per cui, essendo all'epoca dominate la tesi della risarcibilità in via aquiliana della sola lesione del diritto soggettivo, si tendeva ad escludere l'esperibilità del rimedio risarcitorio da parte del privato.

Tuttavia, seppur con qualche difficoltà, anche la giurisprudenza italiana si è negli anni passati allineata all'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, individuando nell'illecito *antitrust* un torto plurioffensivo, idoneo a ledere i diritti di qualunque singolo e non solo degli imprenditori concorrenti. Conclusione questa a cui è giunta dopo un graduale processo evolutivo azionato dal caso più rilevante in materia che è quello delle azioni risarcitorie avanzate dai privati a fronte del cartello realizzato dalle imprese di assicurazione per la responsabilità civile auto.

Nel 2002⁴⁶ la Corte di cassazione aveva escluso la possibilità che il consumatore potesse esercitare l'azione risarcitoria sulla base della disciplina nazionale *antitrust* (art. 33, l. n. 287/1990), tuttavia aveva ammesso

⁴⁵ Lo stesso considerando n.2 della direttiva 2014/104/UE sottolinea la finalità di consolidamento della giurisprudenza in materia.

⁴⁶ Cass. Civ., 9 dicembre 2002, n.17475, in danno resp., 2003, 390 ss., con commento di BASTIANON S. *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*.

il risarcimento *ex art.* 2043 c.c. Questa prospettiva è stata superata dalle Sezioni Unite nel 2005⁴⁷, laddove la Corte ha affermato la necessità di una tutela piena e diretta degli interessi dei consumatori, attribuendo loro un ruolo di rilievo nella tutela del mercato e della concorrenza, riconoscendone anche la legittimazione ad agire *ex art.* 33, l. n. 287/1990. Il mutamento di prospettiva, poi mantenuta nelle sentenze successive⁴⁸, è principalmente connesso alla piena consapevolezza che gli effetti maggiori della condotta anticoncorrenziale sono subiti principalmente dai consumatori che hanno stipulato i contratti a valle⁴⁹.

In Italia l'illecito *antitrust* è ricondotto allo schema dell'illecito aquiliano di cui si applica la disciplina. Questioni problematiche riguardavano il termine di prescrizione e l'individuazione del giudice competente, ambo risolte dapprima dalla giurisprudenza ed oggi dal decreto legislativo n. 3/2017 che ha dato attuazione alla Direttiva comunitaria.

L'adozione della Direttiva 2014/104/UE e il suo recepimento in Italia ad opera del Decreto Legislativo num. 3/2017

Introduzione

Sino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE, né il diritto nazionale né il diritto dell'Unione europea contenevano norme di diritto positivo che prevedessero

⁴⁷ Sez. Un. Civ., 4 febbraio 2005, n. 2207, in giur. it., 2005, 11 ss., con nota di MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, Cass. Civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in Corr. Giur., 2007, 641 ss., con nota parzialmente critica di BASTIANON S..

⁴⁹ cfr. A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazione extravagantes per un argomento inconsistente*, in Foro It., 2003, i, 1125; LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in Danno Resp., 2005, 237 ss; IANNUCELLI P., *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in riv. soc., 2006, 716 ss.

esplicitamente la possibilità di promuovere un'azione per il risarcimento del danno sulla base di una violazione delle disposizioni *antitrust*.

Con le sentenze *Courage* e *Manfredi*, pronunciate rispettivamente nel 2001 e nel 2006, la Corte di giustizia aveva chiarito che la piena efficacia delle norme *antitrust* del trattato e l'effetto utile, in particolare, del divieto di intese restrittive della concorrenza, sarebbero messi in discussione se, sulla base delle stesse, non si potesse chiedere il risarcimento del danno derivante da un comportamento restrittivo della concorrenza. Pertanto – aveva affermato la Corte – chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata. Tuttavia, l'accertamento in via giurisprudenziale dell'esperibilità di un'azione risarcitoria in base alle norme a tutela della concorrenza europee e nazionali non aveva risolto tutti i problemi che si pongono sulla strada di un concreto ed efficace *private enforcement* di tali norme.

Le condotte anticoncorrenziali sono spesso caratterizzate da una forte asimmetria informativa, ossia il danneggiato ha scarse informazioni sui caratteri dell'illecito e addirittura sulla sua esistenza, informazioni che sono detenute – spesso in maniera rigorosamente segreta – dagli autori dell'illecito. Ciò implica, per gli attori potenziali, rilevantissimi problemi di individuazione delle prove e, di conseguenza, di promozione e/o successo dell'azione.

Le azioni di *public enforcement* delle Autorità nazionali e dalla Commissione sono condotte, per la gran parte dei casi, sulla base di informazioni raccolte mediante i c.d. programmi di clemenza in virtù dei quali le imprese che forniscono informazioni idonee a individuare un'infrazione possono beneficiare di un'esenzione totale o parziale dall'applicazione della sanzione pecuniaria. La prospettiva di poter essere chiamate in giudizio dai privati danneggiati sulla base delle informazioni fornite alle autorità pubbliche potrebbe scoraggiare le imprese a partecipare ai programmi di clemenza, pregiudicando in maniera molto rilevante l'attività di *public enforcement*.

Sussiste, dunque, un importante problema di coordinamento tra l'applicazione delle norme *antitrust* effettuata dalle autorità pubbliche e quella promossa dai privati.

Non di rado, poi, le imprese vittime di una pratica anticoncorrenziale sono in grado di trasferire in tutto o in parte il pregiudizio economico sofferto sui loro acquirenti, come nel caso in cui i distributori che subiscono un cartello da parte dei fornitori vendono il bene ai consumatori ad un prezzo che ingloba l'extraprofitto pagato ai cartellisti.

Infine, una medesima condotta anticoncorrenziale può produrre – e anzi normalmente produce – effetti in un più Stati e nei confronti di più soggetti di diversa nazionalità. Pertanto, in relazione alla medesima fattispecie sono possibili azioni parallele di risarcimento del danno in cui le parti in giudizio coincidono o meno, secondo geometrie assai variabili. Si pone, quindi, il problema di stabilire quali norme di diritto internazionale privato sono più adeguate a risolvere i possibili conflitti di leggi in particolare ai fini dell'individuazione del foro competente e della legge applicabile nei casi di azioni di risarcimento del danno promosse in parallelo e per la stessa fattispecie. Per cercare di risolvere almeno una parte dei problemi sopra evidenziati il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato il 26 novembre 2014, la Direttiva n. 2014/104.

Il percorso prodromico all'adozione della Direttiva 2014/104/UE

Il progetto della Direttiva dell'11 giugno 2013 (COM (2013) 404 def) era stato accompagnato da una guida pratica relativa alle tecniche di calcolo economico del danno, aveva ricevuto osservazioni da parte del Comitato economico e sociale⁵⁰ e da parte del Parlamento europeo che aveva suggerito di apportare essenziali modifiche⁵¹. La sua gestazione è stata lunga e complessa⁵², punto di partenza è stato

⁵⁰ Parere del 16 ottobre 2016

⁵¹ Risoluzione del 17 aprile 2014

⁵² In argomento, senza pretese di completezza, si rimanda a NEGRI, *In dirittura d'arrivo la direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in int'l lis, 2014, p. 72; LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust, alcune osservazioni preliminari*, in Conc. E Merc., 2014, p. 265; BASTIANON S., *La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie «antitrust» e le prospettive di ricorso ai «consensual settlements»*, in conc. e merc., 2014, p. 331; BRUZZONE-SAIJA, *Verso il recepimento della direttiva sul « private enforcement » del diritto «antitrust»*, in conc. e merc., 2014, p. 257; RORDORF, *Il ruolo*

l'emanazione del Libro Verde (COM (2005) 672 def.)⁵³ sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 19 febbraio 2005, congiuntamente ad un documento di lavoro⁵⁴.

Il Libro Verde è stato predisposto al fine di promuovere una consultazione pubblica sulle specifiche questioni relative all'area di intervento normativo con l'obiettivo di stimolare il dibattito su alcune tra le soluzioni operative proposte dalla Commissione in materia di risarcimento del danno da illecito *antitrust*⁵⁵.

La sintesi delle risultanze del dibattito seguito al processo di consultazione è contenuta nel c.d. Libro Bianco (COM (2008)165 def.)⁵⁶ in materia di azioni di

del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust, in società, 2014, p. 784; TADDEI, *Il risarcimento dei danni « antitrust » tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in Conc. E Merc., 2014, p. 183 e VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in Corr. Giur., 2015, p. 301.

⁵³ Libro Verde – azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005, com (2005) 672, consultabile al seguente indirizzo: http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/site/it/com/2005/com2005_0672it01.pdf, su cui EILMANSBERGER T., *The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, 44 Common Market Law Review 431 2007; BASTIANON S. S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza: prime riflessioni sul libro verde della commissione*, In Mercato Concorrenza Regole 321 2006; DI GIAMBATTISTA L., *Damages actions for breach of EC treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's green paper*, Il Diritto Dell'Unione Europea 729 2006; DIEMER C., *The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, European Competition Law Review 309 2006; HODGES C., *Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?*, Common Market Law Review 1381 2006; HOLMES K. – DOIG N.W., *Views on the commission's green paper on damages actions for breach of EC antitrust rules: causation and passing-on defence*, Competition Law Journal 123 2006; PHAESANT J., *Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's green paper*, 27 European Competition Law Review 365 2006

⁵⁴ EC Commission staff working paper annex to the green paper damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19 dicembre 2005, sec (2005) 1732, consultabile al seguente indirizzo: www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study/sp_en.pdf

⁵⁵ Tutti gli interventi nel dibattito pubblico sollecitato sull'argomento dalla commissione sono reperibili sul sito web:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html.

⁵⁶ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, com (2008) 165 definitivo, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_it.pdf Per approfondimenti: CASSINIS P., *Public e private enforcement', azioni collettive e libro bianco della commissione sulle azioni di risarcimento danni da violazioni antitrust*, Civiltà Europea 199 2010; PARLAK S., *Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing-on defence be rejected now ther indirect purchaser has standing after Manfredi and the white paper*

risarcimento del danno per violazione della normativa *antitrust* comunitaria del 2 aprile 2008 in cui si sono dibattuti, soprattutto, i temi di interesse generale cioè l'opportunità di ricorrere ai rimedi promossi dai privati per far rispettare le regole

of the european commission?, World Competition 31 2010; BARIATTI S. - PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del —libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della commissione e del codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in (a cura di) Rossi Dal Pozzo, F. E Nascimbene, B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 3-29 e in 18 rivista italiana di diritto pubblico comunitario 1151 2008; BECKER R. – BESSOT N. – DE SMIJETER E., *The white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in Raffaelli E.A. (A Cura Di), *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles: Bruylant, 2009; REHER T., *The commission white paper on damages action for EC antitrust rules*, the European Antitrust Review 38 2009; BUTTAZZI B., *Il libro bianco 2008 commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?*, 63 rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1073 2008, 1098; DENOZZA F. - TOFFOLETTI L., *le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in (a cura di) Rossi Dal Pozzo, F. E Nascimbene, B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, cit, 101-122; KLOUB J., *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules: plea for a more holistic approach to antitrust enforcement*, European Competition Journal 515 2009; KORTMANN J. – SWAAK C., *The EC white paper on antitrust damage actions: why the member states are (right to be) less than enthusiastic*, European Competition Law Review 340 2009; NEBBIA P. – SZYSZCZAK E., *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, European Business Law Review 635 2009; PROSPERETTI L., *Damages, fines, deterrence and over-deterrence: some reflections on the white paper, in the light of national courts' experience in private antitrust actions*, in Raffaelli E.A. (a cura di), *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles-Bruylant, 2009; PROSPERETTI L., *Il libro bianco della commissione europea: qualche osservazione da un punto di vista economico*, in (a cura di) Rossi Dal Pozzo, F. E Nascimbene, B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 59-74 e in 19 rivista italiana di diritto pubblico comunitario 633 2009; TRULI E., *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules: the binding effect of decisions adopted by national competition authorities*, European Competition Journal 795 2009; Ambesi Impiombato R., *Verso una più efficace tutela privata in materia antitrust. diritto e politiche dell'Unione Europea* 75 2008; bulst f.w., *of arms and armour – the european commission's white paper on damages actions for breach of EC antitrust law*, bucerius law journal 81 2008; CAMILLI E.L. – CAPRILE P. – PARDOLESI R. - RENDA A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, Mercato, Concorrenza e Regole 229 2008; COLANGELO M., *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, cit, 2008; Council Of Bars And Law Societies Of Europe tre voci sul libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust comunitarie, contratto e impresa/Europa 507 2008; FIENGO G., *Tutela antitrust del consumatore: il libro bianco della commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto, il diritto dell'Unione Europea* 357 2010; KOMNINOS A.P., *Enter the white paper for damages actions: a first selective appraisal. Global competition policy* 2008; PERFETTI L. – BARIATTI S., *Prime osservazioni sulle previsioni del libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust' della commissione e del codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario 1151 2008. Alcune criticità presenti nel libro vengono evidenziate in particolare da TARDELLA E., *Private enforcement delle regole di concorrenza: quale equilibrio?*, in Raffaelli, E.A. (a cura di), *Antitrust between EC law and national law*. Bruxelles: Bruylant, 468 2009

della concorrenza, la tipologia dei rimedi da promuovere, l'ingresso di azioni collettive⁵⁷.

In particolare il Libro Bianco⁵⁸ analizzava e presentava proposte relative a scelte politiche e misure specifiche che garantirebbero a tutte le vittime di violazioni delle norme comunitarie sulla concorrenza di accedere a meccanismi di tutela efficaci in modo da poter essere interamente compensate del danno subito e conerne, nello specifico: la legittimazione ad agire: acquirenti indiretti e azioni collettive; accesso alle prove: divulgazione *inter partes*; l'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza; l'atteggiarsi della colpa nell'illecito *antitrust*; il risarcimento del danno; il trasferimento del sovrapprezzo; i termini di prescrizione; le spese relative alle azioni di risarcimento del danno.

A tali primi interventi si aggiunge la risoluzione dei presidenti delle Autorità europee garanti della concorrenza, intitolata *Protezione delle informazioni contenute nelle pratiche per il trattamento favorevole nel contesto delle azioni civili di risarcimento del danno* del 23 maggio 2012.

Sono poi sopraggiunte alcune ricerche portate avanti alla Commissione Europea per valutare l'impatto delle nuove regole sulla base delle situazioni esistenti nelle diverse sedi nazionali⁵⁹, ed è emersa la difficoltà ad una armonizzazione tra i vari Paesi europei.

Ed, infatti, è emerso che, da un lato, occorre regolare il mercato interno in modo che potesse funzionare al meglio, ispirandosi ai criteri di equivalenza e di efficienza; e, dall'altro lato, occorre affrontare la situazione in cui si sarebbero trovate tutte la categorie incise (imprenditori concorrenti danneggiati dall'abuso di posizione

⁵⁷ Raccomandazione 2013/396/UE; comunicazione 2013/401/def.

⁵⁸ Consultabile su:

http://EC.Europa.EU/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_it

⁵⁹ WAELBROECK, D. – SALTER, D. – EVEN-SHOSHAN Studio Ashurt, study on the condition for claims of damages in case of infringement of EU competition rules, comparative report, 31 agosto 2014. consultabile al sito internet http://EC.Europa.EU/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf. sul punto: CUMMING G. – REUDENTHAL M., *Civil procedure in EU competition cases before the english and dutch courts*. *kluwer law international*, 2010 329

dominante o dalle intese, fornitori, dipendenti, consumatori), peraltro portatrici di interessi tra loro non omogenei.

Inoltre, nei diversi ordinamenti non si combinavano le regole di competenza tra le Autorità garanti e i giudizi nazionali: si poneva, perciò, il problema di capire se nel caso di impugnazione del provvedimento amministrativo dell'autorità, il giudice nazionale avrebbe dovuto effettuare ulteriori accertamenti per verificare la violazione delle regole di concorrenza o era sufficiente l'istruttoria già effettuata dall'Autorità per ritenere accertata la violazione.

Proprio al fine di promuovere l'armonizzazione tra i vari Paesi e di incrementare il *private enforcement* in modo omogeneo la Commissione ha proposto l'adozione di una Direttiva in materia.

La Direttiva 2014/104/UE

La materia del *private antitrust enforcement*, per molti anni, ha impegnato a fondo la Corte di Giustizia⁶⁰ e la Commissione ha scatenato anche un vivace e fertile dibattito in dottrina⁶¹. Le attenzioni delle Istituzioni europee e dell'Accademia

⁶⁰ Il diritto di ottenere il risarcimento del danno per violazione della disciplina *antitrust* ha indubbiamente genesi giurisprudenziale, poiché la Corte di Giustizia ha svolto un complesso e articolato lavoro, che ha portato all'elaborazione dei principi più rilevanti in materia di risarcimento del danno antitrust: cfr. Corte di Giust. ce, 30 gennaio 1974, c-127/73, Belgische Radio En Televisie C. Sv Sabam E Nv Fonior; Corte di Giust., 28 febbraio 1991, c-234/89; Corte di Giust., 20 settembre 1991, c-453/99, caso Courage; Corte di Giust. ce, 18 marzo 1997, c-285/95; Corte di Giust., 14 dicembre 2000, c-344/98; Corte di Giust., 13 luglio 2006, cause da c-295/04 a c-298/04, caso Manfredi; Corte di Giust., sentenza del 5 giugno 2014, causa c-557/12, caso Kone e altri contro Öbb infrastruktur ag.

⁶¹ Vasta è la letteratura in materia. Per un'analisi dei principali problemi posti dal risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust*, v. BENACCHIO, Il *private enforcement* del diritto *antitrust*, in Pace (a cura di), Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Napoli, 2013, 18 ss.; Benacchio-Carpagnano (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Trento, 2007; CASTELLI, *Disciplina Antitrust E Illecito Civile*, Milano, 2012; CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in Danno Resp., 2004, 1165; FATTORI-TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004; LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie in funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 147 ss.; MOLLERS, *Private enforcement of competition law in Europe - the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in Europa Dir. Priv., 2014, 821; BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of antitrust economics*, Cambridge, mass., 2008;

hanno costituito *input* essenziali, dando l'avvio a un lungo, travagliato e complesso processo evolutivo, che è culminato nell'adozione della Direttiva 2014/104/UE, che, insieme ai principi che compongono il cosiddetto *acquis* comunitario sul punto, detta l'attuale assetto normativo del risarcimento del danno per violazione della disciplina *antitrust*.

Obiettivi perseguiti dalla Direttiva sono quelli rappresentati dal miglioramento e dall'implementazione dell'interazione fra l'applicazione a livello pubblico e a livello privato del diritto della concorrenza e dal rafforzamento della garanzia che i soggetti danneggiati da infrazioni delle norme UE sulla concorrenza possano ottenere un pieno risarcimento per il danno subito.

La Direttiva ha confermato la natura bifronte dell'azione per il risarcimento del danno *antitrust*, che, da un lato, ha una funzione di deterrenza e di garanzia di effettività del diritto della concorrenza europeo e, da un altro lato, costituisce un utile strumento di tutela dei diritti dei singoli.

Quanto al primo, il Legislatore europeo parte dal presupposto, che trova ampio conforto in dottrina⁶², secondo il quale l'applicazione complessiva delle norme UE sulla concorrenza è realizzata al meglio attraverso l'applicazione complementare sia degli strumenti e delle sanzioni che costituiscono il livello pubblico e sia di quelli che rappresentano il livello privato, garantendo che la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza possano mantenere una politica di ferma applicazione a livello pubblico, e che, al tempo stesso, i soggetti danneggiati ottengano il risarcimento del danno⁶³.

TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione delle normative antitrust*, Milano, 1996.

⁶² cfr., ad esempio, LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 455 ss.; id., *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement"*, in materia di *antitrust*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati*, Bologna, 2009, 171 ss.; DI GIAMBATTISTA, *Damages action for breach of EC treaty antitrust rules; a critical assessment of the european commission's green paper*, in Dir. Unione Europea, 2006, 729 ss.

⁶³ Ciò risulta evidente dalla corretta interpretazione dei considerando n. 2 e 3 della direttiva, secondo i quali «l'applicazione a livello pubblicistico degli articoli 101 e 102 TFUE compete alla commissione in virtù dei poteri ad essa conferiti dal Regolamento (ce) n. 1/2003 del Consiglio» e «gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra singoli e attribuiscono ai singoli

Il secondo obiettivo è quello di garantire ai soggetti danneggiati l'effettivo esercizio del diritto al pieno risarcimento⁶⁴ che, invece, è spesso reso difficile o quasi impossibile dall'intricato complesso di norme e delle procedure applicabili, come già nel 2005 è stato sottolineato dal Libro Verde⁶⁵ e come risulta confermato dal considerando n. 8 della Direttiva 104/2014/UE⁶⁶.

Secondo il Legislatore europeo, il quadro è reso particolarmente complesso dalle diversità riscontrabili nelle disposizioni giuridiche nazionali che disciplinano le azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* e che negli ultimi anni, secondo alcuni documenti delle Istituzioni europee⁶⁷, sono andate effettivamente aumentando. Tale difformità può causare incertezza del diritto per tutte le parti coinvolte in azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* e può determinare un'applicazione inefficiente, a livello privato, delle regole di concorrenza, soprattutto nei casi transfrontalieri⁶⁸.

Il secondo obiettivo si lega a doppio filo con il primo laddove si consideri che laumentare la probabilità che gli autori delle infrazioni agli articoli 101 e 102 TFUE

interessati diritti ed obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare. Le autorità giudiziarie nazionali hanno quindi un ruolo di pari importanza da svolgere nell'applicazione delle regole di concorrenza (applicazione a livello privatistico). Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni».

⁶⁴cfr. L'editoriale dal titolo *"One birds in the hand - the directive on damages actions for breach of the competition rules"*, apparso su CMLR 51 (2014), 1334 ss.

⁶⁵ Commissione, «Libro Verde - azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie » 2005

⁶⁶ Considerando 8: «le imprese stabilite e operanti in stati membri diversi sono soggette a differenti norme procedurali che incidono fortemente sulla misura in cui possono essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'unione non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 o 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace».

⁶⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul libro bianco in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust comunitarie (2008/2154 (ini)); parere del comitato economico e sociale europeo del 25 marzo 2009 in merito al Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust comunitarie (GU c 228 del 22 settembre 2009, 40).

⁶⁸ Considerando 9, direttiva 2014/104/UE.

debbano sostenere i costi della violazione commessa può sicuramente incoraggiare una maggiore osservanza delle norme UE sulla concorrenza.

La realizzazione dei due obiettivi è funzionalmente legata, secondo il Legislatore europeo, alla salvaguardia di un principio diverso e ulteriore cioè assicurare il corretto funzionamento del mercato europeo⁶⁹.

Inoltre, la portata del perseguito ravvicinamento delle norme nazionali non è limitata alle azioni per il risarcimento del danno a seguito delle violazioni delle regole europee sulla concorrenza, ma si applica anche alle violazioni delle norme nazionali quando queste sono applicate in parallelo⁷⁰. Si profilano così meglio i due scopi della Direttiva, interdipendenti ma distinti, e cioè il ravvicinamento delle norme nazionali applicabili in caso di violazione delle norme di cui agli articoli 101 e 102 TFUE e l'individuazione delle stesse norme sostanziali e procedurali che le Corti nazionali devono applicare alle azioni per il risarcimento del danno causato da violazione del diritto nazionale della concorrenza⁷¹.

Nello specifico: i contenuti della Direttiva

Passando in rapida rassegna i principali capisaldi contenutistici della Direttiva, essi concernono, come anticipato, importanti aspetti processuali, collegati all'esercizio di azioni risarcitorie per violazioni *antitrust*⁷²: l'articolo 1 all'uopo fa riferimento a

⁶⁹ Considerando 8, direttiva 2014/104/UE.

⁷⁰ L'applicazione parallela, che ha avuto grande importanza in Corte di Giust., 13 luglio 2006, cause riunite da c-295/04 a c-298/04, caso Manfredi, discende dalla previsione del Regolamento (CE) n. 2003/1, secondo la quale, quando le autorità nazionali garanti della concorrenza o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi che possano pregiudicare anche il commercio tra gli stati membri, esse devono applicare anche l'articolo 101 TFUE. Analogamente, ciò avviene nell'ipotesi in cui la fattispecie concreta ricada nell'ambito di applicazione della norma di cui all'articolo 102 TFUE.

⁷¹ La dottrina non ha mancato di sottolineare le ambiguità di questo doppio richiamo alla base giuridica della direttiva, visti i diversi regimi procedurali individuati dagli articoli 103 e 104 TFUE: cfr. CAUFFMANN, *The european commission proposal for a directive on antitrust damages: a first assessment*, cit., 7 ss.

⁷² Se ne veda una ricognizione d'insieme in CAUFFMAN - PHILIPSEN, *Who does what in competition law: harmonizing the rules on damages for infringements of the EU competition rules?*, in Maastricht European Private Law Institute. Working Paper 2014/19, scaricabile dal sito www.ssrn.com; VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista*

“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 del danno”.

Si iscrive in questo quadro una disciplina sulla divulgazione delle prove, volta a facilitare l'accesso degli attori a documenti e/o informazioni utili ai fini del buon esito dell'azione promossa, ed in possesso tanto del convenuto (art. 5) quanto di un'autorità garante della concorrenza (art. 6).

Di rilievo sono poi il tentativo di assicurare coerenza complessiva ai due segmenti *dell'enforcement antitrust* comunitario - pubblico e privato - facendo dell'accertamento della violazione concorrenziale, ad opera di un'autorità nazionale, un dato acquisito in seno al giudizio risarcitorio *follow-on* dinanzi ad un giudice della medesima nazionalità (art. 9, comma 1) o comunque un elemento di prova privilegiata (dell'essere occorsa la violazione), al cospetto di un giudice di nazionalità diversa; la determinazione del *dies a quo* per il decorso del termine prescrizione adeguata al soddisfacimento di condizioni di pieno esercizio del diritto risarcitorio (art.10), la predisposizione di condizioni di *joint liability* per i coautori della violazione, con attenuazioni a favore di PMI e dei responsabili ammessi a programmi di clemenza (art. 11), ed infine il *favor* verso tecniche di composizione consensuale delle controversie.

Per quanto attiene al risarcimento del danno, infine, sono due disposizioni a venire in rilievo, gli artt. 3 e 17, parimenti incentrate sul danno risarcibile, benché l'una intesa a ribadire l'esclusività della logica compensativa che deve presiedere alla quantificazione del danno⁷³, mentre l'altra introduttiva di una presunzione *iuris tantum* del verificarsi del danno, in una con l'ammissibilità di criteri equitativi di

dell'attuazione, Corr. Giur., 2015, 301 e ss. una analisi dei contenuti della proposta di direttiva è invece proposta da GERADIN -GRELIER, *Cartel damages claims in the european union: have we only seen the tip of the iceberg?*, scaricabile dal sito www.ssrn.com.

⁷³ Recita il comma 2 dell'art. 3 della direttiva: *“il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi”.*

stima dell'ammontare: “*Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha diritto di fornire prova contraria a tale presunzione*” (art. 17, comma 2).

Il recepimento della Direttiva in Italia

La delega per il recepimento della Direttiva 2014/104/UE è stata conferita al Governo con la legge 9 luglio 2015 n. 114 (legge di delegazione europea 2014) e il 18 gennaio 2017 è stato pubblicato il decreto legislativo n. 3⁷⁴. Accanto ai criteri generali, per l'esercizio della delega sono stati previsti quattro principi e criteri direttivi specifici⁷⁵:

- a) modificare la legge n. 287/1990 per consentire l'applicazione anche parallela, in relazione a uno stesso caso, delle norme europee e delle norme nazionali in materia di intese e abuso di posizione dominante;
- b) estendere l'applicazione delle disposizioni attuative della Direttiva anche alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni delle sole norme *antitrust* nazionali, nonché di queste ultime applicate in parallelo a quelle europee;
- c) prevedere che le disposizioni attuative della Direttiva si applichino anche alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del Codice del consumo relative a violazioni *antitrust*;
- d) prevedere la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, concentrando le controversie relative a violazioni *antitrust* presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale.

⁷⁴ Il d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 è stato pubblicato sulla gazzetta ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017 e, decorso l'ordinario termine di *vacatio legis*, è entrato in vigore il 3 febbraio 2017, pur applicandosi alle azioni promosse a partire dal 26 dicembre 2016 (come previsto dall'art. 19 del medesimo decreto e come si dirà meglio nel testo), con tale previsione di retroattività il legislatore ha voluto porre rimedio al ritardo atteso che il termine di recepimento della direttiva scadeva in data 27 dicembre 2016. in argomento si v. CARRATTA, *La tutela risarcitoria per violazione della concorrenza, in id., le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017, p. 79 ss.

⁷⁵ Legge n. 114/2015, articolo 2.

Nel dibattito che ha accompagnato i lavori di recepimento era stato suggerito di inserire le disposizioni attuative della Direttiva all'interno della legge n. 287/1990, in una nuova sezione dedicata al *private enforcement*. Il legislatore non ha però accolto questa soluzione.

Va, altresì, osservato che il decreto legislativo non ha apportato modifiche o integrazioni alle norme del codice civile o del codice di procedura civile, come pure era stato ipotizzato durante la sua elaborazione.

Questa scelta rende inequivocabile che gli strumenti e gli istituti giuridici introdotti hanno un campo di applicazione limitato alle azioni per il risarcimento del danno da violazioni *antitrust* e non sono di per sé suscettibili di estensione ad azioni risarcitorie relative ad altre tipologie di illeciti.

In attuazione del terzo criterio di delega il decreto legislativo, senza intervenire in modo diretto sull'articolo 140-bis del Codice del consumo, ha disposto espressamente che la nuova disciplina si applichi anche alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del Codice del consumo. Il presupposto è, naturalmente, che si tratti di azioni aventi ad oggetto la tutela dei diritti omogenei di una pluralità di consumatori o utenti lesi dalla condotta anticoncorrenziale.

I contenuti del decreto legislativo n. 3/2017: cenni

Il decreto legislativo 19 gennaio 2017 n.3 entrato in vigore il 3 febbraio 2017 è suddiviso in sette capi, che corrispondono ai sette capi della Direttiva, rispettivamente dedicati a: disposizioni generali (artt. 1 e 2); esibizione delle prove (artt. 3-6); effetto delle decisioni dell'autorità, termini di prescrizione delle azioni e responsabilità in solido (artt. 7-9); trasferimento del sovrapprezzo (artt. 10-13); quantificazione del danno (art. 14); composizione consensuale delle controversie (artt. 15 e 16); disposizioni ulteriori, transitorie e finali (artt. 17-20).

Il legislatore italiano, così come quello comunitario, non ha fornito una definizione di illecito *antitrust* ma si è solo premurato di sancire il diritto ad esserne risarciti.

Nella Direttiva – e conseguentemente nel d.lgs. n. 3/2017 (in vigore dal 3 febbraio 2017) – il problema che ha ricevuto maggiori risposte è stato quello della asimmetria informativa tra attore e convenuto.

Per facilitare la proposizione di domande di risarcimento, il decreto legislativo prevede sia una precisazione e rafforzamento dei poteri del giudice in materia di esibizione delle prove, sia alcune importanti ed innovative presunzioni probatorie.

Per quanto riguarda i poteri del giudice, il decreto, all'art. 3, par. 1, prevede che nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, il giudice possa ordinare, su istanza di una parte, alle controparti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità, qualora l'istante sia in grado di indicare fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno. Il giudice, in forza del par. 2 del medesimo articolo, dispone individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova, ovvero anche le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta.

La categoria di prove deve essere individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria. Al fine di bilanciare l'interesse alla *disclosure* con la tutela dei segreti commerciali, il giudice può ordinare l'esibizione nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione, tenendo conto, in particolare, della portata e dei costi dell'esibizione e della circostanza che le prove di cui è richiesta la *disclosure* contengono informazioni riservate. La disciplina sulla esibizione delle prove è corredata dalla possibilità di imporre sanzioni pecuniarie a carico dei soggetti che si rifiutano senza giustificato motivo di rispettare l'ordine del giudice.

Tale norma contiene anche due disposizioni particolarmente innovative. La prima, declinata nell'art. 6 par. 5 del decreto legislativo, prevede che le sanzioni pecuniarie si applichino anche ai rappresentanti legali della parte o del terzo autore delle violazioni e costituisce, pertanto, il primo esempio nell'ordinamento italiano di

ammenda relativa all'applicazione della disciplina della concorrenza imposta, non ad una persona giuridica, bensì ad una persona fisica.

La seconda disposizione innovativa è rappresentata dal par. 6 dell'art. 6 del decreto, il quale stabilisce che in caso di mancato rispetto della parte dell'ordine di esibizione o in caso di distruzione di prove rilevanti, oltre alle sanzioni amministrative, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Per quanto riguarda, invece, le presunzioni probatorie, merita di essere segnalata, anzitutto, quella contemplata all'art. 7 del decreto. In base a quest'ultimo, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno, si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante nazionale non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Con la precisazione però che la presunzione riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

Peraltro, sull'esistenza del danno, l'art. 14 del decreto prevede una seconda presunzione, questa volta di carattere *iuris tantum*, applicabile ai casi di cartello. Infatti, tale norma dispone che l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione. Ne discende che le azioni per il risarcimento nei casi di cartello, successive ad un accertamento dell'autorità pubblica (c.d. azioni di *follow on*), risultano particolarmente facilitate. Posto che il nesso di causalità è dimostrabile con la prova dell'acquisto presso le imprese parti del cartello, l'unico elemento che va accertato è il *quantum* del danno, visto che sia l'illecito sia il danno sono oggetto di presunzione di legge.

Va, altresì, segnalato che l'art. 7 del decreto garantisce un più limitato valore probatorio anche ai provvedimenti derivanti da altri Stati membri, posto che stabilisce che la decisione definitiva con cui un'autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione

del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove. Sul punto va però osservato che il decreto legislativo ha opzionato per una forma *'debole'* di attuazione della Direttiva. Quest'ultima infatti, all'art. 9, par. 2, stabilisce che i provvedimenti definitivi dell'autorità degli altri Stati membri possano essere presentati di fronte ai giudici nazionali *'almeno a titolo di prova prima facie'* dell'avvenuta violazione. Dunque la Direttiva richiedeva, per tali provvedimenti, il riconoscimento di un valore di prova *iuris tantum* e non, di prova valutabile insieme ad altre prove, come nell'art. 7 del decreto legislativo.

Anche il problema del coordinamento tra l'applicazione delle norme *antitrust* effettuata dalle autorità pubbliche e quella promossa dai privati ha ricevuto grande attenzione dalla Direttiva e conseguentemente dal decreto di attuazione. La tutela degli interessi dei soggetti che hanno partecipato a programmi di clemenza ha portato il legislatore europeo a suddividere le prove in tre categorie: prove sempre divulgabili (*white list*), prove divulgabili solo dopo la chiusura del procedimento dell'autorità (*grey list*) e prove mai divulgabili (*black list*)⁷⁶. Nell'ambito di queste ultime ricadono, secondo quanto previsto dall'art. 4, par. 5 del decreto, le prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o proposte di transazione. Va, altresì, osservato che, in base all'art. 5 del decreto, comunque vengano ottenute dalle parti, le prove che ricadono nella categoria *'grey'* sono ammissibili solo nei limiti sopra indicati, mentre le prove di cui alla categoria *'black'*, comunque ottenute, non sono mai ammissibili.

Solo la pratica potrà dire se queste cautele probatorie sono sufficienti a garantire la continuità dell'utilizzo dei programmi di clemenza ovvero, nonostante la loro esistenza, la prospettiva di poter essere chiamate in giudizio per il risarcimento ridurrà l'interesse delle imprese al loro impiego.

⁷⁶ E. AL MUREDEN - BASTIANON S. - CASOLARI F. - DAL POZZO F. - DE PAMPHILIS M. - DI FEDERICO G. - FERRARO F. - FRATEA C. - SCHEPISI C., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza (a cura di) Pietro Manzini, Giappichelli, 2017;*

Venendo alla questione del possibile trasferimento del sovrapprezzo (c.d. *passing on*), il decreto, anche qui attuando la Direttiva, distingue l'ipotesi in cui l'attore sia un acquirente diretto dell'impresa che ha preso parte all'infrazione, ovvero un acquirente indiretto di quest'ultima. Nel primo caso è ipotizzabile che l'attore abbia trasferito il sovrapprezzo che ha dovuto pagare sugli acquirenti dei suoi beni o servizi e, dunque, che l'azione di risarcimento tenda a compensarlo di un danno che in realtà non ha subito, o ha subito in misura minore rispetto alla sua pretesa. Il decreto, all'art. 11, prevede che sia possibile per il convenuto eccepire il trasferimento del sovrapprezzo da parte dell'attore; la prova di tale trasferimento deve comunque essere data dal convenuto, il quale potrà avvalersi dei poteri del giudice di chiedere l'esibizione delle prove detenute dall'attore o dal terzo. Va tuttavia osservato che, conformemente all'art. 10 del decreto, l'attore, anche nel caso in cui il convenuto dimostri il trasferimento del sovrapprezzo, ha comunque il diritto di chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante dal suddetto trasferimento, totale o parziale. È ben vero, infatti, che il sovrapprezzo può essere trasferito, ma l'incremento di prezzo comporta normalmente una riduzione della domanda e, dunque, un lucro cessante per l'attore.

Il secondo caso è quello dell'azione di risarcimento per trasferimento del sovrapprezzo promossa da acquirenti indiretti dei soggetti parti dell'infrazione, ad esempio clienti delle imprese che hanno acquistato beni o servizi da imprese parti di un cartello e che, dunque, hanno probabilmente pagato per tali beni e servizi un prezzo più alto di quello che sarebbe stato chiesto altrimenti.

L'art. 12 del decreto favorisce queste azioni. È vero, infatti, che esso prevede che in tali casi l'attore deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento; tuttavia, precisa che, anche in questo caso, esso può chiedere l'esibizione delle prove al convenuto o ai terzi; e, in secondo luogo, stabilisce una serie di presunzioni piuttosto favorevoli all'acquirente indiretto.

Infatti, il par. 2 stabilisce che il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che: a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) la violazione del diritto della concorrenza ha

determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

Si tratta, comunque, di una presunzione *iuris tantum* dato che il convenuto può, in base al 3 comma, dimostrare che il sovrapprezzo non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto.

Il decreto legislativo, così come la Direttiva, lascia impregiudicata la questione della possibilità di promuovere un'azione di risarcimento da parte di coloro che non hanno avuto relazioni contrattuali con le imprese responsabili dell'infrazione, né dirette, né indirette, ma che, ciò nonostante, hanno subito un danno. Come sopra osservato, tale potrebbe essere il caso dei soggetti che, scoraggiati dal prezzo eccessivo fissato tramite un cartello, rinunciano ad un acquisto che avrebbero altrimenti effettuato.

L'art. 10 del decreto, in attuazione dell'art. 12 della Direttiva, prevede che il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza può essere chiesto da chiunque lo ha subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto o indiretto dell'autore della violazione. Tuttavia, questa disposizione non si oppone alla richiesta di risarcimento da parte di soggetti che non sono clienti né diretti né indiretti dell'impresa coinvolte nell'infrazione. Infatti, per un verso, essa è funzionalmente legata a garantire il risarcimento del danno anche nel caso di trasferimento del sovrapprezzo e non ha l'obiettivo di individuare in maniera esaustiva le categorie di legittimati; in secondo luogo, in base al principio posto dalla giurisprudenza della Corte e ripreso sia dalla Direttiva che dal decreto, la piena efficacia delle norme poste dal trattato a tutela della concorrenza sarebbe messa in discussione se 'chiunque' non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da una violazione delle stesse. È, peraltro, ben noto che la Corte di giustizia ha già da tempo riconosciuto che il diritto dell'Unione non si oppone all'ipotesi che taluni soggetti che non sono clienti né diretti né indiretti delle imprese responsabili dell'infrazione possano domandare a queste ultime il risarcimento del danno. Si

tratta dei clienti delle imprese che, pur non facendo parte di un cartello di prezzi, hanno comunque beneficiato degli effetti dello stesso, nel senso che hanno potuto vendere i loro beni o servizi ad un prezzo superiore a quello di mercato al riparto del 'prezzo ombrello' (*umbrella pricing*) stabilito dai cartellisti.

Infine, per quanto riguarda i problemi di diritto internazionale privato, si è sopra ricordato che un illecito anticoncorrenziale può produrre effetti su più mercati nazionali e pertanto può dar vita ad azioni risarcitorie parallele governate da leggi diverse. La Direttiva contiene solo due riferimenti al diritto internazionale privato. Il primo è contenuto all'art. 5 par. 1 ai sensi del quale i poteri di ordine di esibizione riconosciuti ai giudici nazionali lasciano impregiudicati i diritti e gli obblighi di tali giudici ai sensi del regolamento n. 1206/2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale⁷⁷. Il secondo, è quello contenuto all'art. 15, par. 2 della Direttiva il quale, nel contesto del riconoscimento della possibilità di azioni per il risarcimento intentate da attori a diversi livelli della catena di approvvigionamento, stabilisce che rimangono impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell'art. 30 del regolamento n. 1215/2012⁷⁸. Ciò significa che le azioni pendenti dinanzi a giudici di diversi Stati membri devono essere considerate connesse e pertanto l'autorità giurisdizionale successivamente adita può sospendere il procedimento. In assenza di norme specifiche l'individuazione del giudice competente e della legge applicabile alle azioni per il risarcimento del danno va pertanto effettuata in base alle disposizioni generali stabilite rispettivamente nel regolamento n. 1215/2012 (Bruxelles I bis) e nel regolamento n. 864/2007 (Roma II)⁷⁹.

⁷⁷ Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, g.u.UE. I 174 del 27/06/2001, 1-24

⁷⁸ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, g.u.UE. I 351, 20.12.2012, 1-32.

⁷⁹ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (ROMA II) G.U.UE. I 199, 31.7.2007, 40-49.

Capitolo 2

Illecito *antitrust*: Profili sostanziali ed elementi costitutivi

Definizione

L'illecito *antitrust* è quello conseguente alla violazione della disciplina a tutela della concorrenza, e, in particolare, consegue alla violazione degli artt. 102 e 103 TFUE ovvero, a livello nazionale, degli artt. 2 e 3 e 4 della L. 287/1990⁸⁰.

Il decreto legislativo n. 3/2017, di recepimento della Direttiva comunitaria 2014/104/UE, prevede esplicitamente il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese.

Gli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust* sono: il requisito soggettivo cioè colpa o dolo, oppure l'imputazione per rischio di impresa; il danno ingiusto, ovvero la lesione dell'interesse protetto; il nesso causale; il danno derivante dalla violazione delle norme a tutela della concorrenza, il danno conseguente alla violazione connessa con atti negoziali concluso dal danneggiante con terzi i quali assumono di aver subito un danno⁸¹.

⁸⁰ Art. 2 lett.b d.lgs n.3/2017: «diritto della concorrenza»: le disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate autonomamente, nonché le disposizioni di altro stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e le predette disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003, escluse le disposizioni che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese;

⁸¹ ALPA G., a. CATRICAL' A., *Il diritto dei consumatori*, cit.

Si è osservato⁸² che la prova degli elementi costitutivi dell'illecito civile, qualora lo strumento elettivo per realizzare gli scopi perseguiti dal diritto europeo si rinvenga nell'ambito dell'art. 2043 c.c., può essere particolarmente gravosa per chi si assume essere stato danneggiato⁸³. Ancor più difficoltosa è per le azioni c.d. *stand-alone*, dove manca il precedente accertamento dell'attività illecita da parte dell'Autorità e ove l'attore ha anche l'onere di provare il comportamento lesivo della concorrenza e delle regole di mercato tenuto dall'impresa che ha partecipato all'intesa o che ha abusato della sua posizione dominante⁸⁴.

La responsabilità civile per violazione del diritto antitrust

La lesione della concorrenza può discendere da una pluralità di comportamenti, talora diretti a pregiudicare soggetti estranei ai contratti stipulati dal responsabile,

⁸² A. BERNES, LA prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da « cartello » in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE, in Responsabilità Civile E Previdenza, fasc.3, 1 marzo 2017, pag. 0954b

⁸³ LIBERTINI M., *il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 464. Parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono concordi nell'individuare la tutela accordata ai soggetti lesi nell'ambito della responsabilità civile. La natura extracontrattuale della responsabilità appare suffragata, a livello sovranazionale, non solo dalle pronunce della Corte di giustizia, ma anche dall'intero impianto della direttiva 2014/104/UE, nonché, ora pacificamente, dal d.lgs. di recepimento, considerato, tra l'altro, il rimando esplicito all'art. 2055 c.c.

⁸⁴ Sul punto, diffusamente, MARINO, op. cit., 80 ss., ove si sottolinea che coloro i quali si assumono danneggiati da un illecito anticompetitivo probabilmente non hanno a disposizione tutte le informazioni necessarie al fine di esperire un ricorso ben circostanziato, onde ottenere il risarcimento del pregiudizio sofferto, soprattutto nel caso in cui non ci sia stato un accertamento da parte dell'autorità garante o le imprese interessate abbiano aderito ad un programma di clemenza, per cui i documenti utilizzati nel processo non sono tutti di libero accesso. Anche VASQUES, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno Resp.*, 2012, 829, osserva che se le autorità competenti sono costrette a ricorrere al meccanismo di leniency per «scardinare il muro di omertà che copre i cartelli segreti», nonostante i poteri di investigazione piuttosto invasivi ed efficaci di cui dispongono, pensare che le imprese o anche i consumatori possano sostituirsi agli organi preposti al controllo del mercato per rivelare un'intesa o pratica vietata è uno scenario difficile da ipotizzare. Ancora, diffusamente, FRATEA C., op. cit., 53 ss., ove si afferma che, dal lato del *public enforcement*, la possibilità di accesso alle prove è in grado di compromettere l'adesione ai programmi di clemenza, ma da lato del *private enforcement*, vi sono evidenti ripercussioni sull'alleggerimento in ordine all'onere della prova in capo ai soggetti interessati, spettando però ai giudici nazionali operare il bilanciamento. Per la giurisprudenza, si rimanda alla significativa pronuncia della Corte di Giust. UE, causa c-360/09, Pfreiderer, in racc., 2011, i-5161.

talaltra destinati a danneggiare le sue dirette controparti contrattuali, pertanto essa può essere fonte sia di responsabilità extracontrattuale, nel primo caso, che contrattuale nel secondo caso.

Nella reazione alle condotte anticoncorrenziali la responsabilità contrattuale ha dimensioni meno ampie rispetto a quella extracontrattuale.

La responsabilità contrattuale derivante da atteggiamenti di abuso ai danni dell'altra parte, infatti, non guarda tanto ai rapporti di forza del mercato, quanto alla circoscritta relazione tra i contraenti; così, ad esempio, nel caso di responsabilità per inadempimento in capo alla parte che, approfittando della dipendenza economica in cui si trovi l'altra, receda unilateralmente dal rapporto⁸⁵ si è ravvisata la violazione di un generale divieto di abuso del diritto ed un conseguente obbligo di risarcire il danno.

Mentre nell'ambito della responsabilità extracontrattuale occorre concretizzare la formula tipica dell'art. 2043 c.c. e quindi individuare gli interessi protetti⁸⁶ e stabilire, di conseguenza, chi siano i titolari del diritto al risarcimento; nel contesto della responsabilità contrattuale, la selezione del destinatario è già compiuta, essendo tale il contraente che ne subisce il pregiudizio, e si deve stabilire se, ricorrendo eventualmente una clausola generale di buona fede, sia stato tenuto un comportamento inadempiente⁸⁷.

Nella responsabilità contrattuale non è, dunque, necessario stabilire se si è di fronte ad una condotta repressa dalla disciplina *antitrust* per selezionare l'interesse protetto; al più si potrà dire che se vi è una violazione di tale normativa essa può tradursi nella violazione degli obblighi derivanti dal dovere di correttezza e quindi rilevare come illecito contrattuale, ma, l'illecito contrattuale, in sé, può ravvisarsi anche in assenza di una condotta anticoncorrenziale e, in alcuni casi, addirittura

⁸⁵ A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto* a cura di G.GITTI, G.VILLA, Bologna, 2008, 237

⁸⁶ P. TRIMARCHI, *voce Illecito*, in *Enc. Dir.* vol.xx

⁸⁷ VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *trattato del contratto* a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 774 ss.

l'illecito *antitrust* può favorire anziché danneggiare il contraente a cui non sia addebitabile la violazione⁸⁸.

Si pensi all'imposizione di prezzi predatori attuata con la vendita di prodotti sottocosto al fine di estromettere dal mercato i concorrenti o di ostacolare l'ingresso dei *new comers*, in questo caso gli acquirenti (consumatori) quanto meno nel breve periodo, finiscono addirittura per essere avvantaggiati dall'illecito anticoncorrenziale, mentre, ad essere danneggiati sono i soggetti estranei al contratto ovvero i concorrenti⁸⁹. Ovvio che poi, nel lungo periodo la pratica finisce per danneggiare anche gli acquirenti che, a seguito dell'esclusione dal mercato dei concorrenti, si troveranno a pagare un prezzo monopolistico per il medesimo bene che avevano acquistato sottocosto o vedranno compromesso il ventaglio di scelta⁹⁰ o diminuite le qualità del prodotto.

Analogamente accade nel caso degli sconti fidelizzanti, diretti a creare con il cliente una sorta di rapporto di esclusività; anche in questa ipotesi ad essere danneggiati non sono le parti che nel breve periodo ne traggono vantaggio, ma ancora una volta sono i concorrenti, i quali vedranno impedito, a seguito di tale condotta, il proprio accesso al mercato o ostacolata la loro espansione⁹¹.

Simili considerazioni valgono, inoltre, quando a lamentare il danno siano soggetti posti in un anello della catena produttiva o distributiva non adiacente a quello in cui si pone il responsabile dell'infrazione: una violazione *antitrust* può danneggiare non solo il contraente diretto ma anche quello indiretto sul quale il primo abbia trasferito il danno e che non ha alcun vincolo contrattuale con l'autore dell'illecito.

Dall'analisi delle condotte vietate emerge come esse coinvolgono usualmente soggetti che sono estranei ad un vincolo contrattuale con il responsabile (come nel caso di abuso escludente) o ancora soggetti che subiscono l'illecito

⁸⁸ L.CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, giuffrè editore, Milano 2012, 5

⁸⁹ P.GIUDICI, *I prezzi predatori*, Milano 2000; F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna 2001, pp.101 ss.

⁹⁰ G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie della concorrenza*, Trento, 2007 82 ss.

⁹¹ S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, 257 ss.

contemporaneamente o nella fase anteriore alla stipulazione del contratto con questi (come ad esempio nel caso di intesa che imponga agli acquirenti un prezzo anti-competitivo per l'acquisto di un determinato prodotto); in ambo i casi il comportamento illecito origina, di norma, una responsabilità extracontrattuale⁹².

In questo contesto si pone il quesito circa i rapporti intercorrenti tra le disposizioni che vietano intese ed abusi di posizione dominante e la disposizione di cui all'art. 2043 c.c. alla luce della quale è da considerarsi ingiusta qualsiasi lesione di interessi giuridicamente protetti e che risultino meritevoli di tutela nella comparazione con gli interessi perseguiti dall'autore dell'illecito⁹³.

Pur essendo oggi pacifico che la posizione dei consumatori nel mercato è giuridicamente tutelata dalla normativa *antitrust*, sarebbe, tuttavia, affrettato concludere che ogni violazione di tale normativa cagiona un danno ai consumatori⁹⁴.

Infatti, non tutte le violazioni del diritto *antitrust* consistono, ad esempio, in un aumento dei prezzi praticati ai consumatori concordato tra imprese concorrenti o nell'applicazione di prezzi eccessivi stabiliti da un'impresa dominante⁹⁵.

Piuttosto, è vero che, da un lato, la normativa *antitrust* vieta e sanziona anche intese che hanno solo per "oggetto" una restrizione della concorrenza, a prescindere, quindi, dalla loro effettiva attuazione e dagli eventuali danni cagionati ai consumatori, dall'altro lato, la violazione *antitrust* può esser posta in essere anche da imprese che non si relazionano direttamente con i consumatori finali, sicché gli effetti di tale violazione vengono sopportati e assorbiti interamente da imprese intermediarie, che acquistano prodotti o servizi oggetto della condotta anti-competitiva⁹⁶.

⁹² C.M.BIANCA, *Il contratto*, in diritto civile, vol.3, Milano 2000, 157 ss.;

⁹³ P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit.,

⁹⁴ SIRAGUSA M., EMANUELE C.F., D'OSTUNI M., *La responsabilità civile in materia antitrust*, tomo ii, in codice ipertestuale della responsabilità civile e a cura di Confortini, Carnevali E Bonilini, Torino, 2008;

⁹⁵ CENDON, P., & PONCIBÒ, C. *Il risarcimento del danno al consumatore*. Milano, 2016

⁹⁶ LIBERTINI M.; *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in CG, 8, 2005

I soggetti tutelati

La violazione di una disposizione *antitrust* può ledere, oltre al buon funzionamento della concorrenza, gli interessi dei singoli che operano sul mercato all'interno del quale si è verificato l'illecito⁹⁷. Già con la sentenza *Courage*⁹⁸ era stato affermato il principio di diritto per cui chiunque può agire per il risarcimento del danno causatogli da un comportamento anticoncorrenziale, principio confermato dalla sentenza *Manfredi*⁹⁹.

Nella giurisprudenza italiana l'affermazione della legittimazione ad agire anche in capo ai consumatori si ricollega alla nota vicenda dell'intesa tra le compagnie assicurative.

Fino alla pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite¹⁰⁰ era posta in dubbio la legittimazione ad agire dei consumatori finali. Questa interpretazione restrittiva si basava sull'idea che le finalità perseguite dalla disciplina *antitrust* fossero limitate, al pari della disciplina codicistica contenuta negli artt. 2595 ss. alla sola tutela della libera concorrenza fra le imprese. Sulla base di simili premesse la giurisprudenza, sia di legittimità¹⁰¹, sia di merito affermava l'applicabilità della normativa *antitrust* alle sole azioni risarcitorie promosse dagli imprenditori concorrenti. Ove, invece, fosse stato il consumatore a lamentare di aver subito un danno, la strada da seguire era quella dell'art. 2043 c.c. occorreva, dunque, selezionare la posizione protetta secondo lo schema dell'illecito civile. La vicenda sulla quale è stata chiamata a pronunciarsi la Suprema Corte a Sezioni Unite è nota: a seguito di un provvedimento del Garante che aveva accertato l'intesa illecita (consistente nello

⁹⁷ Corte Di Giustizia 5 febbraio 1963 cit., Corte di Giust. 9 luglio 1969 in racc. 1969, 309, Corte di Giust. 30 gennaio 1974 in racc. 1974, 51; Corte di Giust. 28 febbraio 1991 in racc, 1991 935, Corte di Giust. 14 dicembre 2000 in racc., 2000, 11369.

⁹⁸ Corte Di Giust. 20 settembre 2001, in Danno E Resp., 2001 1151.. in dottrina KOMNINOS, *New prospect of private enforcement of EC competition law, Courage v. Crehan and the community right to damages*, in Common Market Law Review vol- 39, 2002, p. 447 ss.

⁹⁹ Corte di Giust. 13 luglio 2006, in Resp. Civ. E Prev., 2006, 11, 1855.

¹⁰⁰ Cass. civ. sez. un. 4 febbraio 2005 n. 2207

¹⁰¹ Cass. civ. 9 dicembre 2002, n. 17475 in Foro It. 2003 i 1121;

scambio di informazioni) di trentanove compagnie assicuratrici¹⁰², numerosi assicurati, ipotizzando un nesso tra intesa e aumenti illeciti del costo della polizza, si rivolgevano a Giudici di Pace per ottenere la restituzione di quanto pagato in eccesso. La scelta del Giudice adito è stato oggetto di eccezione da parte delle imprese convenute, che hanno fatto ricorso alla Suprema Corte, la quale confermava la competenza del giudice di pace, sulla base dell'inapplicabilità della disciplina *antitrust* (con conseguente competenza della Corte di Appello) nei confronti del consumatore¹⁰³. Investita della medesima questione, la terza sezione della Corte di Cassazione forniva una soluzione diametralmente opposta¹⁰⁴ e rimetteva la questione alle Sezioni Unite. Queste ultime, allineandosi all'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, rinvenivano nell'illecito *antitrust* un torto plurioffensivo idoneo a ledere i diritti di qualunque soggetto, anche dei consumatori¹⁰⁵.

La Direttiva 2014/104/UE e il decreto legislativo n.3/2017, recependo gli indirizzi giurisprudenziali, ribadiscono e sanciscono la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno in capo a chiunque¹⁰⁶ sia stato danneggiato dall'illecito *antitrust*. Ed invero ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. 3/2017 soggetto danneggiato,

¹⁰² ACGM, 28 luglio 2000, n. 8546, in boll. 30/2000

¹⁰³ Cass. Civ. 9 dicembre 2002 n. 17475 in foro it, 003, i, 1121

¹⁰⁴ Cass. civ. sez.III, 17 ottobre 2003 n. 15538, In Foro It. 2003, I, 2938

¹⁰⁵ Cass. Sez.Unite, 4 febbraio 2005 n. 2207, cit.; successivamente Cass., civ. 2 febbraio 2007 n. 2305, la Suprema Corte ribadisce la coincidenza del danno anticoncorrenziale con la lesione dell'interesse ultra-individuale alla libertà contrattuale concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale. La tutela di un simile interesse viene ricondotta alla disciplina di cui all'art. 2043 c.c. richiamando a tal fine la teoria generale dell'illecito, secondo la quale qualsiasi lesione di un interesse giuridicamente rilevante dà luogo alla tutela risarcitoria. La qualificazione formale del bene oggetto di tutela appare tuttavia incerta: la suprema Corte fa riferimento al contempo ad un interesse, quello ultra-individuale alla concorrenza, ed a un diritto, quello di godere dei benefici della competizione commerciale, specificando, altresì, l'irrelevanza della qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, dal momento che, a seguito della nota pronuncia della suprema Corte n. 500/1999 ai fini dell'azionabilità del rimedio risarcitorio è sufficiente la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante.

¹⁰⁶ Il *chiunque* individuato prima dalla Corte e poi dalla direttiva assolve un ruolo sociale, perché funge ad escludere che della sua cerchia possano fare parte solo i concorrenti. In tal senso BARCELLONA, *Funzione compensatoria del risarcimento e private enforcement del diritto antitrust*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit.

legittimato attivo è: <<una persona, fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica, che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza>>. Sulla stessa linea, e a maggior specificazione, si pone il considerando n.13 della Direttiva 2014/104/UE ove si precisa: <<il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica consumatori, imprese e pubbliche autorità a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione, e a prescindere dal fatto che un'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione>>.

Per individuare i soggetti che hanno legittimazione attiva occorre verificare se la Direttiva e il decreto di recepimento li elenca o se dà sufficienti indizi per qualificarli.

L'espressione “*chiunque*” non è di per sé dirimente, come per l'applicazione dell'art. 2043 c.c., può trarre in inganno il suo *incipit*, l'espressione “*qualunque*” (fatto dannoso o colposo) infatti non esclude un'accurata selezione degli interessi incisi e dei danni risarcibili.

A parte l'enunciazione generica (consumatori, imprese, Autorità pubbliche) molti sono gli indizi ulteriori che la Direttiva esplicita per delineare la legittimazione attiva: ad esempio nel considerando 43 parla di condizioni alle quali sono venduti i beni o servizi, di forniture nel caso di cartello tra acquirenti (e quindi si esclude la categoria dei fornitori) di acquirenti diretti e indiretti¹⁰⁷. Si possono, quindi, considerare legittimati ad esperire l'azione di risarcimento:

- l'imprenditore concorrente che, a seguito del comportamento anticoncorrenziale, ha subito un danno patrimoniale connesso alla redditività della sua azienda (come accade per il danno da imitazione servile, per dumping, per denigrazione di prodotti, etc.);
- l'imprenditore “debole” che ha partecipato alla Commissione dell'illecito anticoncorrenziale a causa di rapporti con l'imprenditore più forte; l'imprenditore

¹⁰⁷ ALPA G., a.CATRICALA', *il diritto del consumatore*, cit.,

che ha subito l'abuso di posizione dominante o l'abuso di dipendenza economica; i fornitori, (anche in questi casi viene in rilievo un diminuzione di reddito o un danno al patrimonio);

- i consumatori e gli utenti e in questo caso si può parlare di limitazione alla libertà contrattuale oppure, a seconda dei casi di danno al patrimonio per aver dovuto versare un prezzo più alto rispetto a quello che sarebbe stato praticato se non vi fosse stato l'abuso, o in generale il comportamento anticoncorrenziale;

- l'Autorità pubblica con riguardo ai rapporti istituiti con le imprese che hanno commesso l'illecito *antitrust*.

- gli acquirenti indiretti: una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che abbia acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi

In un caso singolare, la Corte di Giustizia ha riconosciuto legittimazione attiva anche alla stessa Commissione, la quale agiva in giudizio per ottenere il risarcimento del danno che l'Unione Europea aveva subito a seguito di un illecito anticompetitivo¹⁰⁸.

Ingiustizia del danno e interesse lesa

Il primo degli elementi che necessitano essere indagati nell'ambito dell'illecito è certamente l'ingiustizia del danno che nel caso dell'illecito *antitrust* trova la sua base nel fatto che la sfera giuridico-patrimoniale di taluni soggetti è incisa da pratiche che il legislatore vieta. Tuttavia, l'antigiuridicità del danno, a parte la sua necessaria derivazione da un comportamento qualificato come illecito, necessita anche di un rapporto con lo scopo della norma violata e, quindi, con le finalità di

¹⁰⁸ Corte di Giust. UE, grande sez., 6 novembre 2012, c-199/11, *Europese Gemeenschap*, in www.curia.europa.eu. Per un'accurata disamina del caso, v. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contr. Impr. Europa*, 2014, 78 ss.

tutela della disciplina, sicché devono risultare lesi gli interessi privati alla cui tutela sia orientata la normativa che preserva la concorrenza: ossia gli interessi di questi soggetti in vario modo “affiancati” all’autore dell’illecito, siano essi concorrenti o clienti, a non vedere la propria situazione patrimoniale offesa da comportamenti anticoncorrenziali¹⁰⁹.

Affinché di «*danno ingiusto*» si possa parlare, stando alla dottrina prevalente ed alla giurisprudenza oggi maggioritaria, non viene richiesta la violazione di una particolare norma, né la lesione di un certo diritto soggettivo, essendo sufficiente l'interferenza ingiustificata sull'interesse, a seconda dei casi, dei consumatori, alla libera esplicazione delle proprie scelte contrattuali in un regime di concorrenza effettiva e non apparente, ovvero delle imprese alla propria posizione concorrenziale sul mercato, com'è quella del Mercato Unico. Siffatti interessi trovano fondamento nella normativa nazionale (l. n. 287/1990), nella Costituzione (artt. 2 e 41 Cost.) e, soprattutto, nei Trattati dell'UE¹¹⁰. Ai consumatori ed alle

¹⁰⁹ LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle regole antitrust, in giurisprudenza commerciale*, 1998, pp. 649 ss.

¹¹⁰ in argomento, LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in danno resp., 2004, 935; PARDOLESI, *cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in Foro It., 2004, i, 473; TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 153; osti, *abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in danno resp., 1996, 114; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in riv. dir. civ., 1993, 543, secondo cui la Legge antitrust non è posta solamente a garanzia della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 1, cost., bensì attua il comma 2 del medesimo articolo, relativo al valore dell'utilità sociale. Di contrario avviso CASTRONOVO, *Antritrust e abuso*, cit., 471; id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno Resp.*, 2004, 1165: l'autorevole studioso ravvisa una diversa lettura dell'art. 2043 c.c., in termini di norma secondaria, la quale presuppone comunque la previa violazione di una norma primaria, quest'ultima non riscontrabile nel caso de quo. Ipotizza la lesione di un interesse legittimo, per poi escluderla nella specie, MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, i, 670. Per GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro It.*, 2004, i, 482; e, più di recente, MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto Impr. Europa*, 2015, 394, i consumatori adducono la lesione di uno specifico diritto soggettivo alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali relativi a beni e servizi. Contra G. ROSSI, op. cit., 234, considerata la difficoltà di intravedere diritti soggettivi lesi dall'autore dell'illecito: l'a. considera invece le regole antitrust come norme di protezione degli interessi — anche — dei consumatori e, ove violate, rendono addirittura superfluo il ricorso alla clausola generale dell'art. 2043 c.c. si interrogano relativamente alla natura primaria o secondaria da attribuire all'art. 2043 c.c., ovvero di clausola

imprese, quali protagonisti del mercato, viene perciò garantita la libertà di scelta nell'allocazione delle risorse e nelle modalità di soddisfazione dei bisogni espressi nel mercato¹¹¹. In altri termini, secondo taluni, si va delineando l'idea che l'interesse al libero esercizio dell'autonomia privata possa rappresentare un bene protetto di concerto con la tutela *antitrust* tradizionalmente intesa: la protezione accordata dall'ordinamento anche soltanto ad interessi giuridicamente meritevoli di tutela, senza dover procedere con la ricerca di un diritto soggettivo, permette di reprimere la lesione attraverso il ricorso alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

D'altro canto si è evidenziato¹¹² che il tipo di interesse privato lesso varia a seconda della categoria di appartenenza del danneggiato. Talvolta l'interesse lesso va a identificarsi con quello generico costituito dalla libertà contrattuale, altre volte può consistere in un diritto proprio come ad esempio il diritto d'autore. Alcuni fanno riferimento all'interesse del mercato inteso come bene comune. In ogni caso, occorre rilevare, che l'identificazione dell'interesse protetto non rende necessario che l'attore danneggiato da una condotta illecita anticompetitiva debba identificare uno specifico diritto soggettivo lesso. Infatti, è ormai pacifico principio di diritto che l'interesse in concreto vantato è quello ultra-individuale alla libertà contrattuale concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta¹¹³.

generale o di norma generale, di illecito tipico o atipico, camardi, op. cit., 874; E. CAMILLERI, *la tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in Europa dir. priv., 2007, 82 ss. la giurisprudenza, d'altra parte, ha parlato inizialmente di «diritto alla concorrenza» (App. Milano, 18 luglio 1995, in foro it., 1996, i, 276, con nota di osti), poi di «diritto di scelta effettiva» tra i prodotti in concorrenza (sez. un. civ., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.), per giungere, infine, ad individuare un «interesse ultra individuale alla libertà contrattuale», concretantesi nel « diritto di godere dei benefici della competizione commerciale ».

¹¹¹ INZITARI, op. cit., 504. per ALPA G., op. cit., 1238, sotto il profilo del danno ingiusto, l'interesse privato lesso varia a seconda della categoria di appartenenza del danneggiato.

¹¹² G.ALPA, l'illecito antitrust, casi materiali, cit.,

¹¹³ Corte di cassazione, sentenza 2305/2007 cit.

Elemento soggettivo

La Direttiva 2014/104/UE, così come il d.lgs. 3/2017, non precisa se il danneggiato debba provare la colpa o il dolo dell'impresa che ha violato la disciplina *antitrust*¹¹⁴.

Ci si chiede allora se, nei limiti dei principi di effettività e di equivalenza, gli Stati membri siano liberi di determinare l'elemento soggettivo dell'illecito ovvero l'assenza dello stesso e configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva¹¹⁵.

Il dibattito relativo ai criteri di imputabilità delle condotte *antitrust* risulta particolarmente sentito in caso di illeciti plurisoggettivi¹¹⁶ soprattutto con specifico

¹¹⁴ Come riporta FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2015, 51., 67, la Commissione auspicava che, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia in ordine ai presupposti della responsabilità civile per violazione di norme dei trattati direttamente applicabili e del principio di effettività, negli stati membri dove fosse ritenuto applicabile il requisito della colpa, questo fosse applicato in maniera quanto meno limitata; inoltre, la responsabilità sarebbe stata da escludere, una volta accertata la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, solo se il convenuto fosse riuscito a dimostrare che la violazione stessa era il risultato di un errore realmente scusabile, cioè se una persona ragionevole, agendo con un elevato livello di diligenza, non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitasse la concorrenza.

¹¹⁵ MARINO, op. cit., 89, nt. 41. per ALPA G., op. cit., 1237, il danneggiato non deve provare l'esistenza dell'elemento soggettivo, perché ciò che rileva è il risultato, l'effetto del comportamento.

¹¹⁶ Rileva correttamente LIBERTINI M., *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, in riv. it. Scienze Giur., 2012, 309, che «il problema dell'accertamento dell'antigiuridicità obiettiva dei comportamenti si complica, invece, quando si ha riguardo a comportamenti concorrenziali illeciti plurisoggettivi, cioè posti in essere necessariamente da più imprese "d'intesa" fra loro; cioè quando si tratta di applicare il divieto delle intese posto dalle norme antitrust». La tematica della sanzioni e dell'efficienza del sistema sanzionatorio esistente è oggetto di ampia discussione; si vedano, più di recente, i contributi di Barbier De La Serre-Lagathu, *The law on fines imposed in EU competition proceedings: consolidating the foundations before the tide goes out*, in journal of european competition law & practice, 2016, 7, 335 ss.; e id., *The law on fines imposed in EU competition proceedings: fifty shades of undertakings*, ivi, 2015, 6, 530 ss., ove si dà conto degli orientamenti della commissione della Corte di giustizia nel 2014 in materia di ammende. cfr. anche WALSH, *Carrots And Sticks-Leniency And Fines In EC Cartel Cases*, in EU. Comp. Law Rev., 2009, 1, 30 ss.; CONNOR, *Has the European Commission become more severe in punishing cartels? effects of the 2006 guidelines*, in EU. Comp. Law Rev., 2011, 1, 27-36; id., *Cartel fine severity and the european commission: 2007-2011*, ivi, 2013, 58 ss.; gli ultimi due contributi sono focalizzati sull'evoluzione della prassi sulle ammende, in seguito all'adozione della revisione — del 2006 — delle linee guida della commissione (nel secondo articolo si rinviene anche una comparazione statistica rispetto alle sanzioni del department of justice, degli USA, nonché ampi riferimenti bibliografici all'evoluzione della politica sanzionatoria della commissione).

riguardo alle pratiche concordate ¹¹⁷ e, conseguentemente, alla ulteriore problematica — intimamente connessa alla precedente — della rilevanza dell'elemento psicologico della condotta illecita nel diritto antimonopolistico. Dibattito che non sembra aver ancora trovato una sistemazione definitiva, innanzitutto, in considerazione del fatto che le norme sanzionatorie poste a tutela della concorrenza attengono a fattispecie dai confini aperti «*definite dal legislatore in modo molto generico, al fine di prevenire eventuali manovre elusive delle imprese interessate*»¹¹⁸. In secondo luogo può rilevarsi una certa dinamicità, nel

¹¹⁷ Intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata è (cfr. Trib. I grado UE, 29 giugno 2012, t-370/09, Gdf Suez Sa/Commissione, in <http://curia.Europa.EU/>), « una forma di coordinamento fra imprese che, senza spingersi fino alla conclusione di un vero e proprio accordo, sostituisce scientemente i rischi della concorrenza con una cooperazione pratica tra le imprese interessate; i criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune; se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato ». Ovvero, secondo la terminologia utilizzata dalla giurisprudenza nazionale, «una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza » (cons. stato, 13 maggio 2011, n. 2925, in foro amm. cds, 2011, 1621; e in giurisdz. amm., 2011, i, 763). La giurisprudenza, dunque, richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, di talché nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'autorità, un accordo espresso (così Cons. Stato, 4 settembre 2015, n. 4123, in Dir. Ind., 2015, 437, con nota di CISTARO; e in Foro Amm., 2015, 2269). In tali fattispecie, l'apporto causale delle condotte tenute dai partecipanti al concerto può essere estremamente differenziato, con la conseguenza di potere (e dovere) graduare la responsabilità delle singole imprese partecipanti. Il che appare evidente ove sia abbia riguardo ai contorni della fattispecie: D'OSTUNI, *Il concetto di intesa*, in pace (a cura di), dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Napoli, 2013, 72-74, ricorda che la giurisprudenza della UE ha progressivamente identificato tre elementi costitutivi fondamentali della pratica concordata, vale a dire: l'esistenza di un contatto fra le imprese tale da ridurre l'incertezza circa i comportamenti delle imprese stesse; l'esistenza di un comportamento sul mercato idoneo ad impedire o restringere o falsare la concorrenza; la sussistenza di un nesso causale fra i contatti fra i concorrenti e la successiva condotta sul mercato.

¹¹⁸ Osserva LIBERTINI M., *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, cit., 318, che « l'illecito antitrust è un illecito atipico ».

tempo, nell'interpretazione delle norme stesse, siccome influenzata dall'evoluzione della scienza economica e dal prevalere, in un dato momento storico, di un determinato approccio economico in luogo di un altro¹¹⁹ (costituisce affermazione ricorrente e sostanzialmente condivisa quella secondo cui nel diritto *antitrust* non sia possibile prescindere dall'approccio economico¹²⁰, ovvero che, come altrettanto autorevolmente rilevato, il modo di impostare i problemi e i concetti di riferimento dell'analisi economica del diritto *antitrust* siano diventati «*il tessuto comune dei discorsi non solo degli studiosi, ma anche delle autorità e della giurisprudenza*»¹²¹). Secondo una impostazione¹²² tutto il diritto della concorrenza, vigente in Italia, è caratterizzato dalla distinta rilevanza: (i) dei comportamenti d'impresa anticoncorrenziali oggettivamente antiggiuridici, sanzionati con l'inibitoria o con altri rimedi specifici (in funzione preventiva), e (ii) dei comportamenti anticoncorrenziali illeciti in senso proprio (i.e. caratterizzati anche dalla rilevanza dell'elemento soggettivo), sanzionati (anche) con il risarcimento del danno e con la

¹¹⁹ PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in aa.vv., 20 anni di antitrust, a cura di Rabitti Bedogni-Barucci, cit., 123, rileva come «il dilemma, dunque, non è approccio economico o no, semplicemente perché non c'è modo di farne a meno. Il vero argomento del contendere è: quale approccio economico. Perché, a questo livello, emergono impostazioni ideologiche suscettibili di conformare in modi assai diversi l'*enforcement* antimonopolistico». BUCCIROSSI-FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in FRIGNANI-BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, cit., 3, rilevano come sia «di fatto impossibile cogliere gli aspetti fondamentali del diritto antitrust senza la comprensione di alcune nozioni fondamentali di economia». Nel contempo, i medesimi autori osservano che «l'atteggiamento dei legislatori nei confronti della concorrenza dovunque ha subito dei corsi e ricorsi storici».

¹²⁰ Tanto che la domanda «*se esista un'elaborazione giuridica in materia antitrust che faccia storia a sé e sia davvero sottratta all'influenza dell'argomento economico*» è stata qualificata — da autorevole dottrina — come «futile» (così PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 123). La trattazione del tema, anche solo per cenni, appare del tutto incompatibile con il carattere sintetico del presente elaborato. Si vedano, per le linee di fondo del dibattito, sempre PARDOLESI, *analisi economica e diritto antitrust*, cit., 123 ss.; id., *chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in merc. conc. reg., 2007, 119; cfr. poi DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in aa.vv., 20 anni di antitrust, a cura di Rabitti Bedogni-Barucci, cit., 137 ss.; DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico del diritto antitrust*, in merc. conc. reg., 2006, 563 ss.

¹²¹ DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, cit., 138 sub nt. 3, con un certo accento critico.

¹²² LIBERTINI M., *Brevi note sulle responsabilità nel diritto antitrust*, cit.;

soggezione a sanzioni amministrative pecuniarie e (in qualche caso) anche a sanzioni penali.

Si può dire che le imprese possono essere destinatarie di due tipi di rimedi in reazione a comportamenti anticoncorrenziali da loro posti in essere, o almeno preparati¹²³ l'ordine inibitorio (cessazione o correzione) a fronte dell'accertamento dell'oggettiva antiggiuridicità del comportamento; la condanna a sanzioni (civili risarcitorie, o pecuniarie amministrative, o penali) per comportamenti anticoncorrenziali qualificati dall'elemento soggettivo della colpevolezza.

Nell'ordinamento italiano, questa doppia rilevanza è sancita, per la concorrenza sleale, negli artt. 2599 e 2600 c.c., e, per il diritto *antitrust*, nell'art. 15 legge 287/1990¹²⁴. Nel diritto europeo, la stessa indicazione è contenuta, per il diritto *antitrust*, nel Reg. 1/2003/CE, all'art. 7¹²⁵ che ha come presupposto la «*mera contrarietà obiettiva della condotta alle prescrizioni normative*»¹²⁶ per contro, l'art. 23 dello stesso Regolamento sancisce che la Commissione può irrogare ammende alle imprese solo quando queste commettono un'infrazione «*intenzionalmente o per negligenza*».

¹²³ Nel diritto della concorrenza, la sanzione inibitoria, di cui si parla nel testo, può essere irrogata anche a fronte di un atto semplicemente «idoneo a danneggiare» la concorrenza, ancorché non ancora produttivo di concreti effetti anticoncorrenziali. Il punto, testualmente sancito nella disciplina in materia di concorrenza sleale (art. 2598), è costantemente affermato anche nell'applicazione delle norme *antitrust* (v., p.e., TRIB. I GR. CE, 17 dicembre 2003, t- 19/99, *British Airways*) su questa base è possibile l'irrogazione del rimedio inibitorio anche di fronte al semplice «tentativo», cioè ad atti preparatori adeguati al prossimo compimento di un illecito concorrenziale. Sul punto v. già LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura Di F. Galgano, iv, Cedam, Padova, 1979, 245. Nella giurisprudenza più recente v., in tal senso, Trib. Nuoro, 3 luglio 2003, in *Rass. Giur. Sarda*, 2004, 759; Trib. Monza, 5 Febbraio 2002, in *Giur. Mer.*, 2002, 1266; ma, in senso contrario, Trib. Venezia, 8 marzo 2006, in *dir. ind.*, 2007, 261.

¹²⁴ F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni della Legge antitrust*, in *legislazione penale*, 1990, 415; A. CARUSO, *colpa nell'illecito antitrust*, in *danno e responsabilità*, 1998, 118 ss.

¹²⁵ l'art. 7 sancisce che «*se la commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. a tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa*»

¹²⁶ così M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli nel diritto della concorrenza*, in *concorrenza e mercato*, 2011, 570

In ordine ai comportamenti oggettivamente antigiusuridici ciò che viene in gioco è l'*attività* dell'impresa¹²⁷ come insieme di atti (giuridici e materiali) oggettivamente concatenati al fine della produzione o dello scambio di certi beni e servizi, e imputati a certi soggetti secondo regole proprie della disciplina dell'impresa, non sempre coincidenti con le regole di imputazione degli atti individuali. La reazione dell'ordinamento si legittima perché l'attività d'impresa si svolge con modalità valutate come riprovevoli, anche se non venga accertata una singola azione od omissione, di per sé meritevole di condanna. Viceversa, quando si passa a considerare i comportamenti illeciti, produttivi di obbligo di risarcimento o di sanzioni afflittive, occorre individuare una precisa *azione (od omissione)* colpevole compiuta da uno o più soggetti, i cui comportamenti sono, a loro volta, imputabili all'impresa. Pertanto, occorre che il comportamento oggettivamente anticoncorrenziale si colori anche di un elemento soggettivo di colpevolezza ai fini dell'applicazione del rimedio civile risarcitorio in campo *antitrust* (ove anzi, secondo l'orientamento prevalente, può anche applicarsi per analogia la presunzione di colpa sancita dall'art. 2600 c.c.)¹²⁸, inoltre la colpa si presume in caso di condotte illecite tipizzate.

Nei procedimenti civili *antitrust*, stando ad una interpretazione letterale dell'art. 2, Reg. 1/2003, quindi, la parte attrice ha solo l'onere di provare le componenti positive della fattispecie dell'intesa concorrenziale (o dell'abuso); la parte convenuta ha invece l'onere di provare per intero la sussistenza delle circostanze esimenti. Qui insorge però un altro problema: l'illecito *antitrust*, secondo questa impostazione¹²⁹, è un illecito atipico, per cui nessun componente della fattispecie può mai dirsi assolutamente decisiva, ai fini della eventuale condanna. Dunque

¹²⁷ La più ampia e approfondita trattazione in materia è quella di N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, Milano, 2001

¹²⁸ cfr., da ultimo, M. SCUFFI, in *codice commentato della concorrenza e del mercato* (nt. 16), 1413. Critico nei confronti dell'autore (L. NIVARRA), che per primo ha proposto questa tesi, è A. CARUSO *Colpa nell'illecito antitrust*, In *Danno E Responsabilità*, 1998, 118 ss.

¹²⁹ LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in *i contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli (in *trattato dei contratti*, dir. Da P. Rescigno e E. Gabrielli), Torino, 2011, 85 ss

l'onere della prova di parte attrice dovrà essere incentrato su quegli elementi che consentano di formulare un giudizio *presuntivo* di sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, fermo restando che questa presunzione sarà sempre reversibile se la controparte riuscirà a produrre prove adeguate a tal fine. La presunzione dell'illiceità *antitrust* di un certo comportamento imprenditoriale può derivare, in primo luogo, dal fatto che il comportamento sia descritto come tale o nella normativa primaria (p.e. nell'elenco dell'art. 101, par. 1, T.F.U.E.) o secondaria (ivi comprese le comunicazioni della Commissione). Lo stesso valore presuntivo deve peraltro attribuirsi anche agli orientamenti giurisprudenziali consolidati. La prova contraria, in capo al convenuto, avrà ad oggetto, nei procedimenti civili, in primo luogo la sussistenza dei requisiti di esenzione (guadagni di efficienza etc.), di cui all'art. 101.3 T.F.U.E. Un secondo livello di prova contraria, ammissibile in linea di principio, riguarda il caso di errore scusabile: ciò può accadere, soprattutto, in presenza di oggettive incertezze nell'interpretazione di una norma o di oscillazioni giurisprudenziali¹³⁰.

Secondo altra impostazione¹³¹, invece, per quanto attiene all'elemento soggettivo, se il comportamento *antitrust* è stato accertato da un atto amministrativo o da una sentenza del giudice amministrativo, spetterà all'impresa convenuta dimostrare l'inapplicabilità della disciplina *antitrust*, la sussistenza di esenzioni e ogni altra circostanza tale da escludere che la violazione sia avvenuta¹³². La colpa, dunque, è oggettiva, consistendo nella violazione di norme che prescrivono un determinato comportamento. L'onere della prova è per la tipologia di illecito invertito¹³³.

Appare non essere necessario, dunque, dare dimostrazione dell'esistenza di un requisito soggettivo, perché, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza e, quindi, delle sanzioni collegate con la sua violazione ciò che conta è il risultato, l'effetto del comportamento. Trattandosi, quindi, di una fattispecie tipica

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. Vi, 4 Maggio 2009, N. 2788.

¹³¹ ALPA G.: L'illecito antitrust: casi e materiali, cit.,

¹³² ALPA G., L'illecito antitrust, cit.

¹³³ ALPA G., L'illecito antitrust, cit.

non si applica a essa l'art. 2043 c.c. in tutti i suoi aspetti¹³⁴, e la regola della prova della colpa o del dolo ai fini del risarcimento del danno extracontrattuale, conoscerebbe nel caso dell'illecito *antitrust* una eccezione.

Sul punto, analogamente, il Libro Bianco prevedeva che una volta che la vittima ha dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione è ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione era il risultato di un errore realmente scusabile. Un errore è scusabile se una persona ragionevole che agisce con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento fosse idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato¹³⁵.

Tale impostazione si rende peraltro necessaria atteso che altrimenti nell'illecito *antitrust*, la prova dell'elemento soggettivo risulterebbe eccessivamente gravosa considerato, tra l'altro, che ai sensi della normativa *antitrust* l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica della consapevolezza dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento¹³⁶.

Nesso causale

Secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c., chi agisce per ottenere il risarcimento del danno ha l'onere di provare il danno e la sua derivazione causale dalla condotta illecita. Applicando tale principio all'azione di danni da illecito *antitrust* emerge la differenza fra il *public enforcement* e, appunto, il *private enforcement*.

¹³⁴ ALPA G., CATRICAL' A., *Diritto dei consumatori*, cit., p. 461

¹³⁵ Libro Bianco, § 2.4. Sull'errore scusabile cfr. tar Napoli, sez. iv, 6 luglio 2012, n. 3277, in *Foro Amm. Tar*, 2012, 7-8, P. 2452.

¹³⁶ Cons. Stato, Sez. Vi, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, P. 977; Cons. Stato, Sez. Vi, 2 marzo 2004, n. 926, in *foro amm. c.d.s.*, 2004, p. 890; Cons. Stato, Sez. Vi, 20 aprile 2011, n. 2438 in *foro amm. c.d.s.*, 2011, p. 1314. Nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, il Tar Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva «senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della l. 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa».

Nel primo caso (*public enforcement*), infatti, è sufficiente la prova dell'esistenza di una violazione *antitrust* affinché l'autore della condotta venga sanzionato. In altre parole, che la condotta vietata abbia o meno prodotto degli effetti pregiudizievoli sul mercato assume importanza nel momento della quantificazione della sanzione, ma non è elemento costitutivo per l'accertamento della condotta illecita.

In capo all'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava, invece, l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione.

L'accertamento della violazione da parte dell'Autorità *antitrust* (ove questo sia avvenuto), infatti, non implica necessariamente che un danno si sia prodotto, ma il provvedimento accertante l'infrazione assume, solo, valore di prova privilegiata¹³⁷ in relazione alla sussistenza dell'illecito¹³⁸.

Il nesso causale acquisisce particolare rilievo nella definizione delle regole sul risarcimento del danno, in quanto proprio attraverso l'indagine del nesso causale si possono selezionare i danni che sono conseguenza immediata e diretta della condotta¹³⁹ e che, dunque, sono risarcibili.

Nella Direttiva vi sono solo degli accenni al nesso causale in particolare al considerando 11 in cui si riconosce il diritto al risarcimento del danno subito <<*ove sussista un nesso di causalità tra tale danno e la violazione del diritto alla concorrenza*>>; all'art. 17 in materia di quantificazione del danno prevedendo una presunzione di danno in caso di cartelli che implica una presunzione di responsabilità e quindi implica il collegamento tra il danno risentito dalla vittima e il comportamento dell'agente¹⁴⁰.

¹³⁷ La categoria della prova privilegiata è aspramente criticata da A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa, in mercato, concorrenza e regole*, 2013, p. 441, il quale evidenzia l'impossibilità di configurarla nel sistema delle prove civili in quanto distinta da quella delle prove legali

¹³⁸ PACE, *Dizionario completo della concorrenza*, 2013, pp. 324 ss.

¹³⁹ CARINGELLA, *manuale di diritto civile*, 2014

¹⁴⁰ Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *foro it.*, 2014, i, col. 1729 ss., con commento di R. PARDOLESI, secondo la quale «laddove l'autorità garante della concorrenza e del mercato abbia sanzionato un'impresa (nella specie, assicuratrice) per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione per il risarcimento del danno assolve l'onere

In assenza di precise indicazioni a livello europeo, pertanto, il compito di saggiare la concreta riconducibilità causale di un determinato danno all'atteggiamento anticoncorrenziale posto in essere dalle imprese non può che spettare agli organi giudiziari dei singoli Stati membri¹⁴¹.

Nemmeno il legislatore italiano, in sede di recepimento della Direttiva, ha preso posizione sul nesso causale preferendo rimettersi alle valutazioni del giudice nazionale¹⁴².

Opinione maggioritaria ritiene che la valutazione causale di un fatto illecito vada suddivisa in due fasi: prima si valuta la causalità materiale, concernente la connessione tra fatto ed evento dannoso; poi si va a verificare la causalità giuridica, tesa a delineare l'area del danno risarcibile, in cui opera l'art. 1223 c.c. (applicabile in ambito extracontrattuale in virtù dell'art. 2056 c.c. ed oggi testualmente richiamato dall'art. 14, d.lgs. n. 3/2017), in base al quale il risarcimento del danno

probatorio a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio (cui va riconosciuta elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori, con conseguente presunzione di danno per la generalità dei consumatori, in cui è ricompreso il danno subito dal singolo) e del contratto con l'impresa (nella specie, polizza assicurativa), mentre compete a quest'ultima dimostrare l'interruzione del nesso causale tra illecito antitrust e danno patito tanto dalla generalità dei consumatori, quanto dal singolo; accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione (nella specie, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato)».

In senso conforme, cfr. Cass. 22 maggio 2013, n. 12551, *id.*, rep. 2013, voce *concorrenza* (disciplina), n. 146 e Cass. 9 maggio 2012, n. 7039, *id.*, rep. 2012, voce cit., n. 12; cfr., anche, Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *id.*, 2011, i, col. 2674, con diffusa nota di richiami di C.D. PIRO e commento di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggravamento della prova: ovvero come si rischia di trasformare l'autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*. In senso contrario, tra le ultime, cfr. Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, *id.*, 2013, i, col. 163

¹⁴¹ Come si afferma nella sentenza Manfredi, cit., in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascun stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto al risarcimento del danno, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», in conformità con i principi di equivalenza e di effettività.

¹⁴² FRIGNANI, *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust* (relazione al convegno "I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali" Trento, 15-16 aprile 2011) in *Dir. Econ. Ass.* 2011, 1323

deve essere limitato alle conseguenze pregiudizievoli «*immediate e dirette* » discendenti dall'evento¹⁴³.

La casualità materiale concerne, quindi, il legame eziologico tra condotta e danno evento, laddove la causalità giuridica rappresenta il secondo stadio dell'indagine eziologica ed indaga il nesso tra condotta e danno conseguenza¹⁴⁴.

Lo *standard* probatorio richiesto in ordine al nesso di causalità, com'è noto, è differente a seconda che si tratti di processo penale e di processo civile: mentre nel primo vige il canone più rigoroso dell'«*oltre ogni ragionevole dubbio*», nel secondo la regola seguita è quella del «*più probabile che non*»¹⁴⁵. Ancorché il giudice civile utilizzi uno *standard* probatorio di minor rigore, non si limita ad accertare la frequenza del verificarsi di certi eventi, ma confronta diverse ipotesi disponibili¹⁴⁶: il giudizio euristico finale è un giudizio critico, basato, di volta in volta, su leggi universali e probabilistiche, sul ragionamento induttivo o abduttivo o sulla

¹⁴³ v. sul punto, senza pretesa di completezza, CASTELLI, *Disciplina antitrust*, cit., 139; MONATERI, *La responsabilità civile*, in trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 1998, 152; BUSNELLI, *Illecito Civile*, In Enc. Giur. Treccani, XVII, Roma, 1991, 16 ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 2 ss.; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in riv. dir. comm., 1951, 415, per il quale nella prima fase si assisterebbe ad una limitazione soggettiva della causalità, dal momento che non sarebbe giustificato che un soggetto risponda senza aver tenuto un atteggiamento doloso, colposo o inadempiente, mentre nella seconda fase la limitazione sarebbe retta da motivazioni oggettive, in quanto conseguenze di un fatto immediate e dirette. Parla di illecito tipico ALPA G., op. cit., che diverge dall'illecito ordinario in quanto figura sui generis, ove le regole relative alla causalità materiale e giuridica risentono delle particolarità proprie della disciplina antitrust.

¹⁴⁴ M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*; Milano, 1998

¹⁴⁵ Sez. Un. Civ., 11 gennaio 2008, n. 576, in giust. civ., 2009, i, 2533. Sulla regola del « più probabile che non » e in generale sul nesso di causa nell'ambito dell'illecito civile v. ampiamente Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in foro it., 2013, 3121 ss., con nota di COSTANTINO-PALMIERI-PARDOLESI.

¹⁴⁶ sulla valorizzazione del criterio di «alta probabilità logica» cfr. Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in foro it., 2007, i, col. 1097 ss., con commento di PARDOLESI e di PALMIERI, secondo la quale «qualora l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo».

evidenza, di modo che l'ipotesi più appagante sarà quella per cui non sono valide le possibili spiegazioni alternative¹⁴⁷.

La Direttiva e conseguentemente il d.lgs. 3/2017 istituiscono, secondo una certa visione¹⁴⁸, un illecito tipico che diverge dall'illecito ordinario, una figura *sui generis*, e quindi le regole relative alla causalità giuridica possono variare, quelle collegate con la causalità materiale sono dettate dall'accertamento della naturalità delle cose e dalle regole economiche¹⁴⁹.

In tema di causalità i sistemi dei paesi membri si ispirano a modelli non convergenti tra loro. Vi sono sistemi in cui non sussiste una differenziazione fra causalità in fatto e causalità in diritto. Altri in cui prima si procede all'accertamento in fatto e poi si procede alla selezione delle cause. Alcuni, richiedono la prova del nesso diretto; altri, selezionano il danno sulla base del criterio della sua prevedibilità. Ecco perché sarebbe stato auspicabile che la Direttiva prendesse posizione sull'accertamento del nesso causale onde evitare che danneggiati di diversi stati membri possano subire trattamenti differenziati di fronte un medesimo illecito.

Nesso causale, illecito escludente e illecito di sfruttamento

Il danno che può derivare da una condotta anticoncorrenziale presenta connotati diversi a seconda che quest'ultima si concreti in un illecito escludente o in un illecito di sfruttamento.

Si parla di condotte escludenti con riferimento a quei comportamenti che mirano alla fuoriuscita di un concorrente dal mercato o al suo riposizionamento verso il basso, o ancora, a precludere l'ingresso sul mercato di *new comers*¹⁵⁰.

Tali finalità possono essere raggiunte sia attraverso una intesa sia tramite un abuso di posizione dominante¹⁵¹ normalmente mediante la fissazione di prezzi

¹⁴⁷ SIMONINI, op. cit., 779.

¹⁴⁸ ALPA G., *illecito antitrust*, cit.,

¹⁴⁹ ALPA G., *illecito antitrust*, cit.,

¹⁵⁰ I. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit. p. 131

¹⁵¹ Sull'abuso escludente effettuato mediante contratto cfr. M. ROMA, *Abuso escludente mediante contratto*, in i contratti della concorrenza, a cura di A. Catricalà, E. Gabrieli, Torino, 2011 pp. 243

predatori¹⁵². In queste ipotesi danneggiati saranno anzitutto quegli imprenditori che, per effetto dell'illecito, hanno subito un'esclusione dal mercato o hanno incontrato l'impossibilità di accedervi¹⁵³.

La verifica del nesso causale in tali casi deve tener conto di un'esigenza connaturata al sistema di responsabilità civile, ed espressa chiaramente sia dalla Direttiva 2014/104/UE sia dal d. lgs. N. 3/2017; ovvero evitare che mediante il risarcimento il danneggiato si trovi a rivestire una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato in assenza del fatto illecito.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità che un concorrente approfitti del comportamento anticoncorrenziale di un imprenditore per lamentare che da questo sia derivato un danno, laddove in realtà, la fuoriuscita dal mercato o l'impossibilità di accedervi sia causalmente dipesa da un comportamento del medesimo imprenditore che non ha raggiunto adeguati livelli di efficienza, oppure non ha avuto a disposizione fondi necessari per ammodernamento e investimenti tecnologici. In tali casi non si potrà certo affermare la sussistenza del nesso causale tra condotta anticoncorrenziale di una impresa e la fuoriuscita o il mancato ingresso dal/nel mercato di un'altra.

Con riferimento agli illeciti di sfruttamento, consistenti nel fissare, mediante un abuso di posizione dominante o una intesa, il prezzo di un bene al di sopra del proprio livello competitivo l'evento dannoso da essi prodotto consiste nel sovrapprezzo pagato dall'acquirente del bene. In tali casi, tuttavia, è stato osservato che si corre il rischio che il danno si considera dimostrato mediante la semplice prova dell'illecito¹⁵⁴ mentre in tema di illecito anticoncorrenziale è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza di legittimità l'insufficienza del provvedimento

¹⁵² cfr. BASTIANON S. *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001

¹⁵³ In Italia il primo caso in cui è stata riconosciuta la tutela risarcitoria in relazione ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante è rappresentata da Corte Di Appello Milano, 18.7.1995, Telesystem C. Sip.

¹⁵⁴ Così è stato in molteplici pronunce attinenti alla vicenda della responsabilità civile auto, a titolo esemplificativo: Corte Di Appello Napoli, 3 maggio 2005, in foro it., 2005 i, 1880; ove la sussistenza del danno non è stata verificata;

amministrativo che abbia accertato l'illecito ai fini della prova dell'incidenza causale¹⁵⁵.

La potenzialità plurioffensiva delle fattispecie anticoncorrenziali si rivela in maniera evidente negli illeciti di sfruttamento ove, oltre agli acquirenti dei beni vi sono altre categorie di soggetti che ne sono danneggiati.

Si consideri ad esempio la fattispecie che il bene oggetto del sovrapprezzo non sia destinato al consumo finale ma venga acquistato da un imprenditore per la produzione di un altro bene che poi verrà messo sul mercato ad un prezzo a sua volta sovra-concorrenziale cd. *passing on*¹⁵⁶. In tal caso i soggetti che potrebbero lamentare un danno sono coloro che rinunciano al bene o, ancora, le imprese produttrici di beni complementari a quello oggetto della condotta illecita che per effetto della diminuzione della domanda di questo ultimo abbiano subito a loro volta una diminuzione nella domanda dei propri prodotti. In caso di intesa potrebbero lamentare un danno anche coloro che hanno acquistato da imprese non partecipanti all'accordo ma che in virtù dell'illecito incremento di prezzo praticato dagli aderenti all'intesa hanno potuto praticare a loro volta prezzi più alti di quelli competitivi c.d. *umbrella prices*¹⁵⁷.

Analogamente le condotte escludenti possono ledere più soggetti contemporaneamente: nel breve periodo danneggiati saranno gli imprenditori che subiscono una esclusione dal mercato, l'impossibilità di accedervi, o una ricollocazione svantaggiosa sullo stesso ma non gli acquirenti che acquistano ad un prezzo più basso di quello concorrenziale; questi ultimi saranno danneggiati nel lungo periodo quando pagheranno un prezzo monopolistico.

¹⁵⁵ Cass. Sez. Unite, 2 febbraio 2007 n. 2305, cit.; Corte Di Appello Napoli, 14 aprile 2008, n. 1430, in Il Merito 2008, 10, 37

¹⁵⁶ In argomento, si rimanda a TOFFOLETTO, *il risarcimento*, cit., 261 ss.; PROSPERETTI-PANITOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, 52 ss.; e FRATEA C., op. cit., 70 ss.

¹⁵⁷ Il fenomeno dei c.d. *umbrella prices* si verifica quando gli aderenti all'intesa non controllino l'intero mercato e l'operatore non colluso tenda ad allineare il prezzo del suo prodotto a quello dei cartellisti cosicché anche i clienti di costui si troveranno a pagare un sovrapprezzo. Sul TEMA H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*; St. Paul Min. 1999, 622 s.

Astrattamente potrebbero lamentare danni anche le imprese fornitrici di quella esclusa o ancora i lavoratori della stessa.

Si rende quindi necessario individuare un criterio in base al quale stabilire fino a dove sia possibile accordare il risarcimento¹⁵⁸.

In materia il sistema statunitense ragiona non solo in termini di efficienza, escludendo il risarcimento del danno tutte le volte in cui esso non sia correlato ad un'inefficienza¹⁵⁹ del mercato, ma, anche, di deterrenza ritenendo che il risarcimento possa arrestarsi a quel livello della catena in cui si consideri raggiunto un adeguato livello di *deterrence* superato il quale potrebbero addirittura porsi problemi di *overdeterrence*¹⁶⁰.

Nel nostro ordinamento giuridico in materia di responsabilità civile assume un ruolo centrale la funzione compensativa, tuttavia, ciò non impedisce di riconoscere in tale sistema anche scopi preventivi e punitivi, ma, il perseguimento di essi è necessariamente subordinato all'esigenza che l'ammontare del danno da risarcire non sia mai superiore a quello che è stato effettivamente cagionato¹⁶¹.

La risarcibilità delle conseguenze dannose nel nostro ordinamento è subordinata alla sussistenza di alcuni requisiti imposti dalla legge proprio al fine di limitare la responsabilità del danneggiante¹⁶².

¹⁵⁸ W.H. PAGE, *Antitrust damages and economy efficiency: an approach to antitrust injury in the university of Chicago law review*, vol 47, 1980 475 "as the antitrust-standing case recognize, it is impossible for the damages provision to restore all the individual members of society to the position they would have held but for the violation".

¹⁵⁹ Su questa giustificazione si esclude nella dottrina americana il risarcimento dei lavoratori licenziati da un'impresa vittima di un cartello

¹⁶⁰ Problema che viene in rilievo nel caso degli umbrella effects.

¹⁶¹ sul riconoscimento al sistema di responsabilità civile non solo di una funzione compensativa ma anche di una funzione punitiva: C. SALVI, *Il danno extracontrattuale modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 87; id. *La Responsabilità Civile*, Milano 1998, 29s; TRIMARCHI, *Causalità e Danno*; 52ss; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile* in trattato della responsabilità civile, Milano, 2004; 621 ss.; p.g. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit, 19s; G. PONZANELLI, *Danni punitivi no grazie*, in foro it., 2007, i, 1461; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza e responsabilità civile fatto illecito, danni punitivi*, in Europa E Dir. Priv. 2009, 909 s.

¹⁶² G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 508;

L'indagine del nesso causale nell'illecito antitrust: applicazioni.

La risarcibilità delle pretese di coloro che hanno rinunciato al bene

Da un comportamento illecito che fissi per un bene offerto un prezzo superiore a quello concorrenziale deriva un danno agli acquirenti i quali subiscono la diminuzione di un beneficio (rendita del consumatore ¹⁶³) corrispondente all'aumento di benessere del monopolista¹⁶⁴. Alcuni consumatori potranno decidere di diminuire la quantità di beni acquistati, altri ancora di non acquistare più il bene. Tali danni sono astrattamente risarcibili anche se diventa difficoltoso fornire la prova del danno subito.

In particolare, mentre colui che continua ad acquistare il bene può provare il danno subito moltiplicando la rendita persa per ogni unità acquistata, colui che ha rinunciato al bene deve fornire la difficile prova che prima lo acquistava e dopo l'illecito non più o che dopo l'illecito ha riversato la sua scelta su altri prodotti¹⁶⁵. Alcuni autori ritengono che ammettere il risarcimento di questi danni comporterebbe la ristorazione di un danno inesistente ed escludono per essi la sussistenza di una responsabilità in capo all'impresa¹⁶⁶. Altri, invece, ritengono che una valutazione realistica del tema porta a ipotizzare che le difficoltà probatorie del non acquirente ponga un problema in termini di *under-deterrence* e non di *over-deterrence* per cui ammettono in astratto la risarcibilità pur riconoscendone in concreto le difficoltà probatorie.

Le conseguenze dannose subite in virtù degli umbrella effects

Si pensi ad un soggetto che lamenti un danno derivante dal fatto che l'impresa non collusa ha allineato il prezzo dei suoi prodotti a quello fissato dai cartellisti. Risulta,

¹⁶³ es. se in un mercato concorrenziale i consumatori pagavano a 5 un bene che stimavano 10, successivamente all'illecito pagano per lo stesso prodotto 8 la rendita del consumatore si riduce da 5 a 2, e le 3 unità perse si trasferiscono nella sfera del monopolista.

¹⁶⁴ F. DENOZZA *antitrust*; Bologna, 1988

¹⁶⁵ PROSPERETTI, PANI, TOMASI, *IL danno antitrust una prospettiva economica*, Bologna 2009

¹⁶⁶ G. AFFERINI, *LA traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *concorrenza e mercato 2008*, a cura di G. Ghidini, F. Di Porto, e altri, Milano, 2009, 508 s.

in tal caso, compromesso l'interesse alla competitività del mercato e, quindi, occorre verificare chi può esserne ritenuto responsabile. Esaminando gli illeciti sanzionati dalla normativa *antitrust* si evince che per ledere la libera concorrenza in un mercato occorrono da un lato condizioni contrattuali più gravose e dall'altro lato è richiesto che questi comportamenti vengano attuati mediante un'intesa o abusando del proprio dominio.

La condotta di chi ha sfruttato l'ombrello di una intesa non integra né l'uno né l'altro requisito: l'innalzamento dei prezzi non dipende dall'adesione al cartello né dallo sfruttamento abusivo di una posizione di dominio, non commettendo alcun illecito l'impresa che si allinea al cartello non ha responsabilità¹⁶⁷. Occorre, dunque, chiedersi se l'acquirente possa agire per il risarcimento dei danni nei confronti dei cartellisti.

Nei paesi di common law, ed in particolare negli Stati Uniti, si è esclusa la risarcibilità di questi danni facendo leva sulle finalità perseguite dalla *treble damages action*¹⁶⁸ la quale non avrebbe solo una natura deterrente ma sarebbe anche volta a vanificare i guadagni illegali di chi pone in essere l'illecito: così nel caso *Montreal Trading Ltd v. Amax Inc.*¹⁶⁹, il risarcimento è stato escluso sulla base della considerazione che in relazione al sovrapprezzo pagato dagli acquirenti in virtù degli *umbrella prices* non si possono rinvenire corrispondenti guadagni illeciti in capo agli autori del comportamento anticoncorrenziale i quali nulla hanno venduto a tale categoria di danneggiati. Inoltre, la *treble damages actions* ha già di per se efficacia deterrente, sicché il riconoscimento anche di eventuali *umbrella actions* potrebbe porre un problema di *over-deterrence*¹⁷⁰.

¹⁶⁷ PARDOLESI: *Analisi economica della legislazione antitrust italiana, in consumatore ambiente concorrenza analisi economica del diritto*; a cura di u. Mattei, F. Pulitini, Milano 1994, 120

¹⁶⁸ In base alla *treble damages action* il soggetto danneggiato nella sua attività commerciale o nei suoi property rights a causa di un illecito antitrust ha diritto ad un risarcimento pari al triplo del danno sofferto oltre al rimborso delle spese giudiziarie, sul tema P. AREEDA, D.F. TURNER, *Antitrust law, 1, little brown and company*, Boston Toronto 1978, 163 s.

¹⁶⁹ *Montreal Trading Ltd V. Amax Inc.*, 666 f. 2d 864, 869 cert. denied, 455 u.s. 2001;

¹⁷⁰ H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, St Paul, Minn., 1999, 623

Nel nostro ordinamento giuridico la responsabilità civile ha funzione compensativa il che conduce inevitabilmente a concentrarsi sul danneggiato piuttosto che sul danneggiante.

Questa diversa prospettiva ha di per sè due conseguenze rilevanti: da un lato, comporta l'impossibilità di ammettere i *punitive damages*¹⁷¹, dall'altro lato, segna l'irrelevanza ai fini dell'ammissibilità del rimedio risarcitorio della mancanza per il danneggiante di un guadagno a fronte del danno cagionato¹⁷². Occorre, dunque, verificare la sussistenza ai sensi dell'art. 1223 c.c. di un rapporto causale tra la condotta dei partecipanti all'intesa e il danno subito dagli acquirenti dei venditori che si sono posti sotto l'ombrello dell'intesa stessa. Le difficoltà derivano al fatto che tra l'illecito e la lesione si inserisce il fatto volontario del terzo: non basta, dunque, accertare la sussistenza di un legame causale tra la condotta anticoncorrenziale e danno, ma occorre stabilire se l'azione posteriore del terzo venditore sia stato in grado di interrompere questo nesso¹⁷³.

In una prospettiva che considera lo scopo della norma violata si può ritenere che, se la finalità della disciplina *antitrust* è quella di evitare distorsioni della concorrenza la protezione posta dalla disposizione che vieta la formazione dei cartelli si estenda fino a tutelare qualsiasi operatore che possa vantare un interesse al carattere competitivo del mercato. Nella fattispecie in esame, quindi, non vi è il dubbio che il sovrapprezzo pagato dall'acquirente in virtù degli *umbrella effects* sia collegato al cartello che il venditore ha potuto sfruttare per alzare il prezzo dei suoi beni;

¹⁷¹ Oltre alla treble damages action, il sistema di common law conosce i punitive damages liquidati in misura del tutto indipendente rispetto ai danni effettivamente patiti e comminati a fronte di una condotta socialmente riprovevole che leda interessi connessi alla tutela della concorrenza e caratterizzata dal dolo o comunque da una grave negligenza dell'autore. Sul tema F. BENATTI: *Correggere e punire nella law of torts all'inademimento del contratto*, Milano 2008; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano 983, i, 435 s; 2006, 201; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in riv. dir. civ., 1983, i, 435; v. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinali americani*, in le pene private, 377;

¹⁷² M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità civile e private antitrust enforcement*, Bologna, 2009

¹⁷³ I. CASTELLI, *Disciplina Antitrust e illecito*, cit., 153.

quello che occorre verificare è se questo ultimo, con la propria azione, abbia interrotto il nesso tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno subito dall'acquirente. In dottrina si è proposto di ritenere indiretto e mediato il danno nel cui processo causale si sia inserito l'atto cosciente e volontario di un terzo che sarebbe stato in grado di evitarlo¹⁷⁴. A tale regola è affiancata una eccezione (e quindi il danno è eziologicamente riconducibile ai cartellisti) in presenza di tre circostanze concomitanti:

1. non può affermarsi che in assenza del primo fatto illecito il danno si sarebbe verificato con la stessa probabilità,
2. il danno è realizzazione di quel rischio che la norma violata mirava a scongiurare o ridurre,
3. non vi è sproporzione fra atto illecito ed evento dannoso.

In tal caso si può affermare la responsabilità dei partecipanti all'intesa anche per i danni cagionati dai cd umbrella effects dal momento che:

1. in assenza della condotta anticoncorrenziale, primo illecito, non si può ritenere che l'acquirente sarebbe stato ugualmente esposto al rischio di vedersi aumentare il prezzo;
2. il danno è la realizzazione di quel rischio che la norma che vieta i cartelli mira ad evitare, ovvero la lesione del carattere competitivo del mercato;
3. né può dirsi che lo sfruttamento dell'ombrello sia conseguenza anormale dell'illecito essendo al contrario un evento assolutamente prevedibile.

Il riconoscimento di una responsabilità in capo ai partecipanti all'intesa, anche nel caso in cui si sia inserito l'intervento volontario di un imprenditore estraneo alla

¹⁷⁴ secondo un primo orientamento è sufficiente che l'azione del terzo si tuta commessa a titolo di colpa: così P. FORCHELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., 57s, il quale, nel ritenere sufficiente che l'azione del terzo sia colpevole opera un parallelismo con l'art. 1227 2 comma che nel negare rilevanza causale al nesso, seppur materialmente esistente, tra il danno e la condotta umana più remota ogni qual volta intervenga l'azione umana imputabile per dolo o colpa del danneggiato, esprimerebbe in realtà un principio più vasto applicabile anche alla condotta imputabile del terzo. Secondo altro orientamento, tale soluzione lascerebbe il danneggiato sfornito di tutela nelle ipotesi in cui il terzo risulti essere ignoto o insolvente e per tali ragioni si attribuisce efficacia interruttiva alla sola condotta dolosa. In tal senso P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit.

stessa, si giustifica, pertanto, in tali ipotesi, sulla base del legame causale tra il danno subito dalla vittima e i rischi insiti e prevedibili con la formazione del cartello.

La risarcibilità delle conseguenze dannose patite dai produttori di beni complementari.

I produttori di beni complementari potrebbero lamentare una diminuzione della domanda dei prodotti da loro offerti come diretta conseguenza del calo di vendita del bene oggetto del sovrapprezzo. La possibilità di accordare loro un risarcimento dipende dalla verifica del legame causale tra tali danni e l'illecito.

In primis va rilevato che anche tale categoria di soggetti può vantare un interesse al carattere competitivo del mercato per cui in virtù della teoria dello scopo della norma violata si dovrebbe poter ammettere la risarcibilità del danno subito. Tuttavia, il problema che in sede risarcitoria si pone concerne il piano probatorio. Può, infatti, risultare difficile fornire la prova che in assenza dell'illecito si sarebbe venduto il bene complementare in quantità maggiori. Può però soccorrere il criterio presuntivo tutte le volte in cui si possa dimostrare che la domanda del bene complementare è normalmente allineata a quella del bene oggetto della condotta predatoria e che, quindi, la diminuzione nella produzione del bene è una diretta conseguenza della diminuzione del bene oggetto del prezzo anticoncorrenziale.

La risarcibilità dei danni subiti dai fornitori dell'impresa vittima di un illecito anticoncorrenziale.

Ci si è interrogati sul se i fornitori, che a seguito della condotta illecita, subiscono la perdita di imprese clienti escluse dal mercato, abbiano, o meno, diritto al risarcimento dei danni. Se in capo all'impresa che ha subito l'illecito escludente può certamente riconoscersi la lesioni dell'interesse al carattere competitivo del mercato di appartenenza, non sembra possibile affermare lo stesso per il fornitore: la diminuzione della quantità di beni oggetto della sua fornitura non è causato da un'alterazione del gioco concorrenziale del mercato sul quale egli opera (questi,

infatti, anche a seguito dell'illecito potrà continuare a confrontarsi con i propri concorrenti ad armi pari), ma dalla perdita di un cliente, evento che può dipendere tanto dal fatto che quest'ultimo sia stato escluso dal mercato a seguito di una condotta anticoncorrenziale, quanto da una decisione autonoma dello stesso, o, ancora, dall'eventuale inadempimento di un terzo. Esclusa, dunque, la possibilità di rinvenire la lesione di un interesse protetto dalla disciplina *antitrust*, ci si può interrogare sulla eventualità che una tutela operi comunque nei confronti del fornitore in termini di lesione aquiliana del credito¹⁷⁵ da parte dell'autore della condotta anticoncorrenziale. E, tuttavia, l'eventuale riconoscimento della lesione aquiliana del credito del fornitore non costituisce strumento di deterrenza.

La risarcibilità dei danni subiti dai lavoratori licenziati dall'impresa vittima di un illecito anticoncorrenziale.

Si pensi al caso di un'impresa che a seguito di un illecito escludente sia costretta a ricollocarsi verso il basso, rinunciando ad uno o più mercati nei quali operava antecedentemente alla condotta *antitrust*, verosimilmente tale impresa licenzierà i lavoratori dipendenti in esubero. Questi ultimi potrebbero lamentare di aver subito, dunque, un danno conseguente all'illecito *antitrust*.

La dottrina statunitense ha escluso la possibilità di accordare loro una tutela risarcitoria dal momento che il licenziamento sarebbe in tali casi giustificato da esigenze di recupero di efficienza per l'impresa e il riconoscimento ai lavoratori di un risarcimento andrebbe poi ad incrementare le perdite economiche nel sistema¹⁷⁶.

¹⁷⁵ sulla tutela aquiliana del credito, sussistendo qualora il fatto del terzo cagioni l'impossibilità di adempiere la prestazione per il debitore, con una conseguente insoddisfazione del creditore, che non rinvenga adeguata tutela nella responsabilità da inadempimento si vedano ex plurimis: F.D.BUNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit.; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano 1972; P.G.MONATERI, *La responsabilità civile*, 621 ss; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2007, 873ss

¹⁷⁶ W.H.PAGE, *Antitrust damages and economic efficiency*, cit., 483; per una critica a questo orientamento, A. TOFFOLETTO, op. ult.cit., 374s

Anche nel nostro ordinamento giuridico sembra doversi escludere la risarcibilità di tale categoria di danni. Ed invero, il danno che i lavoratori subiscono ad opera dell'impresa vittima della condotta anticoncorrenziale non solo non deriva direttamente dalla condotta illecita a monte ma è anche di natura diversa da quello patito dall'impresa autrice del licenziamento.

Questa ultima subisce la lesione dell'interesse al carattere competitivo del mercato, non può dirsi lo stesso per il lavoratore, che, ove sia stato legittimamente licenziato, non sembra poter vantare la lesione di un interesse protetto dalla normativa *antitrust*, essendo il rischio che un'impresa chiuda insito nel mercato del lavoro.

Si giunge, dunque, alle medesime conclusioni del sistema americano, seppur sulla base di un argomento diverso, ed invero, la dottrina americana giustifica l'esclusione della risarcibilità dei danni patiti dai lavoratori licenziati sulla base di considerazioni di efficienza economica, nel nostro ordinamento giuridico alla medesima conclusione si giunge ragionando in termini dello scopo della norma violata, non essendo rinvenibile in capo ai lavoratori licenziati la lesione di un interesse tutelato dalla normativa *antitrust*.

Il danno risarcibile

L'articolo 3 della Direttiva sancisce il diritto del danneggiato ad ottenere un pieno risarcimento del danno: *il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi.*

La definizione di pieno risarcimento data dall'articolo si incardina su un dibattito complesso, poiché fa perno sulla *Differenztheorie*¹⁷⁷ di Mommsen¹⁷⁸. La teoria identifica il danno risarcibile con il danno patrimoniale differenziale, cioè con la differenza tra la situazione patrimoniale seguita all'illecito (sottraendo) e la situazione patrimoniale ipotetica che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito (minuendo). Del resto, l'utilizzo della nozione di danno risarcibile imperniata sul differenziale di patrimonio del danneggiato (in assenza e in presenza dell'illecito) è una costante del ragionamento sul danno e, per questa ragione, la *Differenzhypothese* è imprescindibile per la rappresentazione di una variazione negativa di patrimonio. Inoltre, la Direttiva fa riferimento ai concetti, ben noti alla dottrina italiana, del danno emergente e del lucro cessante¹⁷⁹ e le nozioni enucleate dal legislatore europeo sono in linea con la lunga tradizione del diritto civile italiano sul punto. Il legislatore europeo sancisce, anche, la necessità del pagamento di interessi, che costituiscono una parte del risarcimento per indennizzare il danno subito tenuto conto del lasso di tempo e attribuisce agli Stati membri il compito di fissare i criteri da applicare a tal fine.

¹⁷⁷ la c.d. *differenztheorie* intende il danno come diminuzione patrimoniale, ovvero come differenza tra la consistenza del patrimonio del soggetto in un dato momento storico, e la consistenza che quel patrimonio avrebbe avuto se non si fosse verificato l'evento lesivo. Questa nozione di danno, elaborata dalla dottrina tedesca, si ritrova talvolta anche nelle massime della nostra giurisprudenza: "la determinazione del danno da risarcire a seguito di un fatto illecito va commisurata al pregiudizio economico concretamente verificatosi, operando un raffronto tra il valore attuale del patrimonio del danneggiato ed il valore che esso presenterebbe, se il fatto non si fosse verificato" Cass. civ., 18.7.89, n. 3352, in *foro it.*, 1990, i, 1933.

¹⁷⁸ MOMMSEN F., *Beiträge zum obligationenrecht, ii, zur lehre von dem interesse, braunschweig*, 1855, 3 ss. anche COHNFELDT R., *Die lehre vom interesse nach römischem recht. mit rücksicht auf neuere gesetzgebung*, Leipzig, 1865, 93 ss; WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, Torino, 1925, 38 ss.

¹⁷⁹ Non manca in dottrina chi ha sottolineato come la distinzione tra danno emergente e lucro cessante abbia, in questo caso, valore meramente descrittivo: v. NOTARO-GUARDAVACCARO, *Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno antitrust*, in Pace (a cura di), *dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit.

Per facilitare il lavoro delle Corti nazionali, la Commissione ha emesso una Comunicazione¹⁸⁰ che fornisce indicazioni non vincolanti in merito ai criteri per procedere alla quantificazione del danno *antitrust* e che è accompagnata da una Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione del diritto della concorrenza dell'UE¹⁸¹. La Guida costituisce uno strumento utile perché è volta a spiegare i punti di forza e di debolezza di vari metodi e tecniche disponibili per quantificare il danno, illustrando una loro possibile applicazione pratica, presenta e analizza una serie di esempi pratici che illustrano i tipici effetti delle condotte contrarie al diritto *antitrust* comunitario.

Il decreto legislativo n.3/2017 tratta del risarcimento e della quantificazione del danno all'art. 14¹⁸² che richiama, ai fini della quantificazione del danno gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. e riproducendo l'art. 2056 c.c. indirizza l'interprete a scorgere la natura extracontrattuale dell'illecito *antitrust*.

L'art. 3 della Direttiva stabilisce al terzo paragrafo che il diritto al pieno risarcimento non comporta un ristoro eccessivo <<*sia esso a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura*>>¹⁸³.

¹⁸⁰ Commissione, comunicazione della commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento Dell'Unione Europea, 2013/c 167/07.

¹⁸¹ Commissione, guida pratica - quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, 2013. Reperibile in dg concorrenza:

http://EC.Europa.EU/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_it.pdf

¹⁸² art. 14 d. lgs. 3/2017 recita: valutazione del danno: 1. Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. 2. l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione. 3. il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima.

¹⁸³ Come sottolinea T.M.J. LOLLERS; *Private enforcement of competition law in Europe – the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in eur. dir. priv. 2014 pp. 821-846; la previsione della direttiva non contrasta con la giurisprudenza della Corte di

Il principio di fondo, che anima d'altronde la Direttiva stessa, è quello di una riparazione integrale del pregiudizio patito dalla vittima dell'illecito *antitrust*, escludendo, quindi, che il ristoro possa andare oltre il limite del danno concretamente verificatosi. Viene, dunque, riaffermata la tradizionale impostazione degli Stati europei ad accordare alla responsabilità da illecito anticompetitivo una funzione riparatoria e non punitiva o deterrente, non ricorrendo ai c.d. *multiple* o *treble damages*, se non addirittura ai *punitive damages*, tipici, al contrario, dell'esperienza *antitrust* statunitense¹⁸⁴

giustizia la quale si era limitata a richiamare il rispetto del principio dell'equivalenza in relazione alla corresponsione dei danni punitivi senza prevedere la loro introduzione nel sistema UE. Per una ricostruzione dell'istituto dei danni punitivi: L. MEURKENS, E.NORDIN, *The power of punitive damages, is Europe missing out?*, antwerp-cambridge 2012.

¹⁸⁴ DE CRISTOFARO, *Il private enforcement*, cit., 124, il legislatore europeo è rimasto fedele al dogma della natura meramente compensativa del danno e dell'inaccettabilità di un arricchimento della vittima della violazione. l'art. 3, par. 3, della direttiva, intitolato al diritto al pieno risarcimento, espressamente sancisce: «il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura». Per GENOVESE, *funzione e quantificazione del risarcimento*, in maugeri-zoppini (a cura di), *funzioni del diritto privato*, cit., 240, il suddetto richiamo (già presente nei lavori preparatori della commissione) ribadisce la necessità che il ragionamento sul danno risarcibile si svolga sempre entro coordinate logico-giuridiche rigorose e tali da evitare duplicazioni o omissioni ed arginare così i rischi di far conseguire risultati perversi con misure facilitatrici, le quali incentiverebbero anche condotte opportunistiche e frivole. Parimenti oggi l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui «il risarcimento (...) non determina sovracompensazioni». Sulle principali diversità che caratterizzano il modello europeo e il modello statunitense si veda TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in conc. Mercato, 2014, 183 ss.; e LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, ibidem, 265 ss., secondo cui ragionare di risarcimento in termini di ripristino di una situazione effettiva, che non si sarebbe verificata qualora la violazione della concorrenza non avesse avuto luogo, significa formulare «un'equazione con molte incognite», perché nessuno è in grado di sapere esattamente cosa sarebbe avvenuto, all'interno di un'economia di mercato, se l'illecito non ci fosse stato. in un caso isolato avente ad oggetto il risarcimento del danno da parte dell'assicurato, in conseguenza all'intesa illecita delle compagnie assicurative nel campo automobilistico (accertata da parte dell'AGCM), il giudice ha stabilito che all'attore deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento, una somma di denaro che deve avere anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta (e di terzi) di porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella accertata dall'autorità garante, alla luce del principio di effettività del diritto comunitario, da liquidarsi nella misura del doppio rispetto all'ammontare di premi incassati dalla convenuta in esecuzione dell'intesa vietata: cfr. giud. PACE Bitonto, 21 maggio 2007, in danno resp., 2007, 1278, con nota di CARPAGNANO; e in nuova giur. civ. comm., 2008, i, 166, con nota di MAUGERI.

Il sistema UE si discosta dunque da quello statunitense in cui il riconoscimento di danni esemplari, derivante dalla riprovazione dell'ordinamento giuridico nei confronti degli illeciti *antitrust*, rappresenta un rilevante ed efficace incentivo nell'ambito del *private enforcement*.

L'inasprimento delle sanzioni comminate dalla Commissione avrebbe peraltro forse fatto reputare eccessiva l'ulteriore possibilità di condanna a risarcimenti di tipo esemplare, anche considerando che la maggior parte delle azioni civili incardinate rientra nella categoria *follow on*. Non lo stesso si può dire in relazione alle azioni *stand alone*, per le quali, in assenza di una previa sanzione amministrativa, la corresponsione di risarcimenti esemplari avrebbe potuto trovare una giustificazione. La dimostrazione e la quantificazione del danno *antitrust* è generalmente molto costosa e richiede l'analisi di molteplici elementi fattuali, nonché l'applicazione di modelli economici complessi¹⁸⁵.

Per aiutare i soggetti danneggiati a quantificare il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza la Direttiva prevede una presunzione relativa riguardo all'esistenza del pregiudizio provocato da un cartello¹⁸⁶. In termini analoghi l'art. 14 comma 2 del decreto legislativo n. 3/2017. Essi consentono così di alleviare le difficoltà e i costi che i soggetti danneggiati devono affrontare per provare che la pratica anticoncorrenziale ha provocato prezzi superiori a quelli che sarebbero stati praticati se il cartello non fosse stato portato ad attuazione¹⁸⁷. L'onere della prova contraria incombe sull'impresa autrice dell'infrazione. La presunzione si limita però all'esistenza del danno, spettando al danneggiato la prova del *quantum debeatur* e del nesso causale, che avviene sulla base delle leggi e delle procedure nazionali, che devono tuttavia essere conformi ai principi di equivalenza ed effettività.

¹⁸⁵ in merito: I. PROSPERETTI, *Porcospini affettuosi, alcuni problemi di prova e misura del danno antitrust tra economia e diritto*; P. BUCCIROSSI *Chi ha paura dell'econometria?* entrambi in i rimedi civilistici, pp. 93-102, e 203-209.

¹⁸⁶ Si veda lo studio *quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts del dicembre 2009* a cura di A. KOMNINOS, p. 116, reperibile in dg concorrenza.

¹⁸⁷ M. WALKER, *The importance of a theory of harm*, in eur. comp. l. rev. 2010, pp. 410-412

Diversamente, altro orientamento opina nel senso che la presunzione del danno in caso di cartello di cui al comma 2 del decreto legislativo n. 3/2017, in realtà, si traduce in una presunzione di esistenza di tutti gli elementi dell'art. 2043 c.c., compreso dunque il nesso causale¹⁸⁸.

In materia di quantificazione del pregiudizio provocato dalla violazione di norme *antitrust*, quando è accertato che l'attore abbia subito un pregiudizio ma sia impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo sulla base delle prove disponibili, i giudici devono essere in grado di stimarne l'ammontare in via equitativa, anche grazie all'ausilio delle autorità garanti (parr. 1 e 3). Infatti il decreto legislativo n. 3/2017 prevede, in caso di difficoltà nella quantificazione del danno, la possibilità per il giudice di chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza¹⁸⁹ formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima. La disposizione

¹⁸⁸ G. AMOROSO, incontro sul decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 Roma, 30 marzo 2017, consiglio nazionale forense

¹⁸⁹ Sul punto, si rimanda all'attenta analisi di MARCANTONIO, *Danno antitrust dopo l'introduzione della class action: back and forth interaction tra il giudice e l'antitrust?*, in conc. mercato, 2014, 239 ss., secondo la quale il rapporto tra authority e giudice dovrebbe essere improntato all'approccio sinergico: da un lato, l'autorità pubblica potrebbe curare, nelle azioni (prospettivamente) follow on, una volta accertata la violazione delle regole sulla concorrenza, le linee guida per la quantificazione del danno (se non la stima stessa del danno), nonché la categorie di soggetti danneggiati, nell'ottica di una successiva class action da parte dei consumatori; dall'altra parte, il giudice, specie nelle azioni collettive di tipo stand alone, potrebbe sospendere il procedimento e deferire l'accertamento della violazione all'antitrust (più adeguata rispetto ad un consulente tecnico). Per FRATEA C., op. cit., 77, l'intervento dell'autorità dovrebbe valere per le cause stand alone, ma non sarebbe esclusa la loro rilevanza nelle cause follow on se l'autorità avesse omesso di quantificare, seppur in termini generali, il danno sofferto dai danneggiati da un illecito anticompetitivo. Diversamente CHIEPPA, Op. cit., 319, per il quale l'utilizzo principale di questo strumento andrebbe intravisto nel fornire una spiegazione dettagliata sul contenuto dei diversi documenti facenti parte del fascicolo istruttorio trasmesso dall'autorità. in PARDOLESI, note minime, cit., 318, si parla in proposito di « wishful thinking », considerata la difficile condizione cui è subordinato l'intervento. Opinione totalmente contraria a siffatta previsione è espressa, da ultimo, in todino, op. cit., 27 ss.

non è stata immune da critiche considerato che l'AGCM non si è giammai occupata della quantificazione del danno derivante da illecito anticoncorrenziale e quindi sul tema non ha e non può vere orientamenti.

Il trasferimento del sovrapprezzo

La quantificazione del danno può poi dipendere anche dall'eventuale eccezione del convenuto riguardante la traslazione a valle del sovrapprezzo risultante dall'illecito anticoncorrenziale, la cui prova si rivela spesso molto ostica.

Il trasferimento del prezzo si verifica quando gli illeciti aumenti di prezzo hanno ripercussioni sulla catena di distribuzione o di approvvigionamento¹⁹⁰. La traslazione del danno, infatti, è imputabile alla stessa struttura del mercato in quanto le relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo e che permettono alle imprese di raggiungere il consumatore finale sono necessariamente collegate fra loro¹⁹¹.

Sul tema, la Direttiva, e anche il decreto legislativo di attuazione in Italia (artt. 10-13), ribadendo la legittimazione attiva dell'acquirente indiretto, prevede che il soggetto danneggiato abbia diritto al risarcimento del danno emergente derivante dalla condotta anticoncorrenziale (danno da sovrapprezzo o, nei casi di illeciti di natura escludente, lesione dell'aspettativa del conseguimento di un futuro vantaggio economico¹⁹²) e del lucro cessante (ad esempio il danno derivante da un minor volume delle vendite anche dovuto al trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo) oltre ai relativi interessi.

¹⁹⁰ Sui diversi possibili scenari: P.M. GARRIDO PÉREZ, *El sistema passing-on: el ejercicio de la acción y defensa procesal, in la indemnización per infracción de normas comunitarias de la competencia*, dirs. A. Fonti Ribas, B. Villa Costa, Madrid, 2012 pp. 45-81.

¹⁹¹ G. PULEIO *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, *responsabilità civile e previdenza*, fasc.3, 2016, pag. 1082b

¹⁹² Si può ricollegare questo ultimo aspetto al danno da perdita di chances qualificato dalla giurisprudenza di legittimità italiana in termini di danno emergente costituendo la chance un autonomo bene già presente nel patrimonio del danneggiato, Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *foro it.*, 2004, i, cc. 155-162 con nota di G. FAELLA, *amplius* E. BRODI, *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante* in *riv. soc.* 2008, pp. 1440-1486, spec.p. 1463 ss.

Al contrario il danno che il soggetto è riuscito a trasferire nell'ambito della catena distributiva non deve essere ricompreso nel risarcimento, coerentemente con le finalità meramente compensativa dello stesso e la sua effettività a favore dei soggetti danneggiati diretti o indiretti.

La Direttiva all'art. 12 e seguenti, prevede, pertanto, che il convenuto autore della violazione possa eccepire, per escludere o ridurre il risarcimento dovuto, che il sovrapprezzo da lui praticato nell'ambito dell'illecito anticoncorrenziale non abbia prodotto nell'attore alcun danno o ne abbia prodotto uno minore, dal momento che questi ha trasferito l'aumento del prezzo sui propri clienti (cd. *defensive passing on*)¹⁹³.

Il *defensive passing on* ha lo scopo di evitare una *over compensation*. Nel caso in cui l'attore sia un acquirente diretto, tuttavia, il problema principale che si pone concerne le difficoltà e la tecnicità richieste nella rivelazione del sovrapprezzo¹⁹⁴ e nell'individuazione del risarcimento del lucro cessante.

Per quanto riguarda gli acquirenti indiretti, questi, trovandosi in fondo alla catena di distribuzione, vista la distanza dell'infrazione, sono, invece, pressoché impossibilitati a dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento in sede risarcitoria soprattutto a causa delle risorse limitate a loro disposizione¹⁹⁵.

L'eccezione di trasferimento consente di evitare all'attore un arricchimento senza giusta causa, parimenti, il ricorso all'*offensive passing on* consente di scongiurare il rischio che sia il convenuto a trarre indebitamente vantaggio dall'illecito, come si verificherebbe nell'ipotesi in cui fosse precluso o reso eccessivamente difficoltoso agli acquirenti indiretti agire per ottenere il risarcimento.

¹⁹³ S. PARLAK, *Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing on defence be rejected now the indirect purchaser has standing after Manfredi and the white paper of european commission?* in world comp. l. econ. rev. 2010, n. 1 p.43

¹⁹⁴ A. HOWARD, *The draft directive on competition law damages*, cit., p. 54

¹⁹⁵ sottolineano H.F. FRIEDERISZICK, M. RAUBER, *A fleet without a captain? taking stock of european antitrust litigation post EU directive*, in cp antitrust chronicle journal, january 2015, pp, 1-12 come tali difficoltà aumentino quando tra danneggiante e danneggiato intervengono delle transazioni parziali oppure in presenza di cross national claims.

L'art. 14 della Direttiva, disponendo che in questi casi l'onere della prova incombe sull'attore acquirente indiretto, comporta che questo ultimo si troverà a dover ricostruire le diverse fasi della commercializzazione per risalire ai soggetti che hanno compiuto l'infrazione, e, per agevolare tale indagine ai sensi del paragrafo 2 si sancisce che si ritiene dimostrato l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo quando l'attore dimostri che il convenuto ha commesso una violazione delle regole *antitrust*, che tale violazione ha determinato un sovrapprezzo in capo all'acquirente diretto, e di aver acquistato i beni o i servizi oggetto della violazione o da essi derivanti.

Non si richiede pertanto di dover provare tutta la serie di nessi causali che portano all'acquirente finale ma viene introdotta una presunzione relativa che può essere vinta dalla prova, fornita dal convenuto, che l'acquirente diretto non ha trasferito il sovrapprezzo¹⁹⁶.

Non sono mancate voci critiche sul *passing on*¹⁹⁷, evidenziando in particolare che potrebbe dar luogo ad azioni multiple o a duplicazioni di risarcimenti come tali in contrasto con il principio di *full compensation* accolto dalla Direttiva, qualora più soggetti appartenenti a diverse fasi della catena di distribuzione agiscano nei confronti della medesima impresa e questa non riesca a fornire nei vari giudizi la prova contraria. Inoltre, alcune criticità si possono porre in relazione al rapporto tra l'utilizzo in chiave offensiva e difensiva¹⁹⁸ del *passing on*. Infatti, per esempio, può accadere che una impresa venga convenuta in giudizio tanto dall'acquirente diretto quanto da quello indiretto, si aprirebbe così la strada a procedimenti paralleli anche in diversi Stati membri, in cui la convenuta si troverà a dover dimostrare nei confronti dei primi l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo, mentre nei confronti

¹⁹⁶ S. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza, in contr. e impr./eur.* 2014, pp. 75-99, pec. p. 93 il quale osserva che fornire tale prova è gravoso sostanziandosi in una "prova negativa del fatto altrui".

¹⁹⁷ Critico sulla reale utilità di tale norma per l'acquirente indiretto P. M. GARRIDO PEREZ, *el sistema passing on*, cit., p. 77, il quale sottolinea in particolare le difficoltà di dimostare la seconda condizione.

¹⁹⁸ S. PEYER, *The antitrust damages directive – too little too later*, In Cpi Antitrust Cronicle, January, 2015, pp. 1-7

dei secondi che tale trasferimento non si è verificato, con conseguente rischio di conflitto tra giudicati. Inoltre, si è evidenziato che può accadere che gli acquirenti indiretti rinuncino a far valere in giudizio le proprie ragioni, in tal caso se l'impresa convenuta non riuscisse a dimostrare il trasferimento del sovrapprezzo l'acquirente diretto attore si vedrà corrisposto un risarcimento del danno non dovuto¹⁹⁹, o ancora, se la prova del trasferimento del sovrapprezzo venisse fornita il danno rimarrebbe privo di risarcimento. Nessuno di questi scenari è conforme agli scopi della Direttiva.

Il ruolo della consulenza tecnica di ufficio

Dato il carattere estremamente tecnico della quantificazione dei danni che richiede complesse valutazioni econometriche la Direttiva all'art. 17 prevede che il giudice oltre a chiedere assistenza alle autorità garanti, può avvalersi di consulenti tecnici sempreché non scelga la strada della valutazione equitativa²⁰⁰. Questo vale in particolare modo nelle azioni *stand alone* ma non ne è esclusa la rilevanza nelle azioni *follow on*²⁰¹.

Nella nostra giurisprudenza la suprema Corte, adita in un caso di condanna al risarcimento del danno da abuso di posizione dominante²⁰², ha ripreso la distinzione dottrinale tra c.t.u. deducente (quale mezzo di indagine che valuta fatti già provati o dati preesistenti e non costituisce fonte di prova) e percipiente (accerta fatti non

¹⁹⁹ A.R. RENDI, *The 2014 directive on private antitrust enforcement* cit., p.5,

²⁰⁰ Nel nostro ordinamento giuridico salva l'ipotesi dell'azione di classe ex art. 140 bis cod.cons. in cui la valutazione equitativa è ammessa come e unica via di liquidazione del danno, essa è percorribile nelle ipotesi in cui la prova dell'esatto ammontare del danno non avrebbe potuto essere raggiunta con nessuno degli ordinari mezzi istruttori: M. TAVASSI, *Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani*, in *il private antitrust enforcement delle norme sulla concorrenza*, cit., pp. 41-50, che riporta altresì alcune sentenze in cui si è pervenuti alla liquidazione equitativa del risarcimento. Per un esempio più recente trib. Milano, sez. specializzata in materia di impresa, 27 dicembre 2013, Brennercom S.P.A. C. Telecom Italia S.P.A.; in dg concorrenza, in materia di abuso di posizione dominante.

²⁰¹ M. CARPAGNANO, *Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione Europea*, in dig. disc.priv. sez. civ. vii agg., pp. 846-865.

²⁰² Cass. 21 aprile 2010 n. 9461, n. 9461, p. c. società compagnia di navigazione cali; reperibile su [italgiureweb](http://italgiureweb.it).

altrimenti accertabili se non per mezzo di particolari competenze tecniche o specialistiche di settore)²⁰³ e ha stabilito, da un lato, che la consulenza tecnica di ufficio non può essere considerata alla stregua di un mezzo di prova in senso proprio e non può, quindi, sopperire alle lacune istruttorie imputabili alla parte che abbia ommesso di assolvere all'onere della prova a suo carico; dall'altro lato, però, è *ius receptum* che non è illegittimo il ricorso ad essa per acquisire dati la cui valutazione sia poi rimessa allo stesso ausiliario (c.d. C.t.u. percipiente) purché la parte li abbia allegati, ponendoli a fondamento della sua domanda e il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche²⁰⁴.

Per cui nella materie in cui occorre ricostruire complessi rapporti negoziali (come nel caso di illecito *antitrust* ove occorre definire concetti giuridici ed economici complessi quali l'individuazione del mercato rilevante e la determinazione del danno²⁰⁵) l'adozione di questo mezzo istruttorio (c.t.u. percipiente) è pressoché necessitata e può eccezionalmente costituire fonte oggettiva di prova se disposta per accertare quei fatti rilevabili solo con l'ausilio di un perito, l'esperimento della c.t.u. è rimessa al potere discrezionale (entro i criteri di plausibilità²⁰⁶ ed idoneità) del giudice²⁰⁷, e resta fermo che le valutazioni espresse dal perito non hanno efficacia

²⁰³ In argomento: C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol.ii, Torino, 2010, p. 210

²⁰⁴ Cass. 10 settembre 2013 n. 20695, reperibile in itagiureweb

²⁰⁵ Cass. 10 settembre 2013, n. 20695 ha espressamente affermato la possibilità di ricorrere alla ctu per acquisire dati necessari per la determinazione del lucro cessante causato da un illecito anticoncorrenziale.

²⁰⁶ Il concetto di plausibilità è ripreso dalla cassazione nella sentenza n. 11564/2015 direttamente dal testo della direttiva, in particolare dal considerando 16 e dall'articolo 5, co. 1^o, secondo cui il giudice può ordinare la divulgazione di prove al convenuto o a un terzo su istanza dell'attore, che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili, sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento

²⁰⁷ G. SCOCCINI, *I limiti ai poteri istruttori officiosi nelle cause civili in materia di diritto della concorrenza*, cit, chiarisce che la discrezionalità è temperata e modulata dai criteri di plausibilità e di idoneità. Il giudice è tenuto a esercitare i poteri istruttori d'ufficio se gli indizi portano a ritenere che la condotta paventata sia plausibile, ovvero coerente con gli interessi dell'impresa che si asserisce abbia violato il diritto della concorrenza, e sia idonea, potenzialmente in grado, di danneggiare il soggetto che chiede tutela. Per indizio deve intendersi il fatto noto, dalla conoscenza del quale si può, attraverso la presunzione semplice, risalire al fatto da provarsi. COMOGLIO, op. cit., p. 659 E C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, xii ed., ii vol., p. 183.

vincolante per il giudice che può disattenderle attraverso una valutazione critica ancorata alle risultanze processuali²⁰⁸.

Quindi, al fine di assicurare l'effettività dei rimedi di *private enforcement*, è demandata all'acquisizione officiosa del giudice (appunto, mediante la nomina di un consulente tecnico) la ricerca degli elementi indispensabili per provare la fondatezza della domanda²⁰⁹. Pertanto, non si applicano automaticamente le norme che regolano il giudizio, bensì viene garantita, attraverso l'interpretazione estensiva (*rectius*: conforme al diritto europeo) dei poteri di intervento officioso del giudice²¹⁰, la tutela risarcitoria dei soggetti danneggiati e, nel contempo,

²⁰⁸ Cass. 3 marzo 2011, n. 5148, reperibile su [italgiureweb](http://italgiureweb.it)

²⁰⁹ cfr. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement*, cit., 121. di recente, infatti, su un'azione risarcitoria di tipo *stand alone* proposta in relazione ad un abuso della posizione dominante, proprio in vista del recepimento della direttiva 2014/104/UE, così si è espressa la Corte di cassazione: «(...) il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza (nelle ipotesi di cui alla l. n. 287/1990, artt. 2 ss.), tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza. è un obiettivo che può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del reg. ce n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del reg. ce n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente « plausibile » seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale ». cfr. Cass. civ., 4 giugno 2015, n. 11564, in foro it., 2015, i, 2742, con nota di CASORIA-PARDOLESI; in int'l lis, 2015, 123, con nota di DE CRISTOFARO; in dir. ind., 2015, 537 ss., con nota DI GERACI., La potenziale estensività dei poteri officiosi risulta confermata anche da Cass. civ., 1° agosto 2016, n. 6366, cit., ove la sentenza impugnata è stata cassata per non aver il giudice di merito agevolato l'accertamento dell'abuso di posizione dominante, in quanto, pur avendo disposto la ctu, non ha tratto da essa tutti gli elementi che avrebbe potuto e dovuto utilizzare, ai fini dell'accertamento dell'illecito e, se del caso, integrare l'acquisizione dei dati che fossero in esclusivo possesso dell'agenzia monopolistica.

²¹⁰ Sui poteri istruttori officiosi si veda L. DITTRICH, *la ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in riv. dir. proc., 2011, 1, 108. i poteri istruttori officiosi, offrendo al giudice civile un'alternativa all'applicazione meccanica della regola dell'onere probatorio, sono lo strumento attraverso cui un valore primario, come quello della ricerca della verità, trova ingresso nel nostro giudizio civile, che rimane però imperniato sul principio dispositivo delle prove consacrato nell'art. 115 c.p.c. i poteri istruttori officiosi previsti nel nostro ordinamento hanno, quindi, una funzione integrativa, non sostitutiva delle prove prodotte dalle parti. Il loro esercizio, che pur si caratterizza tradizionalmente per l'ampia

l'enforcement delle regole che governano la libera concorrenza²¹¹, fermo però l'onere di allegazione²¹².

La CTU, infatti, in ogni caso non potrà sopperire all'inerzia della parte che abbia ommesso, per negligenza, di provare fatti le cui prove sono ad essa facilmente accessibili, ma l'utilizzo della CTU al fine di accertare i fatti stessi oggetto della domanda, è consentito solo a condizione che la parte li abbia specificatamente allegati, che si tratti di fatti accessori e che il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche²¹³.

Si ha, quindi, un'apertura verso atti introduttivi del giudizio nei quali la parte attrice si limita all'allegazione dei fatti relativi all'*hard core* dell'illecito²¹⁴, rinviando al successivo momento dell'acquisizione probatoria la specificazione dettagliata dei fatti storici in cui la condotta si sarebbe estrinsecata²¹⁵.

L'attenuazione del rigoroso principio dispositivo, cardine del processo civile, resta a tutt'oggi una «*manipolazione*» largamente interpretativa²¹⁶ che trova però conforto e sostegno nella giurisprudenza. Ed invero, lo strumento principe che la Suprema Corte individua al fine di superare le difficoltà probatorie legate all'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova e agli alti costi

discrezionalità lasciata al giudice al riguardo, non può essere finalizzato a sopperire alle carenze probatorie delle parti, così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime in tal senso: Cass. civ. sez. lavoro, 21 maggio 2009 n. 11847 e in dottrina M. FABIANI, *Imparzialità del giudice civile, efficienza del processo e prove officiose*, in *corriere giur.* 8/2010, 1094.

²¹¹ Sul punto, CHIEPPA, op. cit., 317, compie un parallelo con il processo amministrativo, dove il principio dispositivo appare temperato dal metodo acquisitivo, stante la differente posizione della p.a. e del privato.

²¹² Sull'utilizzo della ctu al fine di accertare i fatti stessi oggetto della domanda, è consentito solo a condizione che la parte li abbia specificatamente allegati, che si tratti di fatti accessori e che il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche, sul punto Cass. 15 aprile 2002, n. 5422.

²¹³ Tribunale Milano, 13 aprile 2016, sez. spec. impresa, con nota di G. SCOCCINI, *I limiti ai poteri istruttori officiosi nelle cause civili in materia di diritto della concorrenza*, in *rivista di diritto industriale*, fasc.3, 2017, pag. 381.

²¹⁴ Cass. sez. un. 4 novembre 1996, n. 9522, in danno e resp., 1997, 1, 15 con nota di CARBONE

²¹⁵ cfr. negli esatti termini DE CRISTOFARO, *Onere probatorio*, cit., 110

²¹⁶ Nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017 viene comunque ricordata la facoltà data al giudice di avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico, ai sensi degli artt. 61 e 191 c.p.c., quando risulti necessario anche ai fini della liquidazione del danno.

delle indagini tecnico-economiche, necessarie per l'acquisizione di elementi indispensabili, è proprio la consulenza tecnica.

In tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata²¹⁷. L'azione risarcitoria promossa ai sensi dell'art. 33, comma 2, della L. n. 287 del 1990 tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale (interesse che può essere direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese) nonché alla riparazione del danno ingiusto²¹⁸.

L'utilizzo della CTU come mezzo istruttorio è assoggettato dalla Cassazione²¹⁹ al rispetto dei termini di decadenza propri dell'istruzione probatoria. Tuttavia, la Direttiva sembra deporre per un'applicazione meno severa dei termini istruttori. Il considerando 14, infatti, sottolinea la necessità di scongiurare il rischio di un

²¹⁷ Cassazione civile, sez. i, 04/06/2015, n. 11564, Soc. Comi E Altri C. Soc. Cargest, Foro Amministrativo (II) 2015, 9, 2200 (S.M) Giustizia Civile Massimario 2015 Diritto & Giustizia 2016, 18 Maggio

²¹⁸ Corte Appello Milano, Sez. I, 07/01/2016, n. 9

²¹⁹ Cass. 10 settembre 2013, n. 20695; Cass. 27 aprile 2016, n. 8403.

ostacolo all'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE derivante dall'applicazione di stringenti disposizioni giuridiche le quali prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio dell'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati.

L'assistenza dell'Autorità garante nella quantificazione del danno

Il sistema relativo alla liquidazione del danno *antitrust* è composto dalla Direttiva (art. 17), dalla guida pratica per la quantificazione dei danni rivolta alle corti nazionali e da una relazione di accompagnamento. Il decreto legislativo che recepisce l'art. 17 della Direttiva prevede tra gli strumenti del giudice per la liquidazione del danno, oltre alla possibilità di avvalersi di una consulenza tecnica di ufficio la possibilità per il giudice di chiedere assistenza all'Autorità.

Ed invero l'art. 14 comma 3 del decreto legislativo citato prevede <<*Il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno (...) l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima*>>.

Non si è mancato di rilevare la poca chiarezza e l'equivocità della disposizione²²⁰. Ed in particolare i dubbi interpretativi vertono propria su cosa debba intendersi per gli orientamenti dell'Autorità sulla quantificazione del danno atteso che, l'autorità non ha tali orientamenti in quanto non si è mai occupata né si occuperà della quantificazione e dell'accertamento del danno.

Semmai la disposizione, si è suggerito²²¹, può essere interpretata nel senso di richiedere all'Autorità se la metodologia che il giudice intende adottare per la quantificazione del danno, nel caso concreto ad egli prospettato, possa

²²⁰ MUSCOLO; *Relazione presentata al vi convegno antitrust di trento: tavola rotonda sul danno antitrust*, presso l'università di Trento il 07.04.2017.

²²¹ Convegno di trento sul risarcimento del danno antitrust, 17 aprile 2017, relazione dott.ssa Gabriella muscolo

effettivamente essere idonea ed adeguata facendo affidamento sulle *skills* economiche possedute dall’Autorità.

Il giudice nel momento in cui predispone la richiesta di assistenza all’autorità deve operare una serie di scelte che dipendono anche dalle evidenze del caso a lui prospettato.

La prima scelta è quella che riguarda il *modello da adottare nella selezione e quantificazione dei danni*, e tale modello dovrebbe garantire un adeguato bilanciamento tra livello di approssimazione dei risultati dell’uso del modello economico prescelto e la praticabilità del modello stesso nel caso concreto al fine di ricostruire uno scenario controfattuale non abnorme.

Il secondo tipo di scelta concerne la c.d. “*robustezza statistica*”²²² che intende perseguire, cioè deve far riferimento a quello che gli economisti chiamano *cd intervallo di confidenza*²²³ cioè il livello di probabilità desiderato che si vuole perseguire utilizzando un dato modello

E, infine, la scelta che tiene conto della *robustezza economica*, se si lavora su campioni di dati molto ampi di grandi dimensioni spesso si hanno delle evidenze che sono statisticamente molto rilevanti ma non lo sono economicamente.

Tali scelte competono al giudice che deve, quindi, individuare il modello da utilizzare per ricostruire lo scenario controfattuale, indicare il grado di probabilità perseguito, e quindi chiedere all’autorità se le scelte effettuate possano essere adeguate nel caso sottoposto alla sua cognizione.

²²² Proprietà della statistica. Una statistica si dice robusta se produce risultati inferenziali (inferenza statistica) che sono relativamente insensibili a modifiche nelle assunzioni del modello statistico (modello statistico). La ricerca di statistiche robuste in ambito parametrico è motivata dal fatto che generalmente un modello parametrico costituisce soltanto una plausibile approssimazione della distribuzione a livello di popolazione (distribuzione di probabilità). http://www.treccani.it/enciclopedia/robustezza-statistica_%28dizionario-di-economia-e-finanza%29/

²²³ Il concetto di intervallo di confidenza (ic) viene introdotto quando si esegue una misura o si calcola un rapporto fra misure non sull’intera popolazione, ma su un campione estratto da quella stessa popolazione. TORRES-ARREOLA LP, CONSTANTINO-CASAS P, FLORES-HERNANDEZ S, VILLABARRAGAN JP, RENDON-MACIAS E., *Socioeconomic factors and low birth weight in Mexico*, *bmc public health*. 2005 mar 3;5(1):20

Appaiono, comunque, evidenti le differenze tra assistenza dell’Autorità e consulente tecnico del giudice.

Il consulente è un ausiliario del giudice, l’Autorità non è un ausiliario, si pone come *enforcement* con *skills* economiche sullo stesso piano del giudice. Il giudice non può chiedere al consulente quale è il modello più adeguato in quanto il giudice guida il consulente, ma il ruolo dell’Autorità è diverso per cui il giudice potrebbe in effetti demandare consiglio all’Autorità sulla metodologia più idonea nel caso concreto.

Secondo altra impostazione, la previsione della possibilità, per l’Agcm, di fornire anche un parere sulla proporzionalità delle «richieste di divulgazione» e di presentare osservazioni al giudice che emetta un «ordine di divulgazione» lasciano intendere, per un verso, che all’Autorità vada concesso un termine per resistere all’ordine del giudice e, se del caso, chiederne la revoca o la modifica; e quindi difficilmente possa assumere la funzione di *amicus curiae*²²⁴

Presunzione di danno nel caso di «cartello»

L’art. 17 della Direttiva 2014/104/UE, sancisce che si presume che causino un danno le violazioni consistenti in cartelli²²⁵. Tale precetto viene confermato anche a livello

²²⁴ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell’Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 788 sulla ammissibilità della figura dell’*amicus curiae* nel nostro ordinamento giuridico basti osservare che la figura dell’*amicus curiae*, propria degli ordinamenti di common law, riscuote maggior successo dinanzi alle corti statunitensi, rispetto a quelle inglesi, essa non può certo dirsi estranea alla tradizione giuridica europea (cfr. E. BERGAMINI, *l’intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione Europea e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in dir. comunitario scambi internaz., 2003, p. 181 ss.; per approfondimenti, cfr. E. SILVESTRI, *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in riv. trim. dir. e proc. civ., 1997, p. 679 ss.).

²²⁵ Al considerando 47 si Legge: «per rimediare all’asimmetria informativa e ad alcune delle difficoltà che presenta la quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza e per garantire l’efficacia delle domande di risarcimento, è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. a seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l’effettivo ammontare del danno. Gli autori della violazione dovrebbero avere il diritto di confutare questa presunzione. è opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l’asimmetria informativa e rende più difficile per l’attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito». è interessante notare

nazionale dall'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, fatta salva la prova contraria dell'autore della violazione²²⁶. Vengono così dal legislatore considerati sussistenti, in modo provvisorio, elementi di fatto a cui sono collegati effetti giuridici: in sostanza, il fatto presunto non deve essere provato dalla parte onerata e la prova del contrario è ammessa, ma grava sulla controparte²²⁷. Anzitutto, l'espressione «*cartello*» trova una sua definizione sia nella Direttiva, sia nel decreto delegato (art. 2), e non va considerato come puro e semplice sinonimo di intesa vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE. Sarà compito della giurisprudenza, europea e nazionale, determinare sul piano concreto quali siano le concrete ipotesi di illeciti anticoncorrenziali, come tali fonti di responsabilità²²⁸.

La presunzione *iuris tantum* circa la ricorrenza del pregiudizio consentirebbe di alleggerire l'onere probatorio incombente sul danneggiato, il quale — apparentemente — non avrebbe il compito di dimostrare il danno da lui patito, bastando la prova dell'avvenuto evento lesivo (facilmente dimostrabile nelle azioni *follow on*, considerata altresì l'efficacia vincolante della decisione dell'Autorità garante ora sancita all'art. 7, d.lgs. n. 3/2017) e l'accordo mediante il quale è avvenuto l'acquisto di beni o servizi da parte dell'impresa sanzionata a causa del suo comportamento anticoncorrenziale. Tuttavia, così opinando, si è osservato, vi è il

come nel testo emendato della proposta della medesima direttiva (reperibile su www.Europarl.Europa.EU, si enunciava: « gli stati membri provvedono affinché, nel caso di infrazione sotto forma di cartello, si presuma che abbia causato un pregiudizio all'interno del mercato », dove per « mercato » potrebbe intendersi anche solo la violazione della concorrenza considerata di per se stessa, intesa come la generalità dei soggetti e non comprensiva della lesione individuale del singolo consumatore.

²²⁶ MARINO, op. cit., 94; CASTELLI, La causalità, cit., 1054, parlano di presunzione semplice; più correttamente, nel senso di presunzione relativa invece DE CRISTOFARO, il private *enforcement*, cit., 128; VILLA, op. cit., 308; FRATEA C., op. cit., 69.

²²⁷ Sulle presunzioni, diffusamente, PATTI, *Delle prove*, cit., 664 ss.; FABBRINI, voce presunzioni, in dig. disc. priv., sez. civ., xiv, Torino, 1996, 280; SACCO, *presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in riv. dir. civ., 1957, i, 407.

²²⁸ Questo auspicio si ritrova in libonati, op. cit., 508, che lascia alle aule dei palazzi di giustizia il compito di elaborare il «common law» dei danni risarcibili per violazione delle regole sulla concorrenza.

rischio di intravedere in detta presunzione il vituperato danno in *re ipsa*²²⁹. A proposito, si è parlato anche di una misura fortemente deterrente, senza però arrivare a riconoscere un danno punitivo²³⁰.

Nel segno di detta presunzione si colloca la più recente giurisprudenza di legittimità, ove si afferma che dal provvedimento di accertamento del cartello è possibile desumere non solo l'esistenza del comportamento anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un danno ai consumatori, ma anche, in via presuntiva, che tale danno è stato concretamente arrecato ai consumatori, considerato che i contratti conclusi tra gli utenti e le imprese partecipanti all'intesa rappresentano espressione e completamento dell'illecito vietato, evitando così ogni contrasto con il brocardo *praesumptum de praesumpto non admittitur*: la condotta anticoncorrenziale polverizza il danno tra tutti i consumatori, sicché sarebbe artificioso ritenere che la posizione del singolo vada distinta, sul piano presuntivo, dalla posizione dei consumatori in generale²³¹.

²²⁹ MARINO, op. cit., 94, che considera la soluzione adottata dalla direttiva opposta rispetto a quella adottata da Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit. per PARDOLESI, *note minime*, cit., 319, si ritiene comunque necessario dimostrare una specifica lesione della sfera giuridica individuale, come la prova dell'acquisto a condizioni deteriori, per evitare di ricadere nel danno in *re ipsa*. Diversamente, FRATEA C., op. cit., 70, ritiene che la presunzione si limiterebbe solo all'esistenza del danno, spettando al danneggiato la prova del quantum e del nesso di causa, in conformità sia alle leggi e alle procedure nazionali, sia ai principi di equivalenza ed effettività sanciti nella direttiva stessa. contra MALAGOLI, op. cit., 397, secondo cui i timori riguardanti automatismi risarcitori, danni ipotetici, approssimazioni o responsabilità probabilistiche devono e possono essere superati nella maggioranza dei casi dal diritto vivente: i singoli consumatori, dopotutto, si trovano sì « a valle » rispetto all'intesa illecita, ma contemporaneamente all'apice del comportamento anticompetitivo, che nel singolo atto esplica i suoi effetti definitivi, cosicché l'alleggerimento dell'onere probatorio previsto dalla direttiva risulta giustificato alla luce dei principi di effettività e di equivalenza sanciti dal diritto europeo. v. anche LIBERATORE, *disciplina della concorrenza e tutela del consumatore*, in trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da AJANI-BENACCHIO, III, *i diritti dei consumatori*, a cura di ALPA G., 1, Torino, 2009, 163, per il quale è indubbio che vi siano casi dove il nesso è evidente e la prova del danno in *re ipsa*, come i cartelli di prezzo o quelli che limitano l'accesso al mercato ad altri potenziali concorrenti con conseguente limitazione delle possibilità di scelta per il consumatore e aumento dei prezzi del prodotto.

²³⁰ LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile*, cit., 272. Gli effetti innegabilmente deterrenti non devono però essere confusi con la funzione della responsabilità civile, la quale resta, inesorabilmente, diretta a ristabilire integralmente il danneggiato dal pregiudizio sofferto.

²³¹ Cass. civ., 28 maggio 2014, n. 11904, cit. come osserva PATTI, *Delle prove*, cit., 640, le c.d. presunzioni giurisprudenziali molte volte vengono successivamente fatte proprie dal legislatore.

Tuttavia, è bene fare una precisazione. Dal provvedimento dell'Autorità garante si presume l'innalzamento del prezzo, effetto normale ad esempio di un cartello dei prezzi ma non anche il pregiudizio individuale ed il relativo nesso di derivazione causale in capo al singolo consumatore. La dimostrazione degli elementi da ultimo considerati può ben essere fornita tramite presunzioni, limitandosi il danneggiato ad allegare e provare fatti noti, quale aver intrattenuto con l'impresa danneggiante un rapporto di natura commerciale nell'ambito geografico e temporale di riferimento, dal quale il giudice possa ricavare, attraverso un criterio logico-probabilistico, l'esistenza degli elementi da provare. L'accertamento contenuto nel provvedimento sanzionatorio è perciò idoneo a fondare quanto meno una presunzione circa l'esistenza della condotta illecita (ad esempio, l'intesa anticoncorrenziale) e che ad esso l'impresa convenuta abbia plausibilmente fornito un apporto causale per la sua concreta attuazione, riscontrandosi un incremento generalizzato dei prezzi, salvo prova contraria.

La presunzione circa l'esistenza del danno cagionato da cartello (e del relativo nesso di causalità) allora interviene ripartendo diversamente l'onere della prova circa il fatto che all'intesa anticoncorrenziale l'impresa abbia dato attuazione, provocando un pregiudizio al mercato di riferimento come, ad esempio, una crescita generalizzata dei prezzi. La presunzione è limitata ai soli cartelli in ragione delle loro caratteristiche intrinseche, dal momento che è appurato il fatto che oltre il 90% dei cartelli causino un danno: il cartello, infatti, restringe la curva dell'offerta e determina, di regola, un aumento del prezzo²³².

Spetterà allora al singolo soggetto, il quale si assume danneggiato proprio perché entrato in qualche modo in contatto con detta impresa, sia nel caso si tratti di un diretto concorrente, sia nell'ipotesi di un acquirente o utente, dimostrare la

²³² Tuttavia, vi è da considerare che gli illeciti da sfruttamento e gli stessi cartelli che realizzano prezzi sovra-competitivi costituiscono, invero, solo una parte dei casi di antitrust, poiché i comportamenti lesivi della concorrenza, da parte delle imprese, si traducono anche in abusi escludenti. Stando a MARINO, op. cit., 95, quanto alla presunzione del danno, almeno nelle controversie follow on, non parrebbe sussistere una differenza della posizione del danneggiato a seconda del tipo di illecito anticoncorrenziale.

sussistenza del rapporto con il danneggiante, riconducibile al mercato ove si è perpetrato l'illecito, limitandosi ad allegare il danno (nell'esempio richiamato, il sovrapprezzo, effetto naturale e principale dell'intesa restrittiva) che ritiene essersi prodotto nella sua sfera individuale, pregiudizio scaturente dalla lesione dell'interesse ad esplicarsi liberamente all'interno di un mercato ove le regole sulla concorrenza vengano rispettate e riverberatosi in capo al singolo nel momento in cui si è venuti in contatto con l'autore della violazione, anche tramite un accordo negoziale.

Beninteso, mediante il ricorso alla presunzione *iuris tantum*, si ammette la possibilità per l'impresa convenuta in sede di risarcimento del danno di fornire prove a propria discolpa, cioè provare che è vero o non sussiste il fatto presunto. Dopotutto anche alla luce del principio della vicinanza della prova, l'impresa convenuta nell'azione di risarcimento del danno è l'unico soggetto che può dimostrare effettivamente l'assenza di alcun effetto pregiudizievole, nell'ambito del mercato rilevante, del comportamento anticompetitivo, mediante l'ausilio di prove che sono, secondo un criterio generale logico-probabilistico, nella sola disponibilità dell'autore dell'infrazione.

È proprio in virtù di tale asimmetria informativa che si giustifica il ricorso al ribaltamento dell'onere della prova: normalmente i cartelli sono segreti e risulta perciò estremamente difficile per i danneggiati provare gli effetti pregiudizievoli subiti a causa dell'attuazione dell'intesa illecita, considerato che gli elementi di prova necessari per dimostrare la fondatezza delle loro pretese si trovano presso il convenuto o terzi e non sono facilmente accessibili o comunque noti²³³.

Il legislatore europeo, mediante la previsione della presunzione di causazione di danno, ha voluto, quindi, perseguire l'obiettivo di incidere sul rischio connesso alla mancata prova di un fatto, delineando una diversa ripartizione dell'onere probatorio

²³³ Come osserva PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in riv. dir. civ. 2001, i, 486, l'utilizzo di presunzioni legali relative rappresenta una tecnica frequentemente utilizzata dal legislatore europeo al fine di tutelare la parte debole del rapporto, o comunque quella che incontra le maggiori difficoltà di prova.

risultante dall'applicazione meccanica dell'art. 2697 c.c. a proposito della responsabilità da fatto illecito²³⁴.

È questo, allora, il significato da attribuire alla disposizione di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, ove si afferma che «*l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione*». Tale intervento normativo, inoltre, può concretizzarsi non solo mediante il ricorso ad una presunzione legale relativa, per mezzo della quale da un fatto noto si giunge a ritenere provato un fatto ignoto, ma anche semplicemente venendo ad enunciare che un determinato elemento della fattispecie si presume esistente sino a quando non sia provato il suo contrario²³⁵. Ben si comprende, dunque, l'obiettivo perseguito che non è tanto quello di semplificazione probatoria quanto, piuttosto, una diversa ripartizione dell'onere della prova, gravante sulla parte opposta a colei che dal fatto trae un'utilità²³⁶. In fin dei conti, è innegabile che la tutela aquiliana presupponga, nel campo degli illeciti anticoncorrenziali, una certa tolleranza circa una determinazione del risarcimento «largamente approssimativa ed essenzialmente presuntiva»²³⁷.

²³⁴ Esempio è SACCO, op. cit., 410: attraverso le presunzioni legali, non ci si limita a ripartire l'onere della prova, ma si ricollegano degli effetti al fatto presunto, stabilendo le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto.

²³⁵ si parla, in proposito, di presunzioni improprie (o verità interinali), equiparabili a regole particolari di ripartizione dell'onere della prova: in argomento si rimanda, esaustivamente, A PATTI, *Delle prove*, cit., 646 ss., ove si sottolinea la tendenza a sovrapporre il concetto di presunzione a quello di ripartizione dell'onere della prova; v. ancora TARUFFO, (a cura di), *La prova nel processo civile, in trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto Da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 251 ss.; E MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994, 353.

²³⁶ DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in aida, 2015, 115, il quale individua espressamente una «presunzione impropria» solo nella presunzione del nesso di causa nel c.d. passing on offensivo di cui all'art. 14, par. 2, della direttiva, mentre si limita a definire in termini di «presunzione di dannosità» il disposto dell'art. 17, par. 2. Tuttavia, non vi sarebbero ragioni per non estendere la medesima ratio anche al danno presunto nei cartelli. di questo avviso sembra essere CASTELLI, *Disciplina antitrust*, cit., 113 ss., laddove ritiene che — seppur con riferimento alla portata delle decisioni dell'AGCM all'interno del giudizio civile — non sarebbe configurabile una presunzione in senso tecnico causa l'indebita sovrapposizione tra fatto noto (illecito antitrust) e fatto da provare, bensì si tratterebbe di una «verità interinale» (o «presunzione impropria»), secondo cui un determinato fatto si considera senz'altro provato fino a che non sia dimostrato il contrario.

²³⁷ così GENOVESE, op. cit., 244.

Attraverso una siffatta interpretazione andrebbe respinta la possibilità di intravedere in detta presunzione un'ipotesi di danno *in re ipsa*, proprio perché la condanna a risarcire il danno non consegue direttamente dall'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità garante, ma si basa su altri ed ulteriori elementi che ne fondano, seppur presuntivamente, la ragionevole sussistenza.

Pertanto, la novità legislativa non fa altro che presumere che il cartello abbia prodotto effetti lievitativi dei prezzi ovvero una loro non diminuzione nel mercato. Ora, nel caso di accertamento da parte dell'Autorità garante di un cartello che si presume abbia determinato un aumento dei prezzi, il singolo danneggiato sarà pur sempre tenuto a provare il rapporto avuto con l'impresa e ricondurlo nel periodo di riferimento oggetto di osservazione e sanzione da parte dell'Autorità, limitandosi così ad una indicazione descrittiva del pregiudizio patito. La riconducibilità della lesione dell'interesse alla libertà contrattuale alla sfera giuridica individuale del singolo danneggiato è essenziale per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno, ancorché consistente nella semplice dimostrazione di appartenere a quel mercato di riferimento in quel momento in cui risulta accertato che l'intesa sprigionava i suoi effetti distorsivi a danno della libera concorrenza. Detto altrimenti, all'utente finale spetterebbe provare la «sussunzione» del singolo contratto o semplicemente del compimento del singolo atto di consumo nell'ambito spazio-temporale oggetto d'indagine da parte dell'Autorità *antitrust*. In questo senso, non può che accogliersi con favore l'espressa menzione, operata dal legislatore italiano in sede di recepimento, quanto all'estensione dell'efficacia probatoria, nel giudizio di danno, della decisione definitiva adottata dall'Autorità garante nazionale (o del giudice dell'impugnazione) anche con riguardo alla portata materiale, personale, temporale e territoriale, escludendo invece ogni automaticità in ordine all'esistenza del danno e del nesso di causalità²³⁸.

²³⁸ A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE* responsabilità civile e previdenza, fasc.3, 1 marzo 2017, pag. 954.

L'attore in giudizio potrà, in sostanza, limitarsi ad allegare plausibili indizi in ordine al suo rapporto con la condotta anticompetitiva accertata, mentre non sarà tenuto a provare il sovrapprezzo pagato e, stante la chiara difficoltà di quantificazione del medesimo, il suo effettivo ammontare. In particolare, qualora si tratti di un consumatore, ancorché percepisca un rincaro del prezzo, le sue stesse conoscenze non gli permettono di spiegarlo in termini analitici, posto che egli non esercita un'attività imprenditoriale o professionale ed acquista un bene o un servizio semplicemente per il soddisfacimento immediato di un proprio bisogno ovvero di una esigenza della sua famiglia.

L'onere di allegazione e di produzione istruttoria dell'attore si presenta allora indubbiamente alleggerito, ma non solo in forza della suindicata presunzione.

I danni e la loro quantificazione, ipotesi applicative.

L'acquirente diretto

Le condotte di sfruttamento consistenti nel fissare un prezzo al di sopra del livello competitivo possono derivare sia da intese che da abuso di posizione dominante. In ambo i casi danneggiati sono anzitutto i soggetti che hanno acquistato il prodotto. I consumatori finali, in particolare subiranno un danno emergente pari al sovrapprezzo moltiplicato per la quantità di prodotto acquistato²³⁹.

Con riferimento a coloro che hanno acquistato il bene per rivenderlo occorre distinguere tre casi:

1. - il caso in cui il sovrapprezzo non sia stato traslato: il pregiudizio è un danno emergente pari al sovrapprezzo pagato per le merci acquistate;

²³⁹ F. DENOZZA; L. TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust, in funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; I. PROSPERETTI, I. TOMASI, E. PANI, *Il danno antitrust, una prospettiva economica*, Bologna, 2009, pp 40 e 224, ove si osserva come l'analisi costi-benefici abbia da tempo elaborato una serie di metodi atti a valutare gli effetti di diversi fenomeni – variazione di prezzo di un bene, immissione di un nuovo bene sul mercato- sui consumatori. A tali metodi è sottesa una idea comune, quella secondo la quale l'effetto dell'aumento del prezzo di un bene sul benessere del consumatore sia misurabile calcolando l'ammontare del reddito in grado di ricondurre il benessere di questi al livello in cui si trovava prima dell'aumento dei prezzi.

2. - il caso in cui il sovrapprezzo sia stato parzialmente traslato ad altri sub-acquirenti: il danno equivale al lucro cessante pari alla differenza tra i guadagni ottenuti prima dell'illecito e quelli conseguiti successivamente ad esso e dipende dalla minore quantità di merci vendute a causa dell'aumento del prezzo²⁴⁰.

Il lucro cessante consiste nella somma di due poste: da un lato dall'importo ottenuto moltiplicando il guadagno che egli prima dell'illecito riusciva ad ottenere per ogni singolo bene venduto per la quantità di beni rimasti invenduti; dall'altro lato dall'importo corrispondente alla differenza tra il guadagno ottenuto per ciascun bene prima dell'illecito e quello ottenuto dopo moltiplicato per la quantità di beni venduti.

Esempio pratico: A acquista un bene ad 8 e lo rivende a 12. A seguito dell'illecito *antitrust* A acquista il medesimo bene a 10 e lo rivende a 13. L'incremento di prezzo di vendita induce parte degli acquirenti ad acquistare minore quantità di quel bene. Prima dell'illecito si vendeva la quantità X, dopo l'illecito la quantità Y, con X>Y. Il lucro cessante è pari: $[(12-8) * (X-Y)] + [(12-8)-(13-10)] * Y$;

3. - il caso in cui il prezzo è stato totalmente traslato: il danno sussiste solo se è diminuita la quantità di beni e servizi veduta. Sussiste un danno nella voce del lucro cessante se la quantità di vendita è diminuita.

Analoghe considerazioni valgono per l'acquirente indiretto, se è consumatore finale il risarcimento ottenibile è pari al prodotto del sovrapprezzo per la quantità di beni acquistata; se è a sua volta rivenditore, si applicano le formule di indagine e calcolo espresse per il trasferimento del sovrapprezzo in modo parziale o totale.

Coloro che hanno rinunciato al bene

Occorre distinguere due casi:

- chi ha rinunciato al bene è consumatore finale: occorre dar la prova di esser stati acquirenti del bene e di non esserlo più dopo l'illecito. Il danno in tal caso viene

²⁴⁰ Ovvio che la diminuzione delle vendite è ipotizzabile laddove la domanda del bene non sia perfettamente rigida rispetto al prezzo. Sul punto I. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, Op. cit., 24

valutato in via equitativa. Se il bene è stato sostituito con altro prodotto il danno è pari alla differenza tra il prezzo prima pagato e quello successivamente sborsato per il prodotto succedaneo²⁴¹.

- chi ha rinunciato al bene è collocato ad un intervallo intermedio della catena produttiva o distributiva: il calcolo del danno deve tener conto dei guadagni ai quali si è rinunciato e che, invece, sarebbero stati conseguiti tramite la rivendita del bene o la vendita di altro bene che non ha potuto produrre per mancanza dell'*input*. In tale caso, qualora sarebbe stato possibile reperire beni sostitutivi, o modificare la produzione senza effettuare necessariamente degli investimenti strutturali, opera l'art. 1227 2° comma c.c. volto ad escludere il risarcimento di quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ed entro uno sforzo ragionevole. Taluni riconducono il citato articolo nell'alveo della causalità giuridica²⁴². Altri invece rinviene la ratio della disposizione nei principi di correttezza e buona fede che imporrebbero al danneggiato di non aggravare la posizione del danneggiante²⁴³. Il comportamento richiesto al danneggiato creditore è parametrato al canone di ragionevolezza²⁴⁴ e si concreta in un'attività che non sia gravosa o eccezionale o tale da comportare notevoli rischi²⁴⁵ esborsi di danaro²⁴⁶ o sacrifici²⁴⁷.

²⁴¹ I. PROSPERETTI, E.PANI, I. TOMMASI, *Il danno antitrust*, cit. p. 225. Gli autori rilevano come, in una prospettiva equitativa, anche in questa ipotesi il danno potrebbe essere identificato con il prezzo del prodotto a cui si è rinunciato sempre che però si tenga presente che in tal modo il danno patito finisce per essere sovrastimato e che dunque il valore così calcolato andrà in qualche misura ridotto.

²⁴² M.FRANZONI, *IL danno risarcibile*, Milano 2004, 27;

²⁴³ C.M.BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*; Bologna, 1967;

²⁴⁴ G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 922;

²⁴⁵ Rileva C. Rossello, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, 84 ss. come, con riferimento all'assunzione di rischi, due siano le situazioni affrontate con frequenza dalla giurisprudenza: quella concernente l'esperimento di un'azione giudiziaria, quella riguardante l'eventualità che i propri interessi finiscano per essere pregiudicati a causa di un eccessivo scrupolo nella tutela degli interessi altrui.

²⁴⁶ Rileva C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, come con riferimento agli esborsi di denaro, talvolta la giurisprudenza ritenga che il danno non debba in alcun caso anticipare spese alle quali non è tenuto, escludendo l'esigibilità della condotta in linea di principio, tal'altra ritenga tale condotta irragionevole a causa dell'entità della spesa lasciando così intendere che si tratti di una questione di misura.

²⁴⁷ Cass. 5 maggio 2010 n. 10895 in dir. e giust. 2010

Se l'utente intermedio avesse potuto usare beni sostitutivi o mutare la produzione senza investimenti esorbitanti il danno risarcibile è pari alla differenza tra il guadagno che si sarebbe conseguito con la recedente produzione e quello che è stato effettivamente realizzato.

Se invece l'astratto dovere di attivarsi non rientra nel canone dello sforzo ragionevole, allora il ristoro comprende oltre al danno emergente anche il lucro cessante pari ai guadagni mancati²⁴⁸. A ciò si aggiungono tutte le altre spese eventualmente affrontate (es. spese di gestione, spese di amministrazione, costi di ammortamento, spese di magazzinaggio etc.).

I produttori di beni complementari

In questo caso è ipotizzabile il risarcimento sia di un danno emergente (costi che non si sarebbero sopportati in assenza della condotta *antitrust*) che di un lucro cessante (differenza tra i guadagni conseguibili in assenza di illecito e guadagni conseguiti).

I danni da illecito escludente

Gli imprenditori che a causa di un illecito *antitrust* escludente hanno subito, per l'appunto, l'esclusione dal mercato o l'impossibilità di accedervi, o ancora, la collocazione sul mercato in una posizione inferiore rispetto a quella occupata precedentemente, possono avanzare pretese risarcitorie.

In caso di mancato ingresso dovuto all'illecito *antitrust*, il risarcimento copre il danno emergente pari ai costi inutilmente sostenuti dall'imprenditore per accedere

²⁴⁸M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2004, 37; M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di riparazione del danno*; Milano 2008; M. CAPECCHI, *IL risarcimento del danno in rinvio della responsabilità contrattuale* a cura di G. Visentini, Padova 2009; 395 ss.

al mercato, e il lucro cessante pari ai profitti persi che configurano una perdita di chance²⁴⁹ intesa in senso di possibilità di fare affari²⁵⁰.

In caso di esclusione o ricollocazione ad una posizione inferiore il danno è commisurato all'ammontare dei profitti che è ragionevole presumere che sarebbero stati realizzati al quale devono essere sottratti i costi risparmiati.

Una questione che si è posta in caso di esclusione è quella dell'operatività dell'art. 1227 comma 1 c.c. qualora il danneggiato, nonostante l'illecito *antitrust*, sarebbe rimasto sul mercato se avesse posseduto un maggior grado di efficienza e, dunque, avrebbe subito un danno inferiore rispetto a quello conseguente alla fuoriuscita. L'art. 1227 comma 1 c.c. regola l'ipotesi in cui la lesione sia stata causata dall'azione congiunta del danneggiante e della vittima²⁵¹. Tra i problemi ermeneutici che la norma in esame pone vi è quello riguardante la verifica dei criteri da adottare al fine di valutare la condotta del danneggiato. In particolare ci si domanda se il richiamo alla colpa contenuto nella disposizione rilevi come criterio di imputazione del fatto o rimanda soltanto ad un comportamento eziologicamente connesso al danno. La giurisprudenza opta per questa ultima soluzione attribuendo rilevanza esclusiva al nesso causale sussistente tra l'atto del responsabile e l'evento dannoso²⁵². La dottrina è invece divisa. Una parte mostra di aderire all'orientamento della giurisprudenza²⁵³, un'altra parte conduce la previsione in

²⁴⁹ H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. the law of competition and its practice*. St Paul, Minn., 2005, 678

²⁵⁰ P. TRIMARCHI; *Il contratto, risarcimento e rimedi*; cit.; a. GENOVESE, *il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli 2005; s. BASTIANON S.; *L'abuso di posizione dominante*, cit., App. Milano 24 dicembre 1996, sentenza Telesystem.

²⁵¹ Osserva G.VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 971, come la distinzione tra primo e secondo comma dell'art. 1227 c.c. rileva anche sul piano processuale: il fatto colposo del danneggiato può essere fatto valere d'ufficio dal giudice, mentre la presenza delle condizioni previste dal secondo comma devono essere eccepite dalla parte interessata. Ad opinione dell'autore tale diversità di trattamento sarebbe difficilmente comprensibile considerando che l'art. 1227 comma 2 concerne il tema della valutazione del danno, nel quale al giudice è attribuito il compito di analizzare l'intero materiale acquisito al processo

²⁵² Cass. civ. 22 giugno 2009 n. 14548 in giust. civ. mass. 2009, 6, 956. La conseguenza di una simile interpretazione è quella di ricondurre alla previsione di cui all'art. 1227 c.c. anche i casi nei quali il danno sia ascrivibile al comportamento di un incapace di intendere e volere

²⁵³ C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 5, Milano, 1994 136ss; G. ROSSELLO, *concorso del fatto colposo del creditore*, in trattato della responsabilità contrattuale a cura di G. Visentini, Padova, 2009, 411, in

esame al principio di auto-responsabilità²⁵⁴: nelle ipotesi in cui l'ordinamento impone la prevenzione di determinati fatti che potrebbero ledere interessi altrui, si ritiene opportuno che anche i titolari di questi interessi contribuiscano a perseguire il medesimo risultato²⁵⁵. Tale prospettiva comporta che al fine dell'operatività della norma non è sufficiente un legame causale tra danno e condotta del danneggiato, dovendosi accertare l'anti-doverosità di quest'ultima, per cui sarebbe da escludere una diminuzione del risarcimento tutte le volte in cui il soggetto non era imputabile e non avrebbe potuto pertanto incidere concretamente sulla diminuzione del danno. Occorre, dunque, valutare se tale criterio sia o meno applicabile al caso dell'imprenditore che non ha potuto fronteggiare l'illecito *antitrust* a causa della mancanza di adeguati mezzi finanziari.

L'impotenza finanziaria, secondo una certa ricostruzione, rileva tutte le volte in cui il danno è la realizzazione del rischio inerente l'esercizio dell'attività di impresa, ponendosi l'accento sulla esigenza di non sollevare l'imprenditore in ristrettezze finanziarie da quei rischi dei quali avrebbe dovuto tener conto nella propria gestione, predisponendo i mezzi idonei per fronteggiarli (tra i quali l'efficiente gestione delle risorse finanziarie). Per cui se l'imprenditore con adeguati mezzi finanziari avesse potuto contrastare in parte l'illecito anticoncorrenziale, soffrendo solo di una diminuzione delle vendite, allora il danno dovrà essere parzialmente diminuito sottraendo quella parte di esso riconducibile alla stessa condotta dell'imprenditore escluso o ricollocato in basso. Trova, inoltre, applicazione l'art. 1227 comma 2 c.c. tutte le volte in cui l'impresa avrebbe potuto evitare la fuoriuscita

cui l'autore richiama anche il principio di auto-responsabilità, M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, supplemento in commentario al codice civile a cura di A. Scialoja; Branca; Bologna-Roma 2004, 42 S.

²⁵⁴ G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit. 466; P. TRIMARCHI, op. ult.cit., 129; G. VILLA *Danno e risarcimento*, cit., 918 s.

²⁵⁵ G. CATTANEO, oper ult. cit.,

dal mercato o la ricollocazione in basso indirizzando le proprie risorse altrove, sempreché, ciò sarebbe potuto avvenire senza eccessiva onerosità²⁵⁶.

Breve rassegna dei metodi più comunemente utilizzati per l'analisi degli effetti di condotte anticoncorrenziali.

I metodi più comunemente utilizzati possono essere raggruppati nelle seguenti tre categorie:

i) Metodo analitico, o *but-for*, che consiste nel ricostruire lo scenario sulla base delle informazioni analitiche reperibili sull'impresa, riguardanti il profilo contabile, i programmi che essa intendeva realizzare, nonché la concreta capacità di realizzazione degli stessi. In Italia il metodo analitico è stato utilizzato nella prima pronuncia che ha accordato il risarcimento del danno per violazione della normativa *antitrust*, cioè il caso Telesystem²⁵⁷. Altra applicazione del metodo si è avuto nel cd caso Valgrana²⁵⁸.

ii) Metodo comparativo, *before and after*, basato sul confronto tra la situazione economica dell'impresa al momento dell'illecito e quella che essa aveva in un

²⁵⁶ G. VILLA; *Danno e risarcimento*, cit., il quale circa il calcolo del risarcimento del danno ogni qual volta opera l'art. 1227 comma 2 c.c., indica la seguente formula: risarcimento = (perdita di valore + altre perdite) – (costi risparmiati + restituzioni + utilità sostitutive + perdite evitabili).

²⁵⁷ Fatto: una società operante nel settore della telefonia aveva l'autorità giudiziaria lamentando di aver subito un danno a seguito di un abuso di posizione dominante di sip-telecom che si era rifiutata di concedere in locazione a telesystem i circuiti urbani necessari per offrire sul mercato un sistema telefonico di rete a gruppi chiusi di utenti. L'AGCM emetteva un provvedimento sanzionatorio per abuso di posizione dominante, la Corte di appello di Milano riconosceva la condotta abusiva di telecom sip e la condannava a risarcire i danni nei confronti di telesystem. Per la quantificazione dei danni sofferti il giudice rimetteva ad un collegio di consulenti il compito di verificare le spese sostenute da Telesystem e i profitti che essa avrebbe potuto conseguire in mancanza della condotta illecita "secondo un apprezzamento che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, della sua capacità di penetrazione sul mercato e della produttività degli investimenti nella fase iniziale dell'attività". Il risarcimento accordato, a seguito di detta analisi, è stato di molto inferiore a quello ipotizzato dalla società attrice. cfr. Corte di appello Milano, 18 luglio 1995).

²⁵⁸ Corte Di Appello Di Torino 7 febbraio 2002. La società Valgrana lamentava un danno sofferto a seguito di un illegittimo contingentamento della sua produzione ad opera del consorzio per la tutela del grano padano che stabiliva una quantità massima di produzione da immettere sul mercato.

periodo in cui non si era verificata la violazione. Il metodo *before and after* è stato, invece, utilizzato nel caso Bluvacanze²⁵⁹.

iii) Metodo *yardstick*²⁶⁰, basato sul confronto dei profitti dell'impresa danneggiata con quelli di una impresa equivalente (la quale opera come *benchmark*), che non ha subito le conseguenze dannose dell'illecito e che opera nel medesimo mercato. Tale metodo è stato utilizzato in un caso di abuso escludente da parte di Telecom nel mercato della trasmissione dei dati²⁶¹, esso presuppone oltre l'identità di prodotto anche che non sussistano particolari differenze nella domanda e nell'offerta di esso.

²⁵⁹ Corte Di Appello Di Milano, 11 luglio 2003, in foro it. 2004, i, 597. Bluvacanze lamentava di aver subito danni a causa di una intesa escludente posta in essere dai principali tour operators italiani al fine di escluderla dal mercato dei pacchetti turistici. Il danno è stato calcolato confrontando il volume di vendite effettuato nel periodo in cui l'intesa esplicava i suoi effetti con quello effettuato in un periodo precedente quando l'intesa non era stata ancora posta in essere. Agli utili in tal modo stimati venivano poi sottratti i costi che Bluvacanze avrebbe dovuto sostenere per effettuare le politiche commerciali ostacolate dall'intesa.

²⁶⁰ Sul punto, diffusamente, PROSPERETTI-PANI-TOMASI, op. cit., 119 ss.

²⁶¹ Corte Di Appello Di Roma, 20 gennaio 2003, in dir. ind., 2003, 548.

Illecito *Antitrust*: profili processuali

Il giudice competente

L'individuazione del giudice competente a conoscere del risarcimento del danno da illecito *antitrust* prima dell'emanazione del decreto legislativo n. 3/2017 che ha attribuito la competenza per materia e per territorio al Tribunale delle Imprese di Milano, Roma e Napoli, era stata foriera di dubbi interpretativi e discrasie applicative.

Ed, invero, nella realtà legislativa italiana la gestione del *private enforcement* delle norme *antitrust* risultava ripartita tra giudici diversi:

a) l'accertamento e la repressione delle violazioni della disciplina *antitrust* nazionale, era demandata ai sensi dell'art. 33 della L. 297/1990 alla competenza esclusiva in unico grado della Corte di appello; a tale giudice venivano rimesse dopo una interpretazione evolutiva dell'art. 33 citato ad opera della Cassazione²⁶², anche le controversie di natura risarcitoria instaurate dai consumatori;

²⁶²Nel 2002 la Corte di cassazione negava la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni ex art. 33 comma 2° della Legge n. 287/1990, a tutela della concorrenza, ad un consumatore che aveva intentato una causa risarcitoria nei confronti della sua compagnia assicuratrice ritenendosi danneggiato dall'aumento del prezzo della sua polizza RC a seguito di un cartello. La Corte di cassazione, infatti riteneva che i consumatori non erano direttamente tutelati dalla normativa *antitrust* e non rientravano tra i possibili legittimati attivi ex art. 33 comma 2 Legge 287/1990, pertanto giudice competente non era in unico grado la Corte di appello, ma si dovevano adottare i criteri di ripartizione della competenza ordinari per valore (cfr. Cass. 9.12.2002 n. 17475, foto it., i, 1121). La negazione della rilevanza degli interessi dei consumatori ai sensi della l. 287/1990 ha sollevato le critiche di buona parte della dottrina la quale non ha mancato di rilevare che negare che gli interessi dei consumatori finali rientrino nella gamma di interessi direttamente tutelati dalla disciplina *antitrust* sembra tradire le ragioni storiche e politico-economiche di tale disciplina" (cfr. LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, dr, 2004, 10 933) pertanto la posizione assunta nel 2002 dalla Corte Di Cassazione "risultava inaccettabile perché limitativa, indebitamente, la portata giuridica delle condotte anticoncorrenziali ai soli effetti sulle imprese concorrenti, mentre esse hanno senso solo se siano in grado di spiegare effetti sui consumatori" (cfr. AZZARO, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti in danno al*

- b) le violazioni della normativa *antitrust* europea, che, dunque, rientravano nella sfera di competenza dell'*Antitrust* Europeo, e che non fossero devolute a giudici di altri Stati membri erano conosciute in base al valore della controversia dal giudice di pace ovvero dal tribunale;
- c) gli illeciti afferenti l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale ed europea, erano devolute alle sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale ed industriale;
- d) le azioni di classe ex art. 140 bis Codice consumo per violazione delle norme *antitrust* nazionali ed europee volte alla tutela di diritti omogenei e al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette e o da comportamenti anticoncorrenziali, erano (e forse continuano tutt'oggi) ad essere devolute al tribunale ordinario competente su base macro-regionale del luogo in cui ha sede l'impresa²⁶³.

Già il decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con modificazioni nella Legge n. 27 del 24 marzo 2012, con il quale sono state istituite le sezioni speciali in materia di impresa, denominate "Tribunale delle Imprese", il Legislatore ha posto in essere un primo intervento di riordino incentrato sulla tendenziale attribuzione alle sezioni specializzate per l'impresa istituite presso i Tribunali e le Corti di Appello dell'intera competenza per l'applicazione della disciplina *antitrust*, sia nazionale

consumatore, rdc, 2003, 11/12, 339). Le critiche della dottrina sono state successivamente recepite dalla Corte di cassazione. Ed invero nel 2005 le Sezioni Unite della Corte di cassazione, adite per risolvere il contrasto sorto in seno alla I sezione civile sulla legittimazione, o meno, dei consumatori ad agire per il risarcimento del danno ex art. 33 Legge 287/1990, con conseguente competenza della Corte di appello in unico grado, hanno affermato "la Legge antitrust non è la Legge degli imprenditori soltanto, ma è la Legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto di poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere" (cfr. Cass. 4.2.2005, n. 2207, fi, 2005, i, 1014).

Con il decreto Legge 21.1.2012 n 1, convertito in Legge con modifiche dalla Legge 24.03.2012 n.27; la competenza è stata trasferita al tribunale delle imprese competente, ex art. 2, a giudicare "delle controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea". Ad oggi le sezioni specializzate in materia di impresa accentrano quindi davanti a un unico giudice le competenze che, anteriormente, erano distribuite tra le corti di appello (in qualità di giudice unico per le violazioni della normativa antitrust nazionale) e i tribunali ordinari (per le violazioni della normativa antitrust dell'Unione Europea).

²⁶³ GALLO D., *Il tribunale delle imprese*, in soc e fallimento, giuffrè, 2014, pp 24ss

che europea, nelle controversie tra privati, con previsione del doppio grado di giurisdizione, ad esclusione delle sole violazioni della disciplina *antitrust* che possono essere dedotte con l'azione di classe di cui all'art. 140 bis codice consumo (la ratio risiedeva nell'esigenza politica di non devolvere ad un giudice istituito per favorire le imprese una tipologia di controversie istituzionalmente diretta contro le stesse).

L'individuazione del Tribunale delle Imprese quale giudice competente a ricevere l'atto introduttivo del processo avveniva applicando le ordinarie regole di ripartizione della competenza stabilite nel codice di procedura civile (artt. 18-19-20). In applicazione di tali regole, quindi, i consumatori e/o utenti e/o altri soggetti danneggiati, potevano instaurare le azioni risarcitorie per violazione della normativa *antitrust* presso il Tribunale delle imprese competente per territorio in cui si trovava: a) il luogo di residenza o di domicilio del convenuto, se persona fisica; b) il luogo dove ha sede la persona giuridica convenuta o dove essa abbia uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda; c) il luogo ove è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio (in tale ultima ipotesi il foro competente poteva essere determinato in base al luogo in cui era stata tenuta la condotta illecita o in base al luogo in cui erano prodotti i suoi effetti)²⁶⁴.

Tali regole si applicavano indistintamente sia alle azioni risarcitorie intentate da soggetti che agivano nell'esercizio della propria attività professionale o di impresa sia a quelle intentate dai consumatori.

Le uniche disposizioni speciali che il Legislatore ha dettato in relazione alle azioni risarcitorie intentate dai consumatori concernono le azioni per responsabilità contrattuale e le azioni di classe di cui all'art. 140-bis del d. lgs. 6.9.2005 n. 206.

Invero, per quanto concerne le controversie fondate sulla responsabilità contrattuale, viene in rilievo l'art. 33, 2° comma, lett. u) del codice del consumo, che detta una presunzione di vessatorietà delle clausole che dettano un foro competente diverso da quello del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

²⁶⁴ P. CENDON, *IL risarcimento del danno al consumatore*, cit., pp. 358 ss.

Da tale disposizione la Corte di cassazione aveva dedotto che nelle controversie in cui il consumatore faceva valere la responsabilità contrattuale dell'impresa convenuta per violazione della normativa *antitrust* vigeva la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o ha stabilito il proprio domicilio elettivo²⁶⁵. Inoltre, per i contratti dei consumatori negoziati fuori dai locali commerciali o conclusi a distanza il Legislatore ha espressamente previsto la natura inderogabile del citato criterio di radicamento della competenza territoriale.

Il decreto legislativo n.3/2017 ha modificato l'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168 e ha previsto che per le controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 cioè le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV e quelle relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea sono inderogabilmente competenti le sezioni specializzate in materia di impresa di Milano²⁶⁶, Roma²⁶⁷ e Napoli²⁶⁸.

Tuttavia il Legislatore non ha specificato se tale competenza per materia e valore trovi applicazione anche nel caso di risarcimento del danno qualora il consumatore faccia valere la responsabilità contrattuale.

La competenza, pertanto, ad oggi nel caso di azione risarcitoria derivante da illecito *antitrust* dovrebbe essere la seguente:

²⁶⁵ Cass. 26.4.2010 n. 9922, mfi, 2010, 424. Da ultimo Cassazione civile, sez. vi-3, ordinanza 28/09/2016 n° 19061 secondo cui il foro esclusivo del consumatore individua il giudice presso il quale debbono essere promosse le azioni giudiziarie, le cui parti siano un consumatore e un professionista. La Suprema Corte, conformandosi all'orientamento prevalente, afferma che il consumatore può rinunciare al foro inderogabile fissato ex lege dall'art. 33 d.lgs 206/2005 laddove agisca in giudizio come attore, in quanto le disposizioni previste dalla summenzionata Legge sono previste a sua specifica tutela quale parte debole del rapporto contrattuale.

²⁶⁶ Per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento E Bolzano (sezione distaccata);

²⁶⁷ Per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'aquila, Perugia, Roma, Cagliari E Sassari (sezione distaccata);

²⁶⁸ Per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (Sezione Distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria

- a. Tribunale delle Imprese di Milano Roma e Napoli allorquando agiscano in giudizi concorrenti, consumatori o altri danneggiati da un illecito derivante dalla violazione della normativa *antitrust* sia comunitaria che nazionale,
- b. secondo un orientamento resta ferma la competenza del foro del consumatore ove questo ultimo agisca per il risarcimento del danno azionando la responsabilità contrattuale dell'impresa;
- c. la Corte di Appello ex lege individuata nel caso di *class action*.

Infatti, le azioni di classe ex art. 140 bis codice consumo, rappresentavano una fetta importante delle azioni che sarebbero rientrate, in base alla bozza originale della legge istitutiva del Tribunale delle Imprese, nella competenza dello stesso. Tuttavia ciò non si è verificato, ed, invero, il Legislatore ha ritenuto opportuno lasciare incardinata la competenza a decidere delle *class action* ex art.140 bis codice consumo ai tribunali aventi sedi nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa²⁶⁹ e ciò per tre ordini di ragioni: non si ravvisano delle vere e proprie esigenze di specializzazione dell'organo giudicante stante la circostanza che il novero dei diritti che ai sensi dell'art. 140 bis codice del consumo possono dar luogo ad una *class action* è quanto mai vario; un'azione preposta a favore del consumatore finirebbe con l'essere incardinata in un foro spesso particolarmente distante; il contributo unificato sarebbe più alto e ciò renderebbe notevolmente gravoso il ricorso alla giurisdizione per soggetti deboli.

Non è mancata autorevole dottrina che ha sostenuto, tuttavia, che a seguito dell'istituzione del Tribunale delle Imprese, anche le azioni di classe che hanno ad oggetto le materie di competenza riservate alle sezioni specializzate dovrebbero essere proposte davanti a queste ultime²⁷⁰.

Il decreto legislativo n. 3/2017 non prende posizione in merito.

²⁶⁹ Salvo determinati casi di accorpamento: per la Valle D'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino Alto Adige ed il Friuli Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia; per Marche, Umbria, Abruzzo, Molise è competente il Tribunale Di Roma, per la Calabria è competente Napoli.

²⁷⁰ TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in cg, 2012, 8/9, 1115).

Questioni di diritto internazionale privato

Nella Direttiva 2014/104 UE, così come nel D. lgs. 3/2017, non sono presenti norme di diritto internazionale privato, nonostante nei lavori preparatori fosse emersa la necessità di incorporare nel testo della Direttiva specifiche disposizioni in materia²⁷¹ in considerazione della natura marcatamente transfrontaliera dell'illecito *antitrust*²⁷² sottolineata anche dal nono considerando della Direttiva. Infatti, ripercuotendosi di norma su più mercati, tale illecito tende a presentare elementi di contatto con più ordinamenti, ciò comportando la possibilità che da una medesima violazione derivi la proposizione di azioni risarcitorie parallele. Tali implicazioni emergono anche dall'art. 14 par. 2 e dal 44° considerando della Direttiva in base ai quali, in tale ultimo caso, le azioni pendenti dinanzi a giudici di diversi stati membri devono essere considerate connesse ai sensi dell'art. 30 del regolamento Bruxelles I bis²⁷³ (sostitutivo del regolamento n. 44/2001 e applicabile a tutti gli Stati membri, compresa la Danimarca)²⁷⁴.

Pertanto, se l'illecito *antitrust* ha portata transfrontaliera troverà applicazione il regolamento Bruxelles I bis e la disciplina dello Stato competente a decidere la controversia. La circostanza che le azioni che i privati possono incardinare in sede civile perseguono obiettivi lato *sensu* pubblicistici quali il mantenimento della libera

²⁷¹ tale necessità era emersa anche in dottrina: M. DANOVI, F. BECKER, *Governance aspects of cross border EU competition actions, theoretical and practical challenges*, in *journal of private international law*, 2015, 3, 359-401

²⁷² Libro Verde- Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

²⁷³ Regolamento UE n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale in guae l 351 del 20 dicembre 2012 art. 1 ss. l'art. 30 del Regolamento è richiamato anche dall'art. 13 del d. lgs. n. 3/2017 in base al quale, ferme restando le regole in materia di connessione tra giudizi a livello interno e internazionale, nella azioni di risarcimento del danno da trasferimento del sovrapprezzo, il giudice può tenere conto di altre azioni anche proposte in altri stati, relative alla medesima violazione. In materia di litispendenza, invece, si rinvia all'art. 29 del Regolamento.

²⁷⁴ FRANZINA, *Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla Legge di riforma del diritto, dal internazionale privato ai criteri di giurisdizione della convenzione di Bruxelles*, in *riv. dir. int.*, 2009, 817 ss.

concorrenza e la tutela del mercato non è sufficiente a sottrarle dalla sussunzione alla materia civile e commerciale²⁷⁵.

Diversamente, se l'illecito *antitrust* non ha portata transfrontaliera a venire in rilievo sono direttamente le norme interne di ogni Stato in tema di competenza giurisdizionale²⁷⁶.

I criteri che il regolamento Bruxelles I bis detta sono: domicilio del convenuto, per il quale occorre distinguere se si tratta di persona fisica o giuridica, foro dell'illecito, i fori speciali.

Foro del Convenuto

Laddove il convenuto è una persona fisica (art. 4) il giudice naturale è il giudice del luogo in cui questo soggetto ha il proprio domicilio; laddove invece il convenuto è persona giuridica (art. 63) a venire in rilievo è sia il giudice del luogo della sede statutaria che dell'amministrazione centrale che, infine, quello del centro principale degli interessi. Ciò può arrecare il rischio che più giudici si ritengano ugualmente competenti con conseguente necessità di ricorrere alle norme in materia di litispendenza e connessione contenute negli artt. 29 e 30²⁷⁷.

Occorre, inoltre, considerare che in caso di condotte anticoncorrenziali poste in essere congiuntamente da più soggetti, come nel caso dei cartelli, data la natura solidale della responsabilità che grava sui partecipanti dell'intesa, l'attore può scegliere di incardinare il procedimento presso il giudice del luogo della sede statutaria o dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale o del domicilio di ognuno di essi, attirandovi tutti gli altri.

Onde evitare contrasti tra pronunce, il giudice nazionale successivamente adito può, pertanto, sospendere il giudizio o dichiarare la propria incompetenza qualora il giudice preventivamente adito sia competente a conoscere della domanda proposta e la legge ad essa applicabile ne consenta la riunione.

²⁷⁵ A.P. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. decentralised application of EC competition law by national courts*, Oxford And Portland, 2008, p.250

²⁷⁶ FRIGNANI A., BARIATTI S., *Disciplina della concorrenza dell'UE*, Cedam, 2016, pp. 682

²⁷⁷ A.MALATESTA, Art. 81 sez. 3 e 4, *commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, p. 520

Gli artt. 4 e 63 del regolamento valgono come titolo per individuare la competenza giurisdizionale ma non la competenza territoriale, limitandosi ad individuare, secondo le consuete regole internazional-privatistiche, l'ordinamento in cui può essere radicata la controversia transazionale. Spetta poi alle norme dei singoli Stati membri completare la disciplina tramite l'indicazione del giudice in concreto chiamato a pronunciarsi sulla controversia, secondo i criteri della competenza per materia, valore e territorio.

Ove i presunti responsabili della condotta anticoncorrenziale, attuata all'interno del mercato unico o i cui effetti vi si ripercuotono sono domiciliati al di fuori dell'Unione, per il principio dell'extraterritorialità del diritto UE della concorrenza, non vi sono dubbi circa l'applicazione a tali soggetti degli artt. 101 e 102 TFUE e dei poteri della Commissione nei loro confronti²⁷⁸. A livello di *enforcement* privato, invece, l'art. 6 del Regolamento Bruxelles I bis, rimanda alla legge del foro per la determinazione della competenza giurisdizionale nei casi in cui il convenuto non sia domiciliato in uno stato membro.

Nel caso italiano l'art. 3 comma 2 della legge n. 218/1995 richiama i medesimi criteri speciali di collegamento previsti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968²⁷⁹. Nel caso in cui il convenuto sia domiciliato in un Paese facente parte dell'Associazione europea di libero scambio – AELS (o EFTA) viene in rilievo la Seconda convenzione di Lugano del 2007 che ha sostituito la precedente del 1988²⁸⁰

²⁷⁸ Si pensi ad una delle sanzioni più alte inflitta dalla commissione europea, pari a 1 milione di euro, che è stata comminata per abuso di posizione dominante proprio nei confronti di una impresa di uno stato terzo ed è stata confermata da tribunale, 12 giugno 2014, causa t-286/09, intel corp. c. commissione, EU: t:2014:547.

²⁷⁹ Ancora efficace sul piano internazionale e operante relativamente ai rapporti con soggetti non domiciliati in uno degli stati membri dell'unione, come affermato da Cass. SS.UU.; ord. 21 ottobre 2009, n. 22239 in riv. dir. int. priv. proc. 2010, pp. 481-485. In precedenza F. POCAR; *Il nuovo diritto internazionale private italiano*, Milano, 1997, p.16. In argomento S. BARIATTI, *Le azioni collettive dell'art. 140 bis del codice del consumo, aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in class action: il nuovo volto della tutela collettiva in italia, Milano, 2011, pp. 135-170; G. BIAGIONI; *La connessione attributiva di giurisdizione nel Regolamento 44/2001*, Padova 2011, p.53 s.

²⁸⁰ Convenzione 30 ottobre 2007.

e che rappresenta una traslazione di principi contenuti nel regolamento (cd. Convenzione parallela)²⁸¹.

Foro dell'illecito

In materia *antitrust* possono venire in rilievo anche i fori speciali e facoltativi di giurisdizione di cui agli artt. 7 e 8 del Regolamento Bruxelles I bis che non si limitano ad indicare lo Stato alla cui autorità giudiziaria ci si deve rivolgere, ma individuano direttamente il giudice competente risolvendo contemporaneamente sia la questione della giurisdizione sia quella della competenza territoriale²⁸².

Tra di esse, con particolare riguardo all'illecito *antitrust* merita attenzione il num. 2 dell'art. 7 che disciplina il caso di un'obbligazione nascente da illecito civile doloso o colposo: la persona domiciliata in un altro Stato membro può essere convenuta davanti l'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (*forum delicti*) la cui decodificazione, tuttavia, non è agevole mancando pronunce proprio in tema di illecito *antitrust*. Si possono, tuttavia, richiamare altre pronunce della Corte di Giustizia che ha delineato il *forum delicti* in ambiti e settori diversi da quello *antitrust* ma le cui conclusioni possono essere analogicamente estese.

Ad esempio, in caso di cartello di prezzo, la condotta che determina il danno si scompone nell'attività collusiva prodromica che potrebbe essere stata tenuta in diversi luoghi, e in quella attuativa vera e propria. In virtù di ciò nella sentenza *Bier*²⁸³, la Corte di Giustizia risolvendo il dubbio interpretativo lasciato aperto dalla sentenza *Jenard*²⁸⁴ aveva stabilito che la nozione di *forum delicti* si riferisce sia al luogo in cui è posta la condotta dannosa (luogo dell'evento che ha originato il

²⁸¹ C. ORO' MARTINEZ, *Litigacion internacional y acciones de in demnización*, Madrid 2012, 97-132

²⁸² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, parte generale e obbligazioni*, I vol., Torino, 2013, p. 63.

²⁸³ Sentenza della Corte del 30 novembre 1976. *Handelskwekerij G. J. Bier Bv Contro Mines De Potasse D'alsace Sa*. Domanda di pronuncia pregiudiziale: *Gerechtshof 'S-Gravenhage - Paesi Bassi*. Convenzione Di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale - art. 5, 3^o (responsabilità ex delicto). Causa 21-76.

²⁸⁴ Sentenza della Corte (quinta sezione) del 17 giugno 1999. *Unibank a/s contro Flemming G. Christensen*. Domanda di pronuncia pregiudiziale: *Bundesgerichtshof - Germania*. Causa c-260/97.

danno) sia a quello in cui si è verificato il danno, cd teoria dell'ubiquità dell'illecito²⁸⁵. Ciascuna delle due soluzioni pone problemi: da un lato, perché l'accordo collusivo può portare ad un foro poco funzionale alle esigenze di buona amministrazione della giustizia; e, dall'altro lato, il criterio che fa leva sul momento attuativo può offrire all'attore un eccessivo margine di scelta. A fronte di tali incertezze la Corte di Giustizia ha preferito avvantaggiare la parte danneggiata manifestando una preferenza per il luogo di produzione degli effetti pregiudizievoli della condotta²⁸⁶.

Nella sentenza *Pasta di legno*²⁸⁷ è stato posto l'accento sul luogo in cui l'intesa viene posta in atto e anche la giurisprudenza nazionale ha manifestato una netta preferenza per il luogo di produzione degli effetti dannosi. Nelle pronunce *Dumez*²⁸⁸ e *Marinari*²⁸⁹ i giudici europei hanno poi ulteriormente precisato che il luogo che determina la competenza speciale non è quello in cui l'attore lamenta di aver percepito le mere conseguenze patrimoniali dirette o indirette di un danno iniziale insorto e da esso subito in un altro Stato contraente, ma solo il luogo in cui la violazione della libera concorrenza quale bene giuridico tutelato ha originariamente impattato²⁹⁰. Pertanto, la parte lesa che sostiene di aver subito un pregiudizio patrimoniale deve rivolgersi alla corte nella cui giurisdizione il fatto causale, che

²⁸⁵ Sentenza della Corte (quarta sezione) 28 gennaio 2015 causa c-375/13

²⁸⁶ J. KAMNIN *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, 2014, p.146 secondo cui, inoltre, nel caso di abuso di posizione dominante non c'è distinzione tra il luogo della condotta e quella della produzione degli effetti.

²⁸⁷ Sentenza Corte di giustizia, 27 settembre 1988 cause riunite 89-104-114-116-117 e da 125 a 129/85 punto 16

²⁸⁸ Sentenza della Corte (sesta sezione) dell'11 gennaio 1990. Dumez France E Tracoba Contro Hessische Landesbank (Helaba) e altri. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour De Cassation - Francia. Convenzione di Bruxelles - materia di delitti o quasi delitti - interpretazione dell'art. 5, 3° comma - vittima indiretta - EU:c:1990:8causa c-220/88 punto 20

²⁸⁹ Sentenza della Corte del 19 settembre 1995. Antonio Marinari Contro Lloyds Bank Plc E Zubaidi Trading Company. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione - Italia. Convenzione di Bruxelles - art. 5, punto 3 - luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto. Causa c-364/93 punto 15.

²⁹⁰ J. KAMNIN, *Reforming private antitrust enforcement, cit.*, p.150

genera la responsabilità da delitto o quasi delitto, ha prodotto direttamente i suoi effetti dannosi nei confronti di colui che ne è la vittima immediata²⁹¹.

Parte della dottrina tende a svalutare la rilevanza del danno patrimoniale individuale sottolineando, piuttosto, il carattere collettivo degli interessi protetti dal diritto *antitrust* che mirano in primo luogo a preservare l'apertura concorrenziale del mercato a vantaggio non solo dei singoli concorrenti ma della collettività e dei consumatori in generale. Pertanto, il foro dell'evento dannoso dovrebbe essere identificato con il mercato colpito dalla condotta anticoncorrenziale sul quale il danneggiato sia stato privato della libertà di scegliere tra offerte indipendenti²⁹².

Foro del litisconsorzio passivo

L'art. 8 comma 1 del Regolamento Bruxelles I bis prevede che, in caso di pluralità di convenuti, è consentito che un soggetto domiciliato in uno Stato membro possa essere convenuto davanti al giudice del luogo in cui qualsiasi altro convenuto è domiciliato, sempreché, tra le domande, esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili, deve cioè sussistere una connessione per titolo (avendosi una responsabilità solidale) e per oggetto (condotta anticoncorrenziale comune). Questa disposizione attribuisce all'attore il vantaggio di scegliere, tra i diversi convenuti domiciliati in un paese dell'Unione Europea (non essendo possibile attrarre soggetti di Stati Terzi) quello che si colloca nella giurisdizione che gli garantisca maggiori *chances* di vittoria (c.d. *anchor defendant*) attraendo presso questa ultima tutti gli altri²⁹³.

²⁹¹ Sentenza della Corte (seconda sezione) del 10 giugno 2004. Rudolf Kronhofer Contro Marianne Maier e altri. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Oberster Gerichtshof - Austria. Convenzione di Bruxelles - art. 5, punto 3 - competenza in materia di delitti o quasi-delitti - luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto - danno patrimoniale subito in occasione di investimenti di capitali in un altro stato contraente. Causa c-168/02, punto 19

²⁹² BARIATTI, *Violazione di norme antitrust e diritto internazionale private: il giudice italiano e i cartelli*, in riv. dir. riv. int. proc., 2008, pp. 349-362

²⁹³ c.E. BALBI; *Connessione e continenza nel diritto processuale civile*, in dig. disc. priv. sez. civ., pp. 457-468

Occorre, tuttavia, rilevare che all'interno del mercato comune è frequente l'ipotesi in cui l'illecito venga perpetrato non da singole imprese ma da gruppi transazionali, si pone, dunque, il problema delle pretese risarcitorie avanzate da chi sia rimasto vittima, su un mercato estero, di un cartello che abbia effetti anche sul mercato del foro c.d. *foreign to foreign claims*²⁹⁴ e che, quindi, decida di incardinare la controversia nello stato che gli offre maggiori probabilità di vincita. Nel contesto europeo tale possibilità non è espressamente sancita, e tuttavia l'art. 8 del Regolamento di Bruxelles I bis apre la strada a inaspettati margini di *forum shopping*. Si può, infatti, verificare che l'attore proponga domanda di risarcimento del danno nei confronti della società capogruppo già sanzionata dalla Commissione, nonché nei confronti delle società controllate, tra queste figurando quella dalla quale ha in effetti acquistato il bene e quella con la quale non ha invece intrattenuto alcun rapporto commerciale che è però domiciliata nel foro prescelto (c.d. *subsidiary acting as anchor defendant*). In tal modo, allegando che tutte le convenute sono responsabili del danno, l'attore considera tutte le domande come connesse²⁹⁵ e, quindi le cita tutte nel foro prescelto²⁹⁶.

²⁹⁴ F.W.BULST, *The provimi decision of the high court: beginnings of private antitrust litigation in Europe* in eur. business org. l. rev., 2003, pp. 623-650

²⁹⁵ Risultano ad esempio pendenti davanti la high court un ricorso intentato da Samsung sdì di Germania, Ungheria, Brasile; Usa E Cina contro Boritisi Airwais per il cartello del trasporto aereo di merci sanzionato dalla commissione (decisione 9 novembre 2010, caso comp/39.258);

²⁹⁶ le corti inglese in più di una circostanza hanno avallato questa interpretazione estensiva dell'art. 8 del Regolamento, si pensi a titolo esemplificativo ai casi: Provimi, Cooper Tire, Toshiba Carrier, Nokia, Tennet la Corte Inglese, tra l'altro, si presenta particolarmente vantaggiosa come foro ove atrare la c.d. deep pocket e ciò sia per la possibilità di ottenere la corresponsione dei danni punitivi, ma anche per una serie di agevolazioni in campo processuale tra le quali emergono: maggiore flessibilità nell'indicazione analitica dei particulars of claim nell'atto di citazione, l possibilità per il giudice di emanare ordini di disclosure particolarmente penetranti, la propensione del giudice nella cause follow on alla sospensione del processo qualora il convenuto abbia impugnato la decisione della commissione e il giudizio di annullamento sia pendente come la giurisprudenza Masterfoods suggerisce. cfr. M.NEGRI, *Il contenzioso transnazionale antitrust: recenti esperienze in i rimedi civilistici*, cit., pp. 211-233

La legge applicabile

Una volta individuato il giudice nazionale competente a conoscere della controversia, occorre interrogarsi in merito al diritto da applicare.

La legge applicabile al caso prospettato alla cognizione del giudice adito, in caso di illecito *antitrust* transfrontaliero, è individuata ai sensi del Regolamento Roma I²⁹⁷ o Roma II ²⁹⁸ a seconda che si tratti di una controversia contrattuale o extracontrattuale, questa ultima maggiormente frequente.

L'art. 4 del Regolamento Roma II stabilisce, come regola generale, che si applica la legge del Paese in cui il danno si verifica (*lex loci damni*) indipendentemente dal Paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno (*lex loci delicti*) o del paese o dei paesi in cui si sono verificate le conseguenze indirette del fatto medesimo. In ambito *antitrust* il danno è di natura economica rileva, pertanto, la legge del Paese in cui è stata subita la lesione al patrimonio, come risulta dal considerando 17 della Direttiva 2014/104/UE. Il considerando n. 22 del Regolamento Roma II sancisce che le obbligazioni extracontrattuali che derivano da una restrizione della concorrenza di cui all'articolo 6²⁹⁹, paragrafo 3, dovrebbero

²⁹⁷ Regolamento (ce) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e Del Consiglio, del 17 giugno 2008 , sulla Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (roma i)

²⁹⁸ Regolamento (ce) n. 864/2007 del Parlamento Europeo e Del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (ROMA II)

²⁹⁹ art. 6: 1. La Legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da un atto di concorrenza sleale è quella del paese sul cui territorio sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori.

2. qualora un atto di concorrenza sleale leda esclusivamente gli interessi di un dato concorrente, si applica l'articolo 4.

3. a) la Legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto.

b) qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla Legge del giudice adito, purché il mercato in tale stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla Legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello stato membro di tale giudice.

riguardare le violazioni della legislazione sulla concorrenza a livello sia nazionale che comunitario. La legge applicabile a tali obbligazioni extracontrattuali dovrebbe essere quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto. Qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, la persona che promuove un'azione può, in taluni casi, scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del luogo del giudice adito.

Volendo sintetizzare: qualora la violazione della concorrenza produca effetti sul mercato di un solo paese, il giudice dovrà applicare la legge di quel paese (art.6 par. 3 lett.a Reg. Roma II).

Se i mercati nazionali interessati sono più di uno, interviene l'art. 6 par.3 lett. b. Reg. Roma II (il convenuto può scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del luogo del giudice adito) che però trova applicazione solo se la giurisdizione è basata sul domicilio del convenuto, eventualmente anche tramite la giurisdizione del litisconsorzio passivo. Questo ultimo titolo di giurisdizione rende il giudice competente a conoscere dell'integralità dei danni prodotti dall'illecito, applicando la *lex fori* o le leggi dei diversi mercati coinvolti, a seconda che l'attore si sia o meno avvalso della facoltà che la lett. b gli riconosce.

Il giudice conoscerà dell'integralità del pregiudizio anche nei casi in cui la giurisdizione si sia basata sull'art. 7 n. 2 Regolamento Bruxelles I bis, inteso nell'accezione del luogo dell'evento generatore di danno. In tal caso, inoltre, il giudice non applicherà la propria legge ma tante leggi quanti sono i mercati in cui i danni si sono prodotti. Se la competenza giurisdizionale è fondata sull'art. 7 n. 2 Regolamento Bruxelles I bis, nell'accezione della teoria degli effetti dell'illecito, il giudice adito conoscerà solo dei danni prodottisi nel foro e dovrà applicare la legge di cui alla lettera a) anche se l'illecito ha prodotto effetti dannosi su più di un mercato³⁰⁰.

³⁰⁰ C. FRATEA C.; *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 165 -177; S. BARIATTI, *Violazioni delle norme antitrust*, cit., p. 359; F. MUNARI, *L'entrata in vigore del Regolamento Roma II*, pag. 767

La disclosure nella Direttiva 2014/104/UE.

Nell'ottica dell'effettività della tutela, il legislatore europeo ha espressamente previsto il diritto alla divulgazione delle prove (cfr. artt. 5 6 7 e 8). Ovviamente, in accordo al sistema processuale di tipo accusatorio accolto dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali³⁰¹, non si giunge ad una forma di *pre trial discovery* nota al sistema statunitense (divulgazione predibattimentale di tutti i documenti³⁰² in possesso delle parti e non solo di quelli che la parte intenda produrre nel proprio interesse, con notevole alleggerimento dell'onere della prova)³⁰³.

Tuttavia, al fine di garantire un livello minimo di accesso agli elementi di prova ed evitare al contempo, obblighi di divulgazione eccessivamente ampi, l'art. 5 prevede, a fronte di una richiesta motivata di divulgazione che sia pure proporzionata e che consideri gli interessi di tutte le parti coinvolte³⁰⁴, la generale possibilità di esibizione per ordine del giudice dei documenti precostituiti detenuti dal convenuto³⁰⁵ o da terzi (c.d. informazioni preesistenti)³⁰⁶ pur prevedendo

³⁰¹ S. GRASSANI, *The UE directive on antitrust actions for damages and its side-effects on civil procedure in the European union*, in cpi antitrust chronicle, january 2015, pp. 1-7

³⁰² Negli Stati Uniti D'America, la *federal rule of civil procedure* 26 ammette che l'esibizione possa disporsi anche ai fini della stessa individuazione dei fatti costitutivi del diritto, sebbene la tendenza sia stata recentemente in parte invertita; cfr., per ampi riferimenti anche ai celebri casi *Twombly* e *Iqbal*, decisi dalla Corte Suprema, A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e quello italiano*, in *riv. dir. proc.*, 2014, p. 440 s.

³⁰³ A. SANTA MARIA, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra libro bianco e Legge italiana in il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura Di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, Milano 2009, pp. 75-100

³⁰⁴ la stessa direttiva codifica gli elementi in base ai quali verificare la proporzionalità della richiesta: ex art. 5 par.3, i giudici nazionali devono verificare: a. che la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove; b. la portata e i costi della divulgazione in particolare per i terzi controinteressati al fine di prevenire le c.d. *fishing expeditions*; c. se le prove di cui si chiede la divulgazione contengano delle prove riservate; parla per questo di *probatio semiplena* g. mucolo, *towards more effective antitrust damages actions*; cit. p. 11

³⁰⁵ contra V. MILUTINOVIC, *The Antitrust Damages Directive*, *Chronicle* jan 21, 2015., p.11

³⁰⁶ salva l'applicazione del Regolamento n.1206/2001 del consiglio del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli stati membri nel settore delle assunzioni delle prove in materia civile e commerciale, B. BAREL, in commentario breve ai trattati dell'Unione Europea, a cura di Pocar; Baruffi, 2014, pp. 542-553

adeguate modalità di protezione delle informazioni riservate³⁰⁷. Inoltre, i giudici nazionali devono, comunque, compiere un primo filtro di proporzionalità delle richieste di divulgazione delle prove³⁰⁸.

Nel determinare se una divulgazione richiesta da una parte è proporzionata, devono essere presi in considerazione gli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati³⁰⁹.

Il legislatore europeo, all'art. 8, si profonde sulla coercibilità dell'ordine del giudice, prevedendo l'obbligo, per i legislatori interni, non solo di approntare un meccanismo sanzionatorio nei confronti di parti e terzi (e loro rappresentanti legali) in caso di «a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale; b) distruzione di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o d) violazione dei limiti all'uso delle prove»; ma anche di garantire che il giudice possa, dal comportamento della parte (quindi non anche del terzo) «trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese»

La principale finalità di tale disposizione è quella di riequilibrare l'asimmetria informativa tra le parti del contenzioso, e ciò è riconducibile all'elaborazione teorica-dottrinarica del diritto alla prova, che trova fondamento nell'effettività del diritto di azione e difesa ex art. 24 Cost³¹⁰. Da precisare che la Direttiva non poneva

³⁰⁷ Il Parlamento Europeo aggiunge al già presente riferimento ai diritti a non divulgare determinate prove, un rinvio al principio della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti Risoluzione p7_ta(2014)0451. In argomento FRATEA C., *I diritti di difesa delle imprese*, http://fermi.univr.it/Europa/Approfondimenti/06_01_approfondimenti.pdf -cit. p. 393

³⁰⁸ Sul difficile equilibrio tra tutela della concorrenza, trattamento dei dati personali e diritto di riservatezza, si segnala la comunicazione effettuata dal garante europeo per la protezione dei dati personali (edps) del 3 febbraio 2015 (<http://bit.ly/1iq6q8q>).

³⁰⁹ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in aa.vv., *due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, suppl. al n. 4, p. 101 ss.

³¹⁰ BONATTI R., *Esibizione delle prove, in il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, a cura di P. Manzini, Giappichelli Editore, 2017, pp. 16 ss.

alcun obiettivo specifico riguardo la regola dell'onere della prova ma affronta solo in alcuni specifici aspetti il tema dell'onere probatorio³¹¹, peraltro in maniera non innovativa rispetto alla regola generale³¹². Infatti, l'onere della prova risulta seguire la regola generale che lo pone, di fatto, sul danneggiato che intenda ottenere il risarcimento. Tuttavia, tale regola, va coordinata con l'operatività di alcuni ulteriori postulati di elaborazione giurisprudenziale³¹³.

Per quanto concerne l'ordine di esibizione, il decreto legislativo 3/2017 riproduce essenzialmente le disposizioni dell'art. 5 della Direttiva 104/2014, e distingue tra requisiti di ammissibilità dell'istanza (art. 3 comma 1 e 2) e limiti oggettivi dell'ordine (art. 3 comma 3 e 4).

Dal punto di vista soggettivo, i requisiti di ammissibilità dell'istanza sono rivolti alla parte che dovrà formulare la propria istanza di esibizione in conformità con la previsione legale; mentre, i limiti oggettivi dell'ordine di esibizione si rivolgono al giudice che e deve tener conto nel momento di determinare il contenuto del provvedimento.

Dal punto di vista soggettivo, i limiti di ammissibilità dell'istanza sono, per così dire, interni, ossia vanno verificati avendo esclusivamente riguardo al contenuto

³¹¹ art. 13 e artt. 17 della direttiva 104/2014/UE

³¹² M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza nel private antitrust enforcement*, in AIDA, 2015, 114, che nota come, per quanto la direttiva abbia tra i suoi obiettivi quello di agevolare la dimostrazione degli elementi essenziali dell'illecito concorrenziale e del danno, tuttavia, ciò non accade mediante interventi diretti sul riparto *dell'onus probandi*, se non in misura assai modesta.

³¹³ In particolare in materia antitrust sentenza Cass. 4 giugno 2014, n. 11564, in foro it., 2015, i, 2742, con nota di M. CASORIA E R. PARDOLESI; *Disciplina della concorrenza, private antitrust enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina il diritto delle corti?*, ivi p. 2752 ss. La sentenza in parola ha cassato con rinvio una sentenza della Corte di appello di appello di Roma che aveva respinto la domanda per la dichiarazione di nullità di alcune clausole contrattuali ottenute dal contraente forte con abuso di posizione dominante, perché questa ultima situazione non era stata sufficientemente provata dall'attore. Per contrastare quella che era stata una meccanica applicazione della regola dell'onere della prova, la Corte in questo caso ha fatto applicazione del principio di effettività della tutela, nonché di quello, prettamente di derivazione europea, di mantenimento dell'effetto utile della direttiva, sebbene all'epoca non ancora trasposta. In motivazione, la Corte pur ritenendo che in materia l'onere della prova segua la regola generale e non vi siano eccezioni, critica l'atteggiamento dei giudici di merito per non aver ugualmente fatto uso dei propri poteri istruttori di ufficio.

dell'istanza stessa; si tratta cioè di condizioni che la parte deve rispettare all'atto della formulazione dell'istanza di esibizione, affinché possa essere accolta dal giudice.

I limiti oggettivi all'ordine di esibizione, invece, operano su un piano diverso, esterno al provvedimento stesso, perché il giudice, prima di emettere l'ordine deve verificare la compatibilità di esso e la sua proporzionalità considerando tutti gli interessi in gioco e le eventuali ripercussioni su altri aspetti del processo in corso. La verifica di compatibilità avviene *ex ante* ed in astratto: il giudice cioè ipotizza il contenuto dell'ordine di esibizione e si premura di comparare gli effetti dello stesso sia in relazione agli elementi processuali già acquisiti sia riguardo agli effetti successivi dell'ordine di esibizione (ad esempio: costi e riservatezza). Occorre tuttavia precisare che bisogna tener ferma la distinzione tra *thema decidendum* (cui attiene l'onere di allegazione del fatto) e *thema probandum* (cui attiene l'onere di allegazione del mezzo istruttorio) sicché l'ordine di esibizione, appartenendo alla categoria dei mezzi di prova, è soggetto ai termini, alle preclusioni ed alle regole di deduzione dei mezzi istruttori e non può essere utilizzato per ampliare surrettiziamente il tema *decidendum*; per cui l'istanza di esibizione non può far riferimento a fatti diversi, ultranei o comunque nuovi rispetto a quelli già allegati dalle parti nel processo³¹⁴ e deve, necessariamente, contenere l'individuazione specifica delle prove di cui si chiede l'esibizione in modo non dissimile, dopo tutto, da quanto è richiesto, in termini generali, dalla disciplina dell'esibizione delle prove ex art. 210 c.p.c. (ciò per evitare istanze speculative perché non coerenti con un preciso ed attendibile quadro fattuale nel quale inserire la responsabilità contestata)³¹⁵.

³¹⁴ G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement*, in *dir. ind.*, 2016, 234 ss; il quale segnala la imprecisa formulazione della norma.

³¹⁵ Si tratta di una istanza in linea con l'art. 94 disposizione di attuazione al c.p.c. che per l'appunto richiede che l'istanza di esibizione contenga la specifica indicazione del documento o della cosa, proprio al fine di valutare la pertinenza de mezzo di prova rispetto ai fatti da provare. In tal senso: L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol.1, tomo II, Padova 2001, 1284 ss.; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, 255 ss.; B. CAVALLONE, voce "*esibizione delle prove nel processo civile*" in *dig. disc priv., sez. civ.*, vii, Torino, 1991, 665 ss.

L'accesso al fascicolo delle Autorità

Ai sensi del successivo art. 6 della Direttiva anche i documenti inclusi nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza sottostanno alla medesima regola generale³¹⁶, tuttavia in tal caso non solo l'ordine di esibizione ha natura sussidiaria³¹⁷ ma trova anche una delimitazione per determinate categorie di documenti protetti la cui *ratio* discende nella necessità di non pregiudicare l'istruttoria e l'esito del procedimento amministrativo. È, infatti, prevista l'introduzione di una *black list* di documenti dei quali non può mai essere chiesta l'esibizione e di una *grey list* di documenti di cui può essere ordinata la divulgazione solo dopo la chiusura del procedimento avanti l'autorità *antitrust* ovvero l'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 5 del Regolamento n. 1/2003 (decisioni con cui si ordina la cessazione di un'infrazione, si dispongono misure cautelari, si accettano impegni³¹⁸, si comminano sanzioni)³¹⁹.

La disciplina della divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità si differenzia dalla disciplina generale della divulgazione delle prove in possesso delle parti o di terzi non solo perché alcune categorie di documenti sono sottratte all'accesso (in assoluto o in pendenza del procedimento), ma anche perché è previsto

³¹⁶ Il giudice nel valutare la proporzionalità, in questo caso, oltre a quanto previsto dall'art. 5 par. 3, deve valutare a. se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto, al contenuto dei documenti, b. se la parte sta richiedendo l'accesso ai documenti al fine di esperire l'azione risarcitoria, c. se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

³¹⁷ art. 6 paragrafo 10 della direttiva 2014/104/UE

³¹⁸ Sugli impegni nei procedimenti antitrust v. C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; L. DE LUCIA - M. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, In *Concorrenza E Mercato*, 2011, 510; G. FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità delle decisioni con impegni*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2011, 250; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *dir. amm.*, 2010, 503 ss; LIBERTINI M., *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate* (art. 14 § ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287), in *nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli Ee G. Olivieri, Padova, 2007, 11 ss.

³¹⁹ G. MORGESE, *Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria, in studi di integrazione europea*, 2006, pp. 77-116.

il divieto di utilizzare le prove nel caso in cui la parte le abbia acquisite autonomamente, esercitando il proprio diritto di accesso al fascicolo³²⁰.

L'accesso al fascicolo dell'Autorità nel caso di procedimento concluso con impegni.

Le prove assunte dall'autorità garante della concorrenza nel corso dell'istruttoria per l'accertamento di un illecito *antitrust* possono essere determinanti per l'azione che la vittima dell'illecito incardina davanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno. Ciò, soprattutto, quando il danneggiato non dispone di mezzi autonomi per dimostrare la fondatezza della propria richiesta, come avviene ad esempio nelle azioni risarcitorie relative a cartelli segreti e deve, quindi, basare la propria domanda sulle risultanze dell'istruttoria condotta dall'autorità. L'utilizzo delle prove contenute nel fascicolo amministrativo è, inoltre, di primaria importanza per l'attore nel caso in cui l'autorità abbia concluso il procedimento adottando una decisione che presuppone la condotta illecita dell'impresa ma non ne contiene il formale accertamento³²¹. È questo il caso in cui procedimento si sia concluso con l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa³²²: se è vero, infatti, che l'accettazione degli impegni non comporta alcuna immunità in sede civile a favore dell'impresa³²³, è anche vero che l'azione risarcitoria si rivela più gravosa per

³²⁰ Previsto dalle legislazioni nazionali e dal Regolamento (ce) n. 1049/2001, le cui norme in materia di accesso al pubblico sono espressamente fatte salve dall'art. 6, comma 2 della direttiva 2014/104/UE.

³²¹ CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità, in concorrenza e mercato*, 2014, Milano, 2014, 280 s.

³²² art. 9, reg. 1/03; art. 14-ter l. 287/1990, introdotto con il D.lg. 223/2006, secondo cui entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria per l'accertamento delle intese restrittive della concorrenza e dell'abuso di posizione, le imprese si possono impegnare a rimuovere i profili anticoncorrenziali delle intese; l'autorità garante della concorrenza e del mercato, ove valuti positivamente l'idoneità della proposta, può concludere il procedimento senza accertare l'infrazione, rendendo tuttavia obbligatori gli impegni assunti dall'impresa.

³²³ Il danneggiato può agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'illecito commesso dall'impresa, secondo le regole generali: a livello europeo, il Regolamento 1/2013 stabilisce che *"le decisioni d'impegno adottate dalla commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del trattato"* (considerando 22); cfr. tar Lazio, sez. i, 7 aprile 2008, n.n. 2900 e 2902, secondo cui *"la stessa*

l'attore, il quale dovrà provare l'esistenza dell'infrazione senza potersi valere di un formale accertamento dell'illecito da parte dell'autorità ³²⁴. La divulgazione delle prove è consentito, dunque, non solo quando la conclusione del procedimento sia avvenuta con l'adozione di una "decisione", ma anche quando la conclusione si sia realizzata "in altro modo" cioè quando il procedimento sia terminato con l'accettazione da parte dell'autorità degli impegni proposti dall'impresa ove l'istruttoria condotta dall'autorità potrebbe far emergere talune indicazioni utili ai fini di un'azione civile di *private antitrust enforcement*. Si considerino in particolare i seguenti elementi: il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'autorità e alcune prime valutazioni giuridiche; i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate; tali documenti potrebbero fornire alcune

manca di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico". Secondo l'orientamento che pare preferibile, inoltre, la decisione di chiusura del procedimento con impegni dà vita a diritti soggettivi in capo ai privati interessati alla piena esecuzione degli impegni stessi, in base al principio dell'art. 4 tue sull'obbligo di assicurare l'esecuzione degli atti delle istituzioni europee: m. LIBERTINI M., *Il «private enforcement» e le sanzioni amministrative*, in concorrenza e mercato 2007, Milano, 2008, 356 ss.

³²⁴ si consideri, peraltro, che le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che "solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'esame svolto dall'autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto - per così dire - 'teleologico', incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anti-concorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto - per così dire - 'finale e sostanziale' (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)" (Cons. St., Sez. Iv, 20 luglio 2011, n. 4393). in altri termini, il provvedimento amministrativo di accettazione degli impegni pone come presupposto implicito l'effettiva sussistenza di criticità anticoncorrenziali ma non prende espressa posizione in ordine all'esistenza di una infrazione, con la conseguenza che "i soggetti che lamentano un danno dalla condotta posta in essere dalle imprese interessate non potranno quindi fondare la propria domanda sull'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa, ma dovranno provare l'avvenuta infrazione delle norme antitrust": a. pera, le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust *private enforcement*, in dizionario sistematico della concorrenza (aggiornamento 2014), a cura di L.F. Pace, Napoli, 2014, 381 s.; A. Pera G. Codacci Pisanelli, decisioni con impegni e *private enforcement* nel diritto antitrust, in mercato concorrenza regole, 2012, 69 ss.

indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato; il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento; tale provvedimento contiene una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità³²⁵.

L'accesso al fascicolo dell'Autorità nel caso dei programmi di clemenza.

Un punto controverso è quello tra *disclosure* e programmi di clemenza³²⁶ tra i quali l'equilibrio è difficile da raggiungere. Ed, invero, la comunicazione di documenti appartenenti ai fascicoli che possono successivamente essere utilizzati da soggetti danneggiati nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno potrebbe verosimilmente dissuadere l'impresa potenzialmente collaborativa a rendere dichiarazioni confessorie non altrimenti riscontrabili, pregiudicando l'esito complessivo dell'indagine. Di contro, la loro mancata diffusione potrebbe ostacolare o impedire la prova in giudizio del danno subito dal singolo, frustando le esigenze di tutela sottese alla Direttiva europea. Il *leniency programme*, rappresenta uno strumento cardine del *public antitrust enforcement* e ha una importante funzione di *deterrence*³²⁷.

³²⁵ A.P. ERA, Op. cit., 384. In giurisprudenza, Tar Roma, sez. i, 7 aprile 2008, n.n. 2900 e 2902: "la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico".

³²⁶ In estrema sintesi, per programma di trattamento favorevole o di clemenza si intende la concessione, ad opera dell'autorità garante, dell'immunità o del beneficio della riduzione dell'ammenda per quelle imprese che decidano di collaborare, denunciando la propria partecipazione al cartello e fornendo elementi decisivi per individuare l'esistenza di un'intesa ed i partecipanti ad essa. Per una descrizione del modello di funzionamento, cfr. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in www.giustizia-amministrativa.it; SPAGNOLO, *Leniency and whistleblowers in antitrust*, in Buccirosi (a cura di), *handbook of antitrust economics*, Cambridge, mass., 2008, 1281 ss. (disponibile nel sito www.ssrn.com).

³²⁷ Le ragioni del successo del programma sono state enucleate da numerosi autori, che hanno condotto un confronto tra l'esperienza europea e quella americana: cfr. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelle e intese hard core*, in *Conc. Mercati*, 2002, 229; WILS, *Leniency in antitrust enforcement: theory and practice*, in *world competition: law and economics review*, v. 30, n. 1, 2007, 25; SANDHU, *The european commission's leniency policy: a success?*, in *European Competition Law Review*, 2007, 148; MOTTA-POLO, *Leniency programs and cartel prosecution*, in *international journal of industrial*

La Direttiva 2014/104/UE persegue l'obiettivo di attuare un coordinamento tra l'applicazione del diritto da parte delle autorità pubbliche e dei privati e ricercare un contemperamento tra la *leniency*³²⁸ e il *private enforcement* perseguendo un accurato bilanciamento fra l'esigenza, da un lato, di garantire a chi sia pregiudicato dal comportamento anticoncorrenziale di poter ottenere il pieno ristoro del danno subito e quella, dal lato opposto, di salvaguardare gli incentivi delle imprese a collaborare nell'ambito dei programmi di clemenza, in quanto strumenti essenziali di *public enforcement* avverso le violazioni più gravi del diritto della concorrenza³²⁹.

Le Istituzioni europee si sono interrogate a lungo sulla questione della *discoverability* della *leniency* per ordine del giudice civile, pur non

organization, vol. 21, 2003, 347 ss; SPAGNOLO, *Divide et impera: optimal leniency programs*, *cepr discussion paper no. 4840*, gennaio, 2005; BUCCIROSSI-SPAGNOLO, *Optimal fines in the era of whistleblowers. should price fixers still go to prison?*, in *Learresearch paper 05/01*, 2005; CAMILLI, *Optimal fines in cartel cases and the actual EC fining policy*, in *World Competition*, vol. 29, n. 4, 2006, 586 ss.

³²⁸ bisogna ricordare che il primo programma di clemenza della commissione europea risale al 1996 (comunicazione della commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese - 96/c-207/04 g.u.c.e. c-207 del 18 luglio 1996); nel 2002, la Commissione ha adottato un secondo programma di clemenza (comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese - 2002/c-45/03 - g.u.c.e. c-45 del 19 febbraio 2002), che è stato a sua volta sostituito dall'attuale programma adottato nel 2006 (comunicazione della commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese 2006/c 298/11 - g.u.U.E. c-298 dell'8 dicembre 2006). Tuttavia, come indicato anche dalla Corte di giustizia, né le disposizioni del trattato ce in materia di concorrenza, né il Regolamento ce n. 1/2003 dispongono norme comuni in materia di clemenza, sicché nel territorio dell'Unione Europea, oltre al programma di clemenza della Commissione, attualmente esistono 26 programmi di clemenza vigenti negli stati membri, i quali si ispirano ad un programma di clemenza modello elaborato ed adottato nell'ambito della rete europea della concorrenza (ecn), il cosiddetto *Ecn Model Leniency Programme*, del 29 settembre 2006, poi modificato nel novembre 2012

³²⁹ LIBERTINI, L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, 2007, Milano, 367 ss.; LIBERTINI M., *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati*, cit., 172 ss.; PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *merc. conc. reg.*, 2011, 436 ss.; JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *world competition*, vol. 23, n. 2, 2004, 13 ss.; TESAURO-RUGGIERO, *Private damage actions related to european competition law in italy*, in *journal of european competition law*, v. 1, n. 6, 2010, 514 ss.; BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *conc. merc.*, 2013, 29 ss.

pervenendo ad una disciplina armonizzata della materia. Infatti, già nel 2008 la Commissione europea³³⁰ si era espressa nel senso di tutelare le dichiarazioni confessorie nell'ambito dei programmi di clemenza. Similmente, il Parlamento europeo³³¹ aveva messo in evidenza che l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati. Inoltre, il tema della *disclosure* è stata al centro del caso *Pfeiderer*³³². In particolare, secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák³³³, presupposto fondamentale nel valutare la questione è quello in base al quale i programmi recano vantaggio anche ai privati poiché le decisioni con cui essi vengono accertati e sanzionati possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli, ai fini della promozione di un'azione di risarcimento; pertanto, al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza. Tuttavia, la Corte di Giustizia nel caso *Pfeiderer* ha sostanzialmente omesso di occuparsi della questione dell'accesso ai programmi di clemenza, rinviando, quanto alle condizioni di accesso ai documenti, ad una decisione da prendersi caso per caso dai giudici nazionali sulla base del diritto nazionale.

La Direttiva 2014/104/UE ha cercato di colmare le lacune della disciplina comunitaria in materia e ha previsto che due tipi di documenti, e cioè le dichiarazioni ufficiali legate ai programmi di trattamento favorevole (c.d. *leniency*

³³⁰ Commissione, Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo staff working paper

³³¹ Parlamento Europeo, Risoluzione Sul Libro Bianco, 26 marzo 2009, (2008/2154 (ini).

³³² Corte di Giust. UE, 14 giugno 2011, c-260/09, caso *Pfeiderer Ag Contro Bundeskartellamt*. cfr. anche Corte di Giust. UE, 6 giugno 2013, caso c-536/11, *Donau Chemie E A*.

³³³ Conclusioni dell'avvocato generale Mazák, presentate il 16 dicembre 2010, in causa c-360/09, *Pfeiderer Ag Contro Bundeskartellamt*

*corporate statements*³³⁴) e le proposte di transazione³³⁵, ricevono una protezione assoluta³³⁶.

È previsto, pertanto, che un giudice nazionale non possa mai ordinare la divulgazione di questi documenti in un'azione per il risarcimento del danno³³⁷. Questa norma è stata fortemente criticata da una parte della dottrina³³⁸, che ha messo

³³⁴ i programmi di clemenza: dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, o una registrazione di una tale dichiarazione che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da esso svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata all'autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti

³³⁵ Dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa a un'autorità garante della concorrenza, in cui l'impresa riconosce o rinuncia a contestare a sua partecipazione a una violazione del diritto della concorrenza e la propria responsabilità in detta violazione del diritto della concorrenza, predisposta specificamente per consentire all'autorità garante della concorrenza di applicare una procedura semplificata o accelerata

³³⁶ La direttiva adotta quindi una soluzione diversa da quella suggerita dalla Corte di giustizia nel caso Pfleiderer della valutazione caso per caso. cfr. E. ROSSELLO, *Private enforcement: la proposta della direttiva sulla violazione antitrust ed il risarcimento del danno* su www.dirittobancario.it. la commissione europea nel Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo staff working paper, (§§ 118, 287-302 aveva già espresso l'esigenza di tutela delle dichiarazioni confessorie nell'ambito della clemenza. Nella risoluzione del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco (2008/2154 (ini), il Parlamento Europeo ha sottolineato che «l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati, e chiede che siano esaminati strumenti per garantire che sia mantenuta l'attrattiva dell'applicazione dei programmi di clemenza»

³³⁷ cfr. articolo 6, paragrafo 6, direttiva 2014/104/UE.

³³⁸ cfr. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in Conc. Merc., 2014, 136. P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in dizionario sistematico della concorrenza, cit., 401. L'AGCM, nel maggio 2010 ha modificato il proprio programma di clemenza ammettendo l'accesso (per sola visione) ai documenti *leniency* solo nell'ambito del procedimento amministrativo e solo per l'esercizio del diritto di difesa dei co-cartelist (con esclusione dei terzi). È stato, inoltre, previsto il differimento automatico dell'accesso alle dichiarazioni confessorie (c.d. *corporate statements*, scritte e orali) sino alla comunicazione delle risultanze istruttorie (cri); in questo modo, la posizione del *leniency* applicant non è resa peggiore, in relazione a possibili giudizi civili, rispetto a quella delle imprese concorrenti (co-cartelist). Ancora, è stato previsto che, da parte dei co-cartelist, l'accesso può essere differito fino alla cri anche relativamente alla documentazione prodotta unitamente alla domanda di clemenza (§ 10 bis). Sulla funzione promozionale dei programmi di clemenza, v. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in dir. amm., 2007, 266 ss. per le possibili ricadute "regolatorie" cfr. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, in M. Allena - S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti - approfondimenti de il diritto dell'economia*, n. 3/2013, e in www.giustamm.it, 90 s.

in evidenza come il divieto assoluto di divulgazione dei *leniency statements* sancito dalla Direttiva 2014/104/UE tuteli la funzionalità del programma di clemenza, ma sia in contrasto con il principio dell'effettività del *private enforcement*, poiché rischia di compromettere inevitabilmente l'esito dell'azione risarcitoria. Tale preclusione contrasterebbe, in ultima analisi, con il ruolo complementare della tutela giurisdizionale, giacché la riduce a mera tutela degli interessi dei singoli e la priva, quindi, del rilievo attribuito al suo contributo indiretto sul piano superindividuale della tutela della concorrenza.

Al contrario, tale disposizione è stata vista con favore da un'altra parte della dottrina³³⁹, che, da un lato, aveva osservato come la soluzione della Corte di Giustizia di rimettere la decisione alle valutazioni dei giudici caso per caso sofferisse il pericolo di *forum shopping*³⁴⁰, generato dalle diverse soluzioni cui potrebbero applicare le giurisdizioni degli Stati membri, e che, d'altro lato, il divieto di accesso ai *leniency statements* preserva il rapporto collaborativo tra Autorità e giudici nazionali, dato che il procedimento in corso ad opera dell'autorità di controllo, volto ad accertare comportamenti e responsabilità, deve portare, in un'ottica collaborativa, ad attendere quegli esiti e non ad anticiparne a tutti i costi le valutazioni in sede giudiziaria.

Tuttavia, il divieto assoluto di esibizione delle dichiarazioni confessorie conosce due temperamenti.

In primo luogo, se la prova che ricade nelle categorie delle prove inaccessibili si compone di più parti, allora la parte o le parti che non contengono informazioni “*sensibili*” possono essere divulgate. Si tratta di una applicazione del criterio della

³³⁹ MELI, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 247 ss.; CASSINIS, *I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006, pp. 719.

³⁴⁰ Tuttavia, cfr. KRAUSKOPF-BABEY, *Competition law: private enforcement and forum shopping*, in BASTIANON S. (a cura di), *La tutela privata antitrust: italia, Unione Europea e Nord America*, atti del convegno tenuto a Bergamo 11 aprile 2011, 145 ss., i quali sottolineano i possibili vantaggi del forum shopping innescato dal potenziamento del *private enforcement*. In particolare, il forum shopping stimolerebbe l'efficienza della giustizia, ingenerando la creazione di una «inter-jurisdictional competition between judges and lawmakers in different jurisdictions»

proporzionalità, questa volta però a favore del soggetto che richiede la divulgazione della prova: come la richiesta è ammissibile solo se il giudice la ritiene proporzionata, cioè se arreca il minor pregiudizio possibile ai terzi e al buon funzionamento del *public enforcement*, così il divieto totale di accesso è proporzionato solo se arreca il minor pregiudizio possibile alla tutela civile dei diritti e quindi non si estende alle parti della prova che non contengono informazioni riservate.

Ancor più rilevante dal punto di vista sistematico è il secondo temperamento al divieto di divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione. La Direttiva prevede, infatti, che l'attore può presentare una richiesta motivata affinché il giudice acceda a tali prove “*al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, punti 16 e 18*” ossia per garantire che si tratti, appunto, di “*dichiarazioni legate a un programma di clemenza*” o di “*proposte di transazione*”. Tale previsione non solo dimostra che il divieto totale di divulgazione costituisce una *extrema ratio*, i cui presupposti devono essere oggetto di una verifica puntuale, ma finisce, anche, per convertire il divieto di accesso in un divieto di utilizzo delle prove contenute nel fascicolo: il giudice, infatti, può accedervi ma non può tenerle in considerazione ai fini della decisione³⁴¹.

Protezione solo temporanea è accordata ai documenti appositamente preparati dalle parti ai fini di una procedura d'applicazione a livello pubblico — è il caso, ad esempio, delle risposte delle parti a una richiesta di informazioni dell'autorità — o elaborati dall'autorità garante della concorrenza nel corso del suo procedimento, tra questi, le comunicazioni di addebito.

La divulgazione di questi documenti è consentita solo in seguito alla chiusura del procedimento da parte delle autorità *antitrust*³⁴².

³⁴¹ M.TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement* (direttiva 2014/104/UE), in aida, fasc.1, 2015, pag. 204

³⁴² cfr. articolo 6, paragrafo 5, direttiva 2014/104/UE.

Tali misure di protezione si applicano anche nell'ipotesi in cui i documenti siano stati ottenuti nel corso di un procedimento d'applicazione a livello pubblico, ad esempio nell'esercizio del diritto alla difesa delle parti. Così, qualora una delle parti ottenga documenti che compongono il fascicolo di un'Autorità garante della concorrenza, tali atti, se appartengono alla categoria cui è accordata una protezione assoluta, non sono ammissibili come elementi di prova nel corso dell'azione per il risarcimento del danno *antitrust*, oppure, se ricevono una tutela temporanea, sono ammissibili solo alla chiusura del caso³⁴³.

Tutti gli altri documenti possono essere divulgati, per ordine dell'autorità giudiziaria, in ogni momento. Tuttavia, secondo il legislatore europeo è opportuno che i giudici nazionali si astengano dal disporre la divulgazione di elementi di prova che contengano un rinvio a informazioni fornite ad un'Autorità garante della concorrenza e utili nel suo procedimento. Infatti, se l'indagine è in corso, la divulgazione potrebbe compromettere il procedimento d'applicazione a livello pubblico, poiché rivelerebbe quali informazioni sono contenute nel fascicolo e potrebbe essere usata per scardinare la strategia di indagine dell'Autorità nazionale. Infine, per evitare che i documenti ottenuti grazie all'accesso al fascicolo diventino oggetto di scambio, la Direttiva ritiene opportuno che solo la persona che abbia ottenuto l'accesso al fascicolo possa usare i documenti come mezzo di prova in un'azione risarcitoria.

Taluno³⁴⁴ ha osservato che la Direttiva non ha realizzato davvero l'obiettivo fondamentale della piena interazione tra *public enforcement* e *private enforcement*, perché le norme dettate in tema di *disclosure* sembrano pendere in favore del livello *public*³⁴⁵, disattendendo il ruolo del sistema di *private enforcement* quale mezzo di completamento del *public enforcement* per la tutela della competitività del mercato.

³⁴³ cfr. articolo 7, paragrafo 3, direttiva 2014/104/UE.

³⁴⁴ G. PULEIO *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, cit.

³⁴⁵ BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, cit.

La disclosure nel D. lgs. N. 3/2017

La cd *disclosure* della Direttiva 104/2014, inquadrata nello schema dell'esibizione (e non “divulgazione³⁴⁶”), è stata ripresa testualmente nel decreto attuativo. Il legislatore italiano, salve alcune piccole precisazioni, si è sostanzialmente limitato a riprendere il testo della Direttiva³⁴⁷. La *discovery* rappresenta un nuovo mezzo di prova introdotta nella disciplina *antitrust* sul modello della *discovery* prevista per le controversie in materia di proprietà industriale e di diritto d'autore, sempre in attuazione di norme europee.

L'ordine di esibizione nei confronti della controparte o del terzo

Nel decreto di attuazione della Direttiva viene assegnato al giudice il potere di ordinare, su istanza di una parte, alla controparte o a un terzo di esibire determinate prove rilevanti ai fini della decisione.

La *ratio* è rimediare alle difficoltà che le parti in causa possono incontrare nell'attività di acquisizione degli elementi probatori da utilizzare in giudizio a supporto delle loro rispettive domande ed eccezioni. Accade spesso, infatti, che tali prove siano esclusivamente in possesso della controparte o di terzi o siano contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza che ha compiuto indagini sull'infrazione e per il soggetto interessato risulta molto complicato ottenerne la disponibilità. Nelle controversie per il risarcimento del danno in materia *antitrust* il problema si pone più di frequente per l'attore, ossia il soggetto danneggiato dall'infrazione, ma può riguardare anche il convenuto in giudizio.

I principi chiave del sistema sono molto chiari: effettiva rilevanza delle prove e proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito.

³⁴⁶ La parola «divulgazione», usata nella traduzione italiana ufficiale, appare inappropriata e in sede di recepimento è stata sostituita, ragionevolmente, con l'«esibizione»; la divulgazione consiste infatti nella diffusione del provvedimento presso la generalità dei consociati (cfr. B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano 1964, passim).

³⁴⁷ Vi sono alcune inversioni nell'ordine (ad esempio, il comma 1° dell'art. 4 d.lgs. n. 3 del 2017 corrisponde al comma 10° dell'art. 6 della direttiva), ma nella sostanza l'art. 4 del decreto legislativo ricalca pressoché integralmente il contenuto della direttiva

Il presupposto della disciplina è l'esistenza di una reale asimmetria informativa, quindi l'impossibilità o almeno un elevato grado di difficoltà di acquisire altrimenti determinate prove che ricadono nel controllo esclusivo della controparte o del terzo. L'articolo 3 del decreto legislativo n. 3/2017 stabilisce le caratteristiche dell'istanza di parte volta a ottenere l'esibizione delle prove, i presupposti e il contenuto dell'ordine di esibizione emesso dal giudice e gli accorgimenti a tutela della riservatezza delle informazioni.

L'istanza della parte deve essere motivata e contenere *“l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa”*.

Questa allegazione è condizione per l'accoglimento dell'istanza ed è anche uno dei fattori di cui il giudice deve tener conto per assicurare la proporzionalità dell'ordine di esibizione. È da ritenere, quindi, che la parte abbia l'onere anzitutto di fornire seri indizi della fondatezza della propria domanda (onere che ragionevolmente dovrebbe risultare soddisfatto attraverso l'atto di citazione o la comparsa di risposta) e in aggiunta di indicare, nella maniera più precisa e circoscritta possibile, i fatti e gli elementi probatori in possesso della controparte o del terzo che siano idonei a confermare tali indizi.

A fronte di un'istanza così configurata, il giudice compie una verifica che attiene a due presupposti strettamente connessi. Il primo è la rilevanza degli elementi probatori, ossia la loro effettiva utilità per la definizione della controversia: l'ordine di esibizione indirizzato alla controparte o al terzo ha ad oggetto le *“prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità”*. Questo presupposto dovrebbe comportare il rigetto oppure l'accoglimento solo parziale delle istanze di esibizione relative a documenti e informazioni palesemente inconferenti rispetto alla situazione giuridica (domanda di risarcimento/difesa) che il soggetto intende far valere in giudizio. Dovrebbe così essere arginato il rischio, ben presente al legislatore europeo, di impropri *“tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni, ossia la ricerca in base a criteri non sufficientemente determinati o eccessivamente ampi di*

*informazioni che probabilmente non rivestono interesse per le parti del procedimento*³⁴⁸.

Il secondo presupposto è la proporzionalità dell'esibizione richiesta. Una volta accertato che le prove di cui una parte chiede l'esibizione sono rilevanti, il giudice stabilisce il perimetro dell'ordine di esibizione tenendo conto degli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati. La valutazione di proporzionalità implica che il giudice si soffermi in particolare su tre aspetti, che sono espressamente richiamati dall'articolo 3, comma 3, del decreto legislativo: a) in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;

b) quali sono la portata e i costi dell'esibizione, con speciale riferimento ai terzi interessati;

c) se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie riguardanti terzi.

All'esito della valutazione di rilevanza e proporzionalità il giudice emette nei confronti della controparte o del terzo un ordine che ha un contenuto ben definito in quanto individua *“specificatamente e in modo circoscritto”* gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove da esibire. Il decreto puntualizza che per *‘categoria di prove’* si intende quella *“individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria”*.

In altri termini, l'ordine di esibizione specifica i singoli elementi di prova e/o le caratteristiche che contraddistinguono un determinato insieme di elementi di prova configurandoli come una categoria unitaria.

L'adozione dell'ordine di esibizione è accompagnata da importanti presidi di garanzia.

³⁴⁸ cfr. considerando n. 23, direttiva 104/2014

In primo luogo, è previsto che il giudice disponga specifiche misure di tutela delle informazioni riservate. Viene fatto riferimento, a questo riguardo, ai “*documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese*”, nonché ai “*segreti commerciali*”, riprendendo nozioni utilizzate nel regolamento di procedura dell’AGCM per porre limiti al diritto di accesso³⁴⁹.

Quali possibili misure di tutela il decreto indica, in via esemplificativa, alcuni accorgimenti già utilizzati nella prassi e richiamati anche dalla Direttiva: l’obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento di incarico ad esperti per redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. In secondo luogo è espressamente riconosciuto il diritto della parte o del terzo a cui è rivolta l’istanza di esibizione di essere sentiti prima che il giudice ordini l’esibizione. Questo spazio di contraddittorio, che consente al giudice di acquisire le valutazioni del destinatario dell’istanza circa la rilevanza delle informazioni richieste e i costi connessi alla loro esibizione in giudizio, è essenziale per l’attuazione del principio di proporzionalità

Un ulteriore presidio di garanzia è costituito dalla possibilità di impugnare l’atto che contiene l’ordine di esibizione. Questo aspetto non è toccato dalla Direttiva, che si limita a rinviare al diritto nazionale degli Stati membri³⁵⁰.

³⁴⁹ Decreto Legislativo, articolo 3, comma 4. cfr. anche decreto del presidente della repubblica 30 aprile 1998, n. 217, articolo 13.

³⁵⁰ Il considerando 19 sottolinea che “la direttiva non ha effetti sulla possibilità prevista dalle legislazioni degli stati membri di impugnare gli ordini di divulgazione, né sulle condizioni per proporre tali impugnazioni”.

La disclosure dei documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità Garante nel d. lgs. 3/2017

Le prove contenute nel fascicolo dell'autorità garante possono far ingresso nel processo civile attraverso due modalità: l'ordine del giudice su richiesta della parte e la produzione di parte.

L'ordine di esibizione da parte del giudice

Anche il legislatore italiano, sulla scia di quello comunitario, ha previsto una *black list*, un elenco tassativo di documenti mai divulgabili, e una *grey list* di documenti divulgabili solo all'esito del procedimento amministrativo.

L'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza costituisce, in base alla disciplina, una soluzione da utilizzare in via residuale: il giudice la dispone quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire la prova. Questa previsione prospetta un momento di confronto tra le parti e il giudice per escludere che la prova possa essere acquisita al processo in via alternativa rispetto all'accesso al fascicolo dell'autorità³⁵¹.

Il richiamo alla ragionevolezza implica una valutazione non solo dell'astratta possibilità per le parti o i terzi di fornire la prova, ma anche dei costi e della complessità di adempiere all'ordine di esibizione.

La *discovery* nell'ordinamento italiano è, su indicazione del legislatore comunitario, sempre filtrata da un test di proporzionalità effettuato dal giudice in merito alle informazioni richieste, ed è previsto anche un intervento *amicus curiae* dell'autorità che può fornire il proprio parere sulla proporzionalità della richiesta di esibizione e può presentare osservazioni al giudice³⁵². L'accesso alle prove contenute

³⁵¹ con riferimento all'articolo 213 c.p.c., nel nostro ordinamento si è affermato da tempo un approccio per cui il potere del giudice di chiedere informazioni alla pubblica amministrazione può essere attivato soltanto quando si tratta di informazioni relative ad atti o documenti della p.a. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'amministrazione sia in possesso proprio in relazione all'attività da essa svolta; cfr. Corte di cassazione, sez. i civ., 7 novembre 2003, n. 16713 e sez. iii civ., 12 marzo 2013, n. 6101

³⁵² La facoltà per l'autorità di presentare osservazioni in merito alla proporzionalità delle richieste di esibizione è disciplinata dall'articolo 4, comma 7, del decreto legislativo. Per renderne possibile l'esercizio è previsto che il giudice debba informare l'autorità delle richieste di esibizione e

nel fascicolo dell'autorità è governato dal principio di proporzionalità tuttavia il decreto legislativo non definisce il criterio di proporzionalità, ma fornisce alcune indicazioni di ordine procedimentale che consentono di ricostruirne il contesto e la fisionomia.

In particolare, è stato osservato, l'obbligo di “*prendere in considerazione*” gli interessi delle parti e dei terzi evoca l'idea della discrezionalità amministrativa, intesa dalla dottrina italiana come attività di ponderazione in concreto degli interessi pubblici e privati in gioco³⁵³.

Secondo uno schema importato dal diritto tedesco, il giudizio di proporzionalità è guidato da tre criteri: idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta. L'idoneità riguarda la relazione tra mezzi e obiettivi e impone di scartare tutte le misure che non raggiungono il fine prefissato. La necessità (o “*regola del mezzo più mite*”) orienta la scelta verso la misura idonea che comporta il minor sacrificio degli interessi antagonisti. L'adeguatezza consiste nella valutazione della scelta finale in termini di tollerabilità della restrizione³⁵⁴.

trasmetterle gli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Opportunamente la norma richiama il giudice a selezionare secondo un criterio di effettiva rilevanza gli atti da trasmettere all'autorità. dal considerando 30 della direttiva emerge che la facoltà per l'autorità di concorrenza di presentare osservazioni riguardo alle richieste di esibizione non attiene solo alle prove contenute nel fascicolo dell'autorità medesima, ma ha una portata più ampia; questa facoltà, inoltre, si ricollega all'articolo 15, paragrafo 3, del Regolamento (ce) n. 1/2003, che riconosce in generale alle autorità nazionali di concorrenza il potere di presentare d'ufficio osservazioni scritte ai giudici dei rispettivi stati membri in merito a questioni relative all'applicazione del diritto antitrust

³⁵³ Secondo la concezione di m.s. Giannini, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Milano, 1939, accolta dalla parte prevalente della dottrina successiva: per tutti, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e della dottrina successiva*, in riva. trim. dir. pubbl., 2000, 145 ss. per una ricostruzione alternativa cfr., a livello monografico, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

³⁵⁴ Sul principio di proporzionalità in diritto amministrativo A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; id., *Proporzionalità, in dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. V, Milano, 2006, 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. VILLA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 97 ss.; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97101; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 224 ss., PASSIM; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 163 ss.; v. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss. nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel

La produzione di parte

Tale modalità presuppone che l'attore e/o il convenuto sia nelle condizioni di entrare nel possesso della prova in modo autonomo, ossia senza ricorrere all'intervento del giudice; in concreto, dunque, l'efficacia di questa forma di introduzione delle prove in giudizio dipende dal modo in cui le leggi amministrative disciplinano l'accesso al fascicolo dell'autorità.

Nell'ordinamento italiano, l'accesso nel corso dell'istruttoria è disciplinato dall'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM), che lo circoscrive ai soggetti ai quali sia stato notificato l'avvio del procedimento, ossia alle imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché agli eventuali denunciati ed intervenienti. La norma vieta inoltre l'accesso alle informazioni la cui divulgazione potrebbe recare un pregiudizio alle imprese interessate, come ad esempio le informazioni sensibili di carattere commerciale o industriale. Tale divieto può essere superato nei limiti in cui tali documenti risultino essenziali per assicurare il contraddittorio e/o il diritto di difesa delle imprese accusate nell'ambito del procedimento *antitrust*, mentre non viene in rilievo l'eventuale interesse alla divulgazione ai fini di un'azione civile.

L'accesso successivo alla conclusione del procedimento, invece, è disciplinato dall'art. 24, comma 7, l. 241/1990, in base al quale deve essere sempre garantito l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, con salvezza dei documenti contenenti dati sensibili e giudiziari il cui accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile.

Oltre che da queste specifiche disposizioni, l'accesso al fascicolo è limitato da due previsioni di ordine generale che sino ad un recente passato hanno consentito

principio del "minimo mezzo" elaborato da G.D.ROMAGNOSI. Il principio di proporzionalità, SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 10 ss.; F. MERUSI, GIAN DOMENICO ROMAGNOSI *Tra diritto e processo amministrativo*, in dir. proc. amm., 2011, 1234 s.; G. ROSSI, *L'attualità Di G.D. Romagnosi Nell'eclissi Dello Statalismo*, in dir. pubbl., 2012, 31 s.; v. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., 85-98.

all'AGCM di ergere una vera e propria barriera nei confronti delle richieste di divulgazione provenienti a vario titolo dal giudizio risarcitorio.

Si tratta, in particolare, dell'art. 14, comma 3, l. n. 287/90, il quale stabilisce che “*tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni*”, e dell'art. 14, comma 3, l. n. 287/90, secondo cui “*Le informazioni raccolte in applicazione della legge e del presente regolamento possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state richieste*” (c.d. vincolo scopo).

Sulla base di queste disposizioni, l'AGCM ha ritenuto che gli interessi che possono giustificare l'esibizione dei documenti, e quindi la deroga al principio del segreto, sono soltanto quelli che attengono all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata: di conseguenza, è stato escluso l'accesso ai documenti amministrativi ai fini della tutela dei diritti di parti private in sede civile, sul presupposto che si tratta di un interesse estraneo alle funzioni istituzionali dell'AGCM³⁵⁵.

Il vincolo di scopo posto dall'art. 14, comma 3, l. n. 287/90 è stato quindi interpretato in modo restrittivo, considerando l'efficacia dell'azione pubblica *antitrust* come l'unico “scopo” che giustifica l'accesso. Sulla base di questa interpretazione, sono state rigettate numerose richieste di divulgazione, provenienti sia dalle parti del giudizio civile che dal giudice.

In tempi più recenti l'autorità sembra aver cambiato indirizzo e ha ritenuto di non poter opporre, quantomeno al giudice, il segreto d'ufficio e di essere tenuta alla trasmissione degli atti. Il vincolo di scopo è stato quindi interpretato in modo evolutivo, intendendo per “scopo” della richiesta di divulgazione non solo il *public enforcement antitrust*, ma l'*enforcement antitrust* in sé, che si realizza sia tramite l'azione dell'autorità, sia tramite le azioni civili di risarcimento³⁵⁶.

³⁵⁵ Tar Roma, Sez. I, 20 luglio 2009, n. 7136; 2 novembre 2009, n. 10615 e 13 luglio 2010, n. 24996; tar roma, sez. i, 2 novembre 2009, n. 10615.

³⁵⁶ CHIEPPA, op. cit., 282.

Il decreto legislativo ha poi previsto alcune regole sull'utilizzo in sede di giudizio di prove che sono già in possesso delle parti, in particolare acquisite tramite l'accesso al fascicolo di un'autorità di concorrenza.

E, in particolare, le prove che rientrano nella lista grigia o nella lista nera *“comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo”* sono ammesse secondo un regime analogo a quello previsto per l'esibizione con riferimento alle rispettive categorie. Pertanto, le informazioni rese nell'ambito del procedimento, quelle redatte e comunicate alle parti dall'autorità nel corso del procedimento, nonché le proposte di transazione revocate sono ammissibili in giudizio solo dopo la chiusura del procedimento dell'autorità. Le prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione sono invece inammissibili; ferma la possibilità della parte di chiedere che il giudice accerti la natura della prova, mediante un procedimento in contraddittorio.

Il decreto applica tali limiti alle prove *“comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo”*. Dalla relazione allo schema di decreto emerge che tale formulazione è volta a sottolineare che i limiti all'utilizzo delle prove contenute nella lista nera (preclusione) e nella lista grigia (utilizzo posticipato) valgono a prescindere dalla modalità con cui è stata acquisita la disponibilità di tali prove.

Per le prove della lista bianca (tutte quelle non rientranti nelle liste grigia o nera) il decreto legislativo dispone che possono essere utilizzate nell'azione risarcitoria unicamente dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto. Viene così preclusa la cessione delle prove (a titolo oneroso o meno) per scopi diversi da quello di far valere in giudizio la pretesa risarcitoria. Il vincolo in questo caso è di tipo soggettivo: l'utilizzo delle prove è consentito solo alla parte (attore o convenuto) che le ha acquisite tramite l'accesso al fascicolo oppure al soggetto che è subentrato ad essa nella titolarità del diritto al risarcimento azionato in giudizio.

La valenza dei provvedimenti sanzionatori emessi dalle Autorità della Concorrenza e del mercato nel giudizio risarcitorio

Una delle principali innovazioni contenute nella Direttiva è rappresentata dalla peculiare efficacia attribuita al provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità garante nazionale. L'art. 9 della Direttiva, infatti, impone agli Stati di attribuire valore di «*accertamento definitivo*» della violazione *antitrust* alle decisioni emesse dalle rispettive Autorità nazionali.

In particolare l'art. 9 par. 1 della Direttiva 2014/104/UE sostanzialmente statuisce che “*una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso...*” deve essere considerata “*definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai... giudici nazionali, ai sensi dell'art. 101 o 102 T.F.U.E. o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza*”.

Nessun limite, per il giudice civile, sembrerebbe sussistere nel caso in cui la decisione dell'Autorità (o del giudice amministrativo) sia di segno opposto, e cioè ritenga insussistente la violazione denunciata, il che, oltre a configurare un singolare caso di vincolo *secundum eventum*, segna una significativa differenza con quanto disposto dall'art. 16, paragrafo 1, Reg. Ce n. 1/2003 con riferimento al divieto di adottare decisioni in contrasto con quella, qualunque ne sia il segno, adottata dalla Commissione.

Si tratta di una disposizione fortemente innovativa, non solo perché pone al Giudice civile, adito per il risarcimento dei danni subiti da terzi in relazione alla violazione della normativa *antitrust* da parte di un operatore di mercato, un limite che prima non sussisteva, ma anche perché attribuisce una particolare forza agli accertamenti compiuti in materia dall'AGCM, che fuoriesce dai consueti canoni di efficacia del provvedimento o della decisione amministrativa: così ponendo nuovi (e gravi) problemi di diritto amministrativo sostanziale e, conseguentemente, nuovi

e particolari problemi anche di diritto amministrativo processuale³⁵⁷. Basti considerare che l'illecito *antitrust* è anzitutto un illecito amministrativo, in quanto sfocia in provvedimenti inibitori o ripristinatori ovvero in una sanzione amministrativa pecuniaria, la quale, peraltro, si inquadra nella disciplina della legge 689/1981 (art. 31 della legge 187/90), che si occupa delle sanzioni pecuniarie depenalizzate e che, come è noto, è strutturata sulla falsa-riga dell'illecito e della responsabilità penale³⁵⁸. Del resto anche la Corte EDU ha esteso le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione per il processo penale alle sanzioni amministrative che, per la natura dell'illecito e per la severità delle sanzioni, possono essere equiparate alle sanzioni penali³⁵⁹. E tale connotato è normalmente riconosciuto alle sanzioni inflitte dall'AGCM in tema di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni non autorizzate³⁶⁰.

Il medesimo comportamento antigiuridico — e, ora, il medesimo accertamento — rileva peraltro anche per il risarcimento dei danni tra privati e, dunque, configura (o contribuisce a configurare) un illecito civile. Sicché già questa molteplicità ed eterogeneità di inquadramento — si tratta di un illecito polivalente e di un accertamento anch'esso a rilevanza polivalente — pone delicati problemi di sistema, che necessitano di adeguata razionalizzazione.

Occorre, infatti, considerare che la legge italiana individua specifici poteri in capo al giudice civile, penale ed amministrativo in relazione al provvedimento amministrativo.

Il giudice civile conosce *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali che si presentano nel corso del processo e, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248,

³⁵⁷ G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc.5, 2016, pag. 999

³⁵⁸ cfr., di recente, F. GALBUSERA, *La capacità di intendere e di volere*, in *“la sanzione amministrativa”*, Torino, 2012, pag. 122 e ss.

³⁵⁹ cfr. Corte edu, 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, r. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine C. Russia. Si veda anche Corte di Giust., grande sez., 5 giugno 2012, in causa c-489/10.

³⁶⁰ cfr. Corte edu, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08 in causa Menarini Diagnostics S.R.L. C. Italia. cfr. anche Cons. Stato, Sez. Vi, 22 marzo 2016, n. 1164.

all. E, ha il potere di disapplicare l'atto amministrativo ritenuto illegittimo. Il giudice amministrativo ha il potere di annullare il provvedimento amministrativo. Il giudice penale, ai sensi dell'art. 2 c.p.p., «risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo»; ai sensi dell'art. 75 c.p.p., è ammessa l'autonoma prosecuzione del giudizio civile per il risarcimento del danno e le restituzioni in pendenza di un processo penale «*influente*».

La sospensione necessaria del processo, ex art. 295 c.p.c., è tendenzialmente esclusa nei casi di mera contemporanea pendenza di processi aventi ad oggetto situazioni giuridiche in relazione di pregiudizialità e prevale la tendenza a restringerne l'ambito di applicazione ai (soli) casi di c.d. pregiudizialità interna, in cui il giudice, allorché la questione pregiudiziale si sia trasformata in causa, si trovi nella temporanea impossibilità di giudicare, sia pure *incidenter tantum*, non potendo provvedere all'attuazione del *simultaneus processus*³⁶¹.

Alla luce dell'assetto normativo introdotto con il recepimento della direttiva 2014/104/UE, quella pendente davanti all'Agcm (o al giudice amministrativo) sarebbe dunque una questione che il giudice civile potrebbe conoscere *incidenter tantum*; la contemporanea pendenza col giudizio amministrativo non dovrebbe determinare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c.; resterebbe precluso al giudice civile il potere di disapplicare l'atto qualora la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio tra le stesse parti e con autorità di

³⁶¹ F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *riv. dir. proc.*, 1984, p. 292, il quale limita la sospensione necessaria alla ipotesi in cui l'impossibilità di trattazione congiunta della domanda principale e di quella di accertamento incidentale dipenda da ragioni di competenza inderogabile, di giurisdizione o di diversità di rito; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, CACUCCI, Bari 1987, p. 483 ss., spec. p. 501 ss.; id., *La cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, in *foro it.*, 2000, i, col. 1968 ss.; nonché S. MENCHINI, *Voce sospensione del processo civile. Processo civile di cognizione*, in *enciclopedia del diritto*, giuffrè, Milano 1990, pp. 18 e 36, secondo cui la sospensione opera laddove sia la Legge ad imporre l'accertamento con efficacia di giudicato, mentre la domanda di accertamento incidentale non sarebbe invece di per sé sufficiente a determinare la trasformazione della questione in causa pregiudiziale, sempre allorché non sia possibile realizzare la trattazione simultanea.

giudicato³⁶². È da rilevare, tuttavia, che il processo amministrativo e quello civile non si svolgono tra le stesse parti (impresa e Autorità, davanti al giudice amministrativo; consumatore e impresa, davanti a quello civile); quello del giudice amministrativo che conferma la decisione (e la sanzione) a carico dell'impresa sarebbe comunque un giudizio di rigetto, che, in linea di massima, non preclude all'impresa di far valere davanti al giudice ordinario – se del caso proprio in occasione dei giudizi *follow-on* – i vizi del provvedimento dell'Autorità che possano comportarne nullità o inesistenza³⁶³ e chiederne la disapplicazione.

Di fatto la Direttiva si limita a generalizzare quanto stabilito dall'art. 16 reg. Ue n. 1 del 2003 (in base al quale il giudice nazionale non può discostarsi dal provvedimento emesso dalla Commissione europea, con conseguente incontestabilità delle violazioni ivi accertate, anche in punto di diritto)³⁶⁴, sulla

³⁶² cfr., in tal senso, la recente decisione resa da Cass. 2 aprile 2015, n. 6788, in *foro it.*, mass. 2015, col. 231; ma v., anche, Cass. 4 luglio 2014, n. 15393, in *foro it.*, rep. 2014, voce *cosa giudicata civile*, n. 18, secondo cui «il giudizio amministrativo, anche se si forma sull'atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall'art. 2909 c.c.»; per riferimenti all'istituto della disapplicazione si rinvia, esemplificativamente, A R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in *Treccani – diritto on line*, 2013, § 3 e ss.

³⁶³ cfr., infatti, Cass., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661, in *urbanistica e appalti*, 2014, p. 769 ss., secondo cui «la sentenza con cui il giudice amministrativo abbia rigettato il ricorso promosso dal proprietario del terreno espropriando per ottenere l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità non preclude allo stesso di far valere davanti al giudice ordinario i vizi che comportano la radicale nullità di tale atto al fine di ottenere il risarcimento del danno e la restituzione del terreno occupato senza potere dalla p.a.; il giudizio amministrativo di rigetto accerta, infatti, solo la mancanza del diritto del privato a conseguire l'annullamento dell'atto impugnato e dei relativi fatti costitutivi ma non anche l'inesistenza giuridica del medesimo atto derivante dall'essere stato adottato in carenza di potere, salvo il caso in cui il giudice si sia pronunciato anche su tale questione pur difettando, eventualmente, di giurisdizione».

³⁶⁴ in tema, L.F. PACE, *The application of antitrust law by national courts. the influence of the « private enforcement negative harmonization framework » of the court of justice in the italian experience*, in remien (a cura di), *Schadensersatz Im Europaischen Privat- Und Wirtschaftsrecht*, Tübingen, 2012, p. 99 ss.; TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della commissione*, cit., p. 363; SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., p. 298; CASSINIS-GALASSO, *Il ruolo dell'autorità garante della*

scorta di quanto già riconosciuto in alcuni ordinamenti nazionali, quali, ad esempio, quello tedesco e quello inglese, in cui le decisioni dell'autorità indipendente nazionale esplicano efficacia diretta e vincolante nelle controversie risarcitorie promosse in sede civile³⁶⁵.

Se l'intenzione del legislatore europeo era chiara, ben più incerte apparivano, invece, le soluzioni normative da adottare in sede di attuazione.

In proposito, il legislatore italiano (all'art. 7 d.lgs. n. 3 del 2017) ha ragionevolmente previsto che l'efficacia preclusiva dell'accertamento contenuto nei provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità garante si abbia solo in caso di mancata impugnazione degli stessi o di loro conferma in sede amministrativa³⁶⁶.

L'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, dedicato agli «*Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza*», prevede espressamente che, ai fini dell'azione risarcitoria, il valore definitivo del provvedimento dell'Autorità garante nazionale non impugnato, ovvero il provvedimento del giudice del ricorso passato in giudicato concerne solo la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma, non anche il nesso di causalità e l'esistenza del danno, onde superare i timori relativi ad una certa automaticità dell'azione risarcitoria³⁶⁷. Quanto ai

concorrenza e del mercato tra public e private enforcement, In Benacchio-Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Padova, 2012, p. 19 E RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 785. In giurisprudenza cfr. trib. Milano, 8 maggio 2009, in int'l lis, 2009, p. 149, con nota di STELLA.

³⁶⁵ Si tratta, specificamente, del § 33(4) della *gesetz gegen wettbewerbsbeschränkungen (gwb)* e del *competition act* inglese. In argomento L.F. PACE, *the application of antitrust law by national courts. The influence of the « private enforcement negative harmonization framework » of the court of justice in the italian experience*, cit., p. 115 e vincre, la dir. 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile, cit., p. 1153.

³⁶⁶ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 9 alle sole decisioni non impuginate o confermate dal giudice amministrativo, PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della dir. 2014/104/UE*, cit., p. 252 e DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., p. 1507.

³⁶⁷ cfr., a quest'ultimo proposito, PASQUARELLI, *da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della dir. 2014/104/UE*, cit., p. 252, il quale porta l'esempio del provvedimento sanzionatorio emesso nei confronti di Roche E Novartis dall'AGCM in cui è stato anche stimato il danno complessivo al servizio sanitario nazionale. In tema si v. anche CARRATTA, *La tutela risarcitoria per violazione della concorrenza*, cit., p. 86 ss. e

provvedimenti definitivi adottati da autorità garanti o dai giudici del ricorso di altri Stati membri, il loro valore è invece quello di prove valutabili insieme alle altre risultanze probatorie³⁶⁸.

Viene, così, definitivamente superata la tensione tra il diritto costituzionale alla difesa e la nozione di «*prova privilegiata*»³⁶⁹ elaborata dalla giurisprudenza di

RORDORF, il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust, cit., p. 784.

³⁶⁸ l'art. 9 della direttiva, in quest'ultimo caso, parla di «titolo di prova prima facie» quanto al fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza. Ad ogni modo, il nuovo art. 7, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, circo-scrive gli effetti di dette decisioni alla natura della violazione ed alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, senza tuttavia escludere esplicitamente la copertura in ordine all'esistenza del danno e del nesso di causa. Già SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in conc. Mercato, 2014, 310, auspicava la limitazione della portata vincolante della decisione al solo accertamento dell'infrazione, mentre relativamente all'esistenza del danno e sua quantificazione e al nesso di causalità continuerebbe ad applicarsi il regime di «prova privilegiata». Dello stesso avviso PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in dir. ind., 2016, 261 ss., per il quale solo un'interpretazione restrittiva dell'art. 9 poteva scongiurare il rischio di trasformare la fase del procedimento davanti l'autorità garante in una sorta di fase pre-processuale, con annessi oneri probatori e decadenze. a ciò si aggiunge, la preoccupazione diffusa quanto al restringimento della possibilità di offrire prova contraria operato dalla giurisprudenza di legittimità più recente e segnalato già in FRIGNANI, *La difesa disarmata*, cit., 441 ss. la preoccupazione era, in ogni caso, superata dal considerando 34, secondo cui «l'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinate dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione». Sul punto, interessante ricordare la pronuncia di Trib. Milano, 27 dicembre 2013, secondo la quale «l'ambito di efficacia della decisione dell'AGCM va delimitato [all'accertamento dell'infrazione alle regole della concorrenza mediante l'intesa o l'abuso della posizione dominante], escludendo che lo stesso valore possa essere attribuito all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni a favore delle vittime. tali ulteriori elementi possono essere schematizzati nel paradigma: sussistenza dei danni, nesso di causalità rispetto al comportamento sanzionato, individuazione degli elementi necessari alla quantificazione del risarcimento (overcharge, margin squeeze, passing-on), analisi delle diverse componenti del danno, che a seconda dei casi possono essere ricondotti alle tradizionali categorie del danno emergente, lucro cessante, perdita di chance, danno all'immagine, e quindi valorizzazione economica di tali voci, in via cumulativa o alternativa, anche mediante l'attribuzione di rivalutazione ed interessi».

³⁶⁹ specificamente sul tema dell'efficacia di tali provvedimenti cfr. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. Pace (a cura di), *dizionario sistematico della concorrenza*, cit., p. 325; TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della commissione*, cit., p. 363; PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in Catricalà-Garbielli, *i contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, p. 525; PASQUARELLI, *da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento*

legittimità, dove più che un'inversione dell'onere della prova, il provvedimento sanzionatorio assumeva i caratteri di una preclusione probatoria³⁷⁰ di quanto era già stato sottoposto al vaglio dell'Autorità garante³⁷¹, senza che ciò fosse in alcun modo giustificato da una norma di legge³⁷².

Resta il non marginale problema della natura del vincolo, vale a dire il dubbio se alla decisione resa dall'AGCM sulla fattispecie preliminare possa riconoscersi – operando un'evidente forzatura – una qualche attitudine al «giudicato»³⁷³ in grado di propagare i propri effetti *sub specie* di limitazione del potere di accertamento da parte del giudice civile.

dell'AGCM a seguito della dir. 2014/104/UE, in dir. ind., 2016, p. 252 e FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in conc. e merc., 2013, p. 193 ss. in argomento, cfr. anche BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., p. 97, nonché diffusamente NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006, pp. 50 ss. e 177 ss., nonché id., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, *la tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, p. 299 ss..

³⁷⁰ cfr. Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in foro it., 2011, i, c. 2675, con nota di PALMIERI; analogamente si v. le sentenze già citate nella nota precedente. Sul carattere innovativo di queste pronunce cfr. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., p. 310 e PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della dir. 2014/104/UE*, cit., p. 252. In dottrina, a favore dell'inversione dell'onere della prova, in conseguenza dell'accertamento delle violazioni da parte dell'autorità garante si v. CASTELLI, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in giur. comm., 2009, p. 1198.

³⁷¹ COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie — verso nuove forme di giudicato*, in il giusto proc. civ., 2016, p. 195.

³⁷² cfr. PASQUARELLI, op. cit., 258 ss., ove vengono elencati pure i vantaggi derivanti dal recepimento dell'art. 9 della direttiva, in termini di prevedibilità delle decisioni e di economia processuale. Peraltro, come si osserva nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, la limitazione sostanziale dei poteri processuali della parte convenuta, da un lato, è controbilanciata dalla piena garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori, estesa altresì ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità; dall'altro lato, il giudice può comunque discostarsi dalla decisione dell'autorità garante non impugnata in casi di evidente illegittimità.

³⁷³ D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2008, 23-24

Il legislatore italiano poi non ha preso posizione su altri aspetti, benché altrettanto cruciali³⁷⁴. Ad esempio, non si è espresso con riferimento all'estensione soggettiva dell'efficacia dei provvedimenti sanzionatori, soprattutto in considerazione dell'estrema varietà dei soggetti che subiscono gli effetti delle violazioni *antitrust* anche a séguito della traslazione del danno³⁷⁵. Nulla si dice, inoltre, sulla possibile estensione degli effetti preclusivi anche alle decisioni con cui l'Autorità non commina sanzioni³⁷⁶.

Il legislatore ha poi del tutto omesso di chiarire se la peculiare efficacia sancita da tale norma si applichi anche ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità garante nell'ambito delle altre competenze che le sono attribuite, come ad esempio in caso di sanzioni per pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole³⁷⁷.

Infine, il legislatore ha omesso di prendere specifica posizione sulla qualificazione giuridica del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante.

La formulazione dell'art. 7, pur quanto non in modo espresso, sembra attribuire alle decisioni dell'Autorità garante efficacia di vero e proprio accertamento (e quindi sostanzialmente di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c.), tale da escludere ogni potere di disapplicazione dell'atto amministrativo (sempre che così possa ancora

³⁷⁴ P. COMOGLIO, note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. *Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, rivista trimestrale di diritto e procedura civile, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 991.

³⁷⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, a chi non ha acquistato a causa delle modificazioni nel prezzo determinate dalla condotta illecita, oppure a chi beneficia dei prezzi più alti pur non partecipando all'accordo (cosiddetta *umbrella theory*), oppure ancora a chi produce beni complementari danneggiato dal calo della domanda. Per una specifica e dettagliata elencazione dei possibili soggetti danneggiati dalla traslazione del danno cfr. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in conc. e merc. reg., 2008, p. 510.

³⁷⁶ cfr. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., p. 1507 e *vincere, la dir. 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., p. 1153.

³⁷⁷ cfr. quanto previsto in argomento dall'art. 27 d.lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo). In argomento, con riferimento alla disciplina anteriore alla direttiva n. 104, si legga FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in conc. e merc., 2013, p. 193 ss..

considerarsi il provvedimento dell'autorità garante) da parte del giudice civile³⁷⁸ con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale atteso che i provvedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti sono emessi al termine di una attività che non può dirsi giurisdizionale secondo i concetti tradizionali³⁷⁹ mancando di pubblicità e neutralità oltre che terzietà, nonostante di fatto poi si traducono in atti assimilabili a sentenze con contenuto accertativo-dichiarativo³⁸⁰. Invero, mentre non si pongono problemi nel caso di intervenuto giudicato amministrativo che ha confermato il provvedimento sanzionatorio dell'autorità garante, dubbi sorgono con riferimento al caso di provvedimento amministrativo *antitrust* non impugnato. Può davvero esso essere vincolante per il giudice ordinario? Secondo taluni ciò comprometterebbe le prerogative della funzione giurisdizionale nei confronti di quella amministrativa, il principio della separazione dei poteri, il diritto ad un giusto processo³⁸¹. Altri, invece ritengono che non si pongano questioni di legittimità costituzionale per due ordini di ragione: la prima è che la teoria dei controlimiti non sarebbe richiamabile in quanto la portata vincolante nel giudizio civile-risarcitorio del provvedimento dell'AGCM è prevista da una norma interna, nazionale, e non più da una norma sovranazionale, in secondo

³⁷⁸ In senso contrario, però, con riferimento all'art. 9 della direttiva, de Santis, *processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., p. 1507 ss.

³⁷⁹ cfr. CHIZZINI, *L'equo processo cedu quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle autorità indipendenti nazionali (ed alla commissione europea). Note generali*, in *il giusto proc. civ.*, 2012, p. 346 ss., spec. p. 347. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., p. 99, il quale non manca di rilevare che «il diritto processuale civile classico si trova più a suo agio nelle controversie interne al mercato» piuttosto che avanti ad oggetto «la tutela degli interessi del mercato».

³⁸⁰ In questi termini cfr. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali, i controlli interni*, in *riv. trim. app.*, 1995, p. 242; cfr. VASQUES, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La costituzione lo consente?* in *merc. conc. reg.*, 2013, p. 459. D'altro canto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui «all'autorità garante è affidato un compito di accertamento e di applicazione della Legge: un compito che ha connotati di neutralità e di oggettività ed in cui la discrezionalità amministrativa, come sopra intesa, di regola non gioca alcun ruolo» (cfr. Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *rep. foro it.*, 2014, voce «concorrenza (disciplina)», n. 135).

³⁸¹ Incontro sul decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 Roma, 30 marzo 2017, consiglio nazionale forense via del governo vecchio n. 3 scuola superiore dell'avvocatura, fondazione del cnf, relazione Giovanni Amoroso, presidente di sezione della Corte di cassazione

luogo l'art. 7 del d.lgs.3/2017 non avrebbe fatto altro che dotare le decisioni dell'Autorità garante nazionale dello stesso valore che è attribuito ai provvedimenti della Commissione già dal lontano 2003 (art. 16 del regolamento di modernizzazione, Reg.n. 1/2003)³⁸².

Infatti le decisioni (definitive) della Commissione come chiarito fin dalla giurisprudenza *Delimitis*³⁸³ e *Masterfoods*³⁸⁴ nonché dell'articolo 16 del regolamento n° 1/2003, spiegano degli effetti vincolanti in merito alla constatazione di un'infrazione alle regole *antitrust* dell'Unione tanto per le autorità nazionali di concorrenza che per i giudici. Per quanto riguarda, invece, le decisioni delle autorità nazionali, queste non possono vincolare la Commissione, come specificato dalla sentenza *Masterfoods*, ma allo stesso tempo i loro effetti sull'apprezzamento dei giudici nazionali rimaneva una questione di diritto nazionale. Tale disparità di trattamento con la Direttiva 2014/04/UE e conseguente decreto di attuazione è venuta meno³⁸⁵.

La responsabilità solidale

A tutela del danneggiato le imprese che violano congiuntamente le norme sulla concorrenza sono responsabili in solido per l'integrità del danno cagionato dall'infrazione. A norma del considerando n. 37 della Direttiva 2014/104/UE sono tre i possibili criteri, di derivazione statunitense, tramite i quali determinare la responsabilità di un dato coautore: il fatturato, la quota di mercato o il ruolo nel cartello.

³⁸² In tal senso, vi convegno antitrust di Trento, università degli studi di Trento - facoltà di giurisprudenza, 6, 7 e 8 aprile 2017, relazione Roberto Chieppa.

³⁸³ Corte di Giust. 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89.

³⁸⁴ Corte Di Giust. 14 Dicembre 2000, *Masterfoods*, c-344/98

³⁸⁵ IANNUCELLI P., *La base giuridica della direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il Regolamento n° 1/2003 the legal basis of EU directive 2014/104 and its interplay with regulation n° 1/2003*, cit.

La singola impresa per non incorrere nella responsabilità solidale deve dimostrare l'interruzione del nesso eziologico e l'indipendenza del proprio comportamento dall'intesa³⁸⁶.

La Direttiva tratta della responsabilità solidale delle imprese all'art. 11 che si pone in relazione all'art. 8 n.1 del Regolamento di Bruxelles I bis che, a determinate condizioni, consente di instaurare un litisconsorzio passivo, convenendo nello stesso giudizio tutti i soggetti collusi e si pone come baluardo nel caso di possibile insolvenza di una o più imprese.

La disciplina dettata dall'art. 11 della Direttiva n. 104/2014 è riproposta nel decreto di attuazione all'art. 9 il quale si apre prevedendo una eccezione al regime della solidarietà di cui all'art. 2055 c.c. nel caso in cui le imprese coinvolte siano piccole o medie.

La piccola e media impresa, infatti, è responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti quando la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza e quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività.

La PMI è responsabile in solido anche nei confronti di tutti i soggetti danneggiati senza limitazioni solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza.

Inoltre, l'eccezione al regime della solidarietà passiva non opera tutte le volte in cui la PMI ha svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o costretto altre imprese a parteciparvi ovvero quando risulta accertato che la PMI ha commesso in precedenza una violazione del diritto della concorrenza.

Analoga esenzione dal regime di responsabilità solidale passiva ex art. 2055 c.c. è prevista poi per l'impresa che ha aderito ad un programma di clemenza.

³⁸⁶ c. FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell' UE*, cit., pag. 61-65

E, invero, il beneficiario dell'immunità è responsabile in solido: a) nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti; b) nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza, fermo restando che, all'impresa beneficiaria di un programma di clemenza è riconosciuto il diritto di opporre il beneficio di preventiva escussione delle altre imprese partecipanti all'intesa vietata al terzo danneggiato che non sia suo fornitore o acquirente diretto³⁸⁷.

La *ratio* di tale disposizione risiede nell'esigenza di garantire un trattamento di favore ai *leniency applicants* i quali molto spesso, come si è verificato nel caso *National Grid* deciso dalla *High Court* inglese³⁸⁸, sono i primi legittimati passivi delle azioni per il risarcimento dei danni. Per cui, al fine di evitare di porre questi ultimi in una posizione peggiore rispetto ai *co-cartellist*, è stato previsto di limitare la responsabilità dei *leniency applicants* al danno causato ai loro acquirenti diretti o indiretti, o nel caso di un cartello acquisti, ai loro fornitori, e ciò, appunto, è in un'ottica premiale che, tuttavia, cede di fronte alla necessità di garantire un integrale risarcimento alle altre parti danneggiate (e quindi gli acquirenti diretti o indiretti delle altre imprese che hanno partecipato all'illecito *antitrust*) che non riescono ad ottenere il pieno risarcimento dai restanti autori delle infrazioni³⁸⁹.

³⁸⁷ cfr. articolo 11, direttiva 2014/104/UE.

³⁸⁸ In tale caso la convenuta aveva chiesto la sospensione del giudizio civile in attesa dell'esito dell'impugnazione della decisione della commissione davanti al tribunale, negata dalla Corte inglese. Contra E. HOLMES, *Follow on damages: the cat or the high court?* in eur. comp. l. rev. 2010, p. 165 s.;

³⁸⁹ Questa soluzione si avvicina a quella adottata da certi paesi membri dell'Unione, come l'Ungheria, in cui gli aderenti ad un programma di clemenza vengono considerati responsabili in sede civile solo se i danni non possono essere integralmente risarciti dalle imprese colluse che non hanno partecipato al programma medesimo. Ciò è stato ritenuto un buon compromesso tra le esigenze dei danneggiati e quelle delle autorità a non disincentivare l'uso della clemenza. P. PEREZ FERNANDEZ, *La problemática relación los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los danos derivados de ilícitos antitrust*, in *competencia y acciones de indemnización*, pp. 205-223

L'assetto però rimane, tuttavia, squilibrato fintantoché l'attore, dovendo fondare la propria pretesa su elementi probatori in possesso, almeno in parte, del danneggiante o di terzi, non possa accedere a determinati documenti³⁹⁰.

La prescrizione

A livello europeo è assente una disciplina uniforme in merito al termine di prescrizione delle azioni di danno e anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sempre fatto rinvio agli ordinamenti nazionali. Ciò comporta una varietà di esiti processuali e conseguentemente una disparità di trattamento dei danneggiati in base al foro competente a conoscere l'azione³⁹¹.

Nella giurisprudenza italiana l'azione risarcitoria è stata tradizionalmente inquadrata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, derivandone un termine di prescrizione quinquennale ex art. 2947 c.c. che come disposto dall'art. 2935 c.c., comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Sebbene raro, quando il comportamento contestato alla controparte, prima del recepimento della Direttiva n. 104/2014, fosse stato ascrivibile ad un inadempimento delle obbligazioni derivanti da contratto non si escludeva che potesse ricadere nell'ambito della responsabilità contrattuale.

La natura della responsabilità da all'illecito *antitrust*, con conseguente diverso termine di prescrizione, come emerge nella sentenza *Brogstetter*³⁹² della Corte di Giustizia, dipendeva dall'intervento qualificatorio del giudice alla luce dell'interpretazione autonoma che occorre dare alle nozioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale quando la fattispecie presenta elementi di promiscuità³⁹³. Quanto al *dies a quo* il danno da illecito *antitrust* nella

³⁹⁰ A. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: una convivenza possibile?* in conc. merc. 2014, pp. 115-138;

³⁹¹ M. CARPAGNANO, *Responsabilità civile*, cit.; p.850

³⁹² Corte di giustizia 13 marzo 2014, causa c-548/12, Marc Brogstetter C. Fabricatio De Montres Normandes Eurl E Altri

³⁹³ M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private antitrust enforcement, da Courage al libro bianco*, in eur. Dir. priv. 2008, pp 655-

giurisprudenza era stato ricondotto al c.d. danno lungo-latente³⁹⁴ per cui in virtù dello scarto temporale che intercorre tra la condotta lesiva e la reale percezione del giudizio da parte del danneggiato si riteneva che il termine di prescrizione iniziasse a decorrere dal momento in cui il soggetto leso aveva raccolto una quantità di informazioni tanto complete da essere ritenute sufficienti a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio³⁹⁵ e tale momento si riteneva andasse accertato dal giudice caso per caso non essendo esaustivo la data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio³⁹⁶, atteso che spesso più che la pubblicazione del provvedimento è la pubblicizzazione dello stesso a determinare, soprattutto per i consumatori finali, la conoscenza del danno (“teorema dell’esteriorizzazione del danno”)³⁹⁷.

La Direttiva 2014/104/UE è intervenuta sul tema della prescrizione prevedendo all’art. 10 comma 3 un termine minimo di cinque anni.

Il decreto legislativo n. 3/2017, conformandosi a quanto previsto dalla Direttiva, recepisce l’orientamento giurisprudenziale circa la natura extracontrattuale della responsabilità da illecito *antitrust* e all’art.8 precisa che il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno; c) dell’identità dell'autore della violazione. Inoltre, si prevede anche una ipotesi di sospensione, invero il comma 2 dell’art. 7 chiarisce che la prescrizione rimane sospesa quando l’autorità garante della concorrenza avvia un’indagine o un’istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l’azione per il diritto al

³⁹⁴ Cass. 2 febbraio 2007 n 2305 cit.

³⁹⁵ Tribunale Di Milano, 1° ottobre 2013, Teleunit Spa C. Vodafone Omnitel N.V. Spa

³⁹⁶ Si riferisce invece al giorno della pubblicazione del provvedimento amministrativo Cass. 6 dicembre 2011, in foro it. 2012, i, 799-804, con nota di a. PALMIERI.

³⁹⁷ B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO; *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, in *il private enforcement delle norme della concorrenza*, cit., pp. 123-135.

risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo.

La class action in materia di risarcimento del danno da illecito antitrust.

Il decreto legislativo n. 3/2017 prevede la legittimazione attiva ad agire per il risarcimento del danno derivante da illecito *antitrust* oltre che individuale anche collettiva.

Le azioni di classe sono nel nostro ordinamento giuridico regolate dall'art. 140 bis codice del consumo e possono essere esperite anche nel caso di violazione delle regole della concorrenza (nazionale e ed europea) avendo per oggetto, tra gli altri, le pratiche commerciali scorrette e i comportamenti anticoncorrenziali.

E' noto infatti che nella categoria dei diritti azionabili rientrano i c.d. diritti "omogenei" al ristoro del pregiudizio derivante a consumatori ed utenti anche da pratiche commerciali scorrette ovvero comportamenti anticoncorrenziali, cioè posti in essere in violazione della normativa *antitrust* nazionale (artt.2 e 3 l.287/90) ed europea ex 101 e 102 TFEU (abuso di posizione dominante, cartelli, intese restrittive della libertà di concorrenza).

Nel nostro ordinamento la *class action* prevista dall'art.140 bis del Codice del Consumo è un mezzo di tutela collettiva praticata per adesione con modalità *opt-in* cioè si estendono ai membri che abbiano "aderito" alla classe gli effetti dell'azione proposta o della sentenza ottenuta da uno o più soggetti ovvero da Associazioni mandatarie o comitati partecipati secondo il meccanismo della rappresentanza processuale. L'azione di classe richiede perciò un collegamento "paranegoziale" con i soggetti promotori diversamente da quanto avviene nel modello statunitense che si fonda sull'*opt out*, cioè sull'estensione automatica alla classe dell'azione proposta da un singolo componente riconosciuto idoneo a rappresentarla

(*certification*) salva la dissociazione: sistema questo che supera gli oneri di raccolta della classe (pubblicità ed adesioni) ma è meno rispettoso dell'autonomia privata. Nonostante la sussistenza di una comunicazione³⁹⁸ e di una raccomandazione³⁹⁹ della Commissione europea, non è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico, ai fini del risarcimento del danno, la c.d. azione rappresentativa⁴⁰⁰ ove cioè l'associazione ha una legittimazione autonoma e, quindi, può agire senza necessità di previo conferimento di mandato da parte dei consumatori.

L'azione rappresentativa, quindi con legittimazione autonoma delle associazioni rappresentative dei consumatori a prescindere dal previo conferimento di apposito mandato, disciplinata dagli artt. 139 e 140 codice consumo, è oggi prevista solo allorquando si adisce il giudice per ottenere un provvedimento inibitorio o la correzione delle condotte scorrette o anticoncorrenziali ovvero l'applicazione di penalità.

Ma tale azione rappresentativa non è prevista per le azioni di classe ex 140 bis codice del consumo e quindi anche nel caso del risarcimento del danno.

Inoltre, la *class action* è esplicitamente prevista a favore dei consumatori, per cui, dato che il consumatore è persona che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale professionale eventualmente svolta la azione classe resta riservata ai destinatari finali dell'attività di impresa e non può essere esperita dai soggetti intermedi (distributore-assemblatore di prodotti).

³⁹⁸ Comunicazione della Commissione (401/2013) "verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi" in tema di accesso uniforme alla giustizia all'interno dell'Unione.

³⁹⁹ Raccomandazione (11.6.2013) sui principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli stati membri a fronte di violazioni dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

⁴⁰⁰ In funzione "aggregante" di facilitazione dell'accesso alla giustizia il Libro Bianco del 2008, poi ripreso dalla raccomandazione cit., aveva prefigurato anche delle rappresentative actions proponibili da soggetti qualificati quali associazioni dei consumatori, public authorities o associazioni commerciali agenti in nome e per conto degli associati, designate preliminarmente dallo stato od appositamente certificate.

Capitolo 3

Gli altri strumenti del Private *antitrust* Enforcement

Gli altri strumenti di attuazione del *private antitrust enforcement* sono l'azione di nullità e l'azione cautelare. Per quanto concerne l'azione di nullità attivabile dai danneggiati da un comportamento anticoncorrenziale occorre distinguere a seconda che si tratti di intesa o di abuso di posizione dominante.

L'azione di nullità nel caso di intese anti-competitive

L'illecito *antitrust* non sempre mette capo a conseguenze civilistiche univoche. Ricadute dirette, dal punto di vista considerato, si possono rintracciare solo in relazione agli illeciti sussumibili nel genere degli accordi restrittivi della concorrenza, vietati dall'articolo 101, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di qui in poi anche TFEU), e, a livello nazionale dall'articolo 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 101 TFUE prevede, al comma 2, che sono “*nulli di pieno diritto*” gli accordi o le decisioni, vietati ai sensi del comma 1, la omologa disposizione della legge antimonopolistica nazionale recita che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*” (art. 2, comma 3, legge n. 287/1990).

Nessuna analoga previsione risulta, per contro, espressamente riconnessa all'abuso di posizione dominante (artt. 102, TFEU e 3, legge 287/1990), alla violazione del divieto sugli aiuti di stato (artt. 107 e ss. TFEU) ovvero ancora a quella del divieto di concentrazioni restrittive (Reg. CE 139/2004 ed art. 6, legge 287/1990).

Inoltre, appare generica anche la formulazione dell'articolo 33 della legge 287/1990, il cui comma 2 contempla le “azioni di nullità o di risarcimento del danno” quali tipici rimedi sostanziali cui attingere in relazione alle violazioni “di cui ai titoli da I a IV” della medesima legge, giustapponendoli a tecniche di tutela cautelare; ma non precisa l'indole (contrattuale o aquiliana) del rimedio riparatorio evocato, così lasciando aperto l'interrogativo se si tratti di una forma rimediale ad uso dei soli soggetti danneggiati, però terzi all'atto compiuto, ovvero a tutela delle posizioni di quanti all'atto stesso abbiano concorso ma da una posizione di debolezza significativa rispetto all'altrui maggior potere negoziale⁴⁰¹. Ed ancora, rispetto a questa seconda ipotesi, se vi vada scorta una misura risarcitoria destinata ad affiancarsi alla nullità del contratto (e quindi da ricondurre all'art. 1338 c.c.), ovvero un risarcimento del danno da accordare pure in presenza di contratto valido (ad esempio *ex art. 1440 c.c.*)⁴⁰².

Le comminatorie di nullità per gli accordi restrittivi della concorrenza, contenute nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale, sono ritenute norme di ordine pubblico economico⁴⁰³, essendo funzionali – seppur a livelli diversi – a garantire la strutturazione concorrenziale del mercato interno⁴⁰⁴. Da qui il loro operare *ipso iure*, indipendentemente cioè da qualsivoglia statuizione giudiziale – dotata, infatti, di mera valenza dichiarativa – nonché a prescindere da previ provvedimenti di accertamento delle infrazioni da parte di Autorità nazionali⁴⁰⁵ o Commissione europea.

Va però subito aggiunto che non tutte le fattispecie riconducibili al *genus* delle intese restrittive della concorrenza e, dunque, assoggettate al divieto di legge

⁴⁰¹ v., in tal senso, alcune indicazioni in Corte di Giust.. UE., 20 settembre 2001, c-452/99, *Courage Ltd v. Crehan*.

⁴⁰² LIBERTINI M., «L'applicazione delle norme anti-trust europee», in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di c. CASTRONOVO e S. Mazzamuto, Milano, 2007, vol. III, 367 e ss

⁴⁰³ Corte di Giust., 1 giugno 1999, c-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd V. Benetton International nv.m. meli*, autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, cit., pp. 145 ss.

⁴⁰⁴ cfr. Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in danno e resp., 1999; più di recente si veda l'obiter dictum contenuto in App. Napoli, 9 febbraio 2006, in danno e resp., 2006, 1133 e ss

⁴⁰⁵ cfr. art. 3 TFUE e protocollo n. 27 allegato al TFUE, nonché art. 1, comma 4, l. 287/1990

soggiacciono alla sanzione civilistica in esame, dovendosi, ad esempio, escludere quelle, come le pratiche concordate, sfornite dei tratti della negoziabilità o alle quali non siano comunque riferibili le categorie di validità ed invalidità.

Mancando una specifica disciplina europea in tema di nullità del contratto, lo statuto della invalidità che fulmina le intese vietate ricade sotto il governo degli ordinamenti nazionali⁴⁰⁶.

Troveranno, quindi, nel nostro ordinamento giuridico, piena applicazione le regole generali dettate dal codice civile in tema di nullità assoluta agli artt. 1418 e ss. c.c., quali quelle sulla legittimazione attiva assoluta, sulla rilevabilità *ex officio*, sulla insanabilità del vizio, sulla natura dichiarativa della sentenza, e la imprescrittibilità dell'azione⁴⁰⁷. All'intesa vietata è applicabile anche la nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c..

Pertanto, la nullità delle intese restrittive opera quale rimedio demolitorio dell'accordo illecito, di cui l'ordinamento non vuole gli effetti in quanto contrastanti con l'utilità sociale e con l'interesse generale alla libera concorrenzialità del mercato. Non si tratta di una nullità di protezione, in quanto la sua *ratio* non si rintraccia nella tutela di una delle parti dell'accordo, ma piuttosto nella necessità di minare la stabilità dei cartelli per evitare effetti restrittivi della concorrenza a danno del benessere sociale⁴⁰⁸, come emerge chiaramente anche dall'analisi economica del fenomeno⁴⁰⁹. La nullità in questione è perciò assoluta e opera *erga omnes*, è imprescrittibile, ha effetto *ex tunc* e può essere rilevata d'ufficio⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Corte di Giust. ce, 30 giugno 1966, c-56/65, Société Technique Minière V. Maschinenbau Ulm GmbH; Corte Di Giust. Ce., 10 Luglio 1997, Palmisani V. Istituto Nazionale Della Previdenza Sociale, 261/95.

⁴⁰⁷ LIBERTINI M., «Le intese illecite», in i contratti della concorrenza, a cura di A. Catricalà E E. Gabrielli, Torino, 2011, 82 ss.

⁴⁰⁸ M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 176.

⁴⁰⁹ R. COOTER -U. MATTEI -P.G. MONATERI -R. PARDOLESI -T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 232.

⁴¹⁰ A.P. KOMNINOS, op. cit., p. 150 e ss.; W. VAN GERVEN, Substantive remedies for the private enforcement of EC antitrust rules before national courts, in *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, ed. by C.D. Ehlermann, I. Atanasiu, Hart Publishing, Oxford . Portland Oregon

Non ha carattere necessariamente parziale, sicché si estende all'intero accordo secondo il criterio della volontà ipotetica delle parti di cui all'art. 1419 c. 1 c.c. In proposito, peraltro, occorre tenere conto che la Corte di giustizia CE ha talvolta richiamato il principio della oggettiva separabilità delle clausole, onde trarre il carattere parziale dell'invalidità. La stessa Corte però ha sempre rimesso ai singoli ordinamenti interni la valutazione della separabilità della clausola⁴¹¹ ha comunque messo in luce che la parzialità non sarebbe volta a protezione di una parte negoziale, bensì a garantire la conservazione del rapporto nella parte in cui esso non è toccato dall'accordo anticoncorrenziale. In virtù di tali caratteristiche quella delle intese può, dunque, certamente definirsi come la nullità europea che meno si discosta dal modello codicistico della nullità sanzione⁴¹². Presenta sì alcuni aspetti speciali, quale il fatto che dipende da elementi estrinseci al contratto, come l'assetto del mercato e la consistenza della restrizione della concorrenza⁴¹³, ma nel complesso,

⁴¹¹ Corte giust. CE, 13.7.1966, C-56/58/64, *Consten-Grundig*; sent. 14.12.1984, C-319/82, *Ciments et Betons*; sent. 30.6.1966, C-56/65, *Société Technique Minière*; caso 56/65 *LTM v. Maschinenbau Ulm*; e caso 319/82 *Kerpen & Kerpen*, nelle quali la Corte ha affermato che la nullità non si estende all'intero contratto ove la clausola anticoncorrenziale sia oggettivamente separabile dalla restante parte dell'accordo secondo i principi dell'ordinamento interno.

Nella Comunicazione del 27.04.2004, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, la Commissione ha ribadito che «quando le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non sono soddisfatte, l'accordo è nullo di pieno diritto. Tale nullità si applica tuttavia ai soli elementi dell'accordo che sono incompatibili con l'articolo 81, purché tali elementi siano separabili dall'accordo nel suo insieme. Se solo una parte dell'accordo è nulla, le relative conseguenze per la restante parte dell'accordo sono stabilite dalla legislazione nazionale applicabile». Cfr.. M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 176. In argomento v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 156; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4a, ed., Utet, Torino, 1996, p. 472 ss.; M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 297; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, p. 635 e ss., 702-703; M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 2, p. 411; G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 3, p. 503 e ss.

⁴¹² Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 741, p. 752-753. Altri profili di specialità della nullità delle intese sono dati dal fatto che essa colpisce anche gli accordi anticoncorrenziali stipulati prima dell'entrata in vigore della l. n. 287/90 quale nullità sopravvenuta *ex nunc* (v. Cass. civ., sez. I, 1.2.1999, n. 827), nonché dal fatto che essa, in attesa dell'autorizzazione dell'AGCM ai sensi dell'art. 4 l. 287/90, si attegga a nullità sospesa: sia permesso un rinvio, per maggiori dettagli, a G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in G. Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Cedam, Padova, 2005, pp. 199 e ss.

⁴¹³ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433; ID., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p.

sotto il profilo della funzione, non si pone quale rimedio di una parte, bensì quale sanzione demolitoria dei cartelli. Sicché segue senza particolari deviazioni il regime della nullità delineato dal codice civile.

Una parte della dottrina ricostruisce, tuttavia, tale nullità conseguente alle intese come speciale⁴¹⁴.

I vincoli di omogeneità delle tutele nell'ambito dell'Unione europea, legati al principio di effettività⁴¹⁵ in una con l'efficacia diretta orizzontale delle disposizioni del Trattato a presidio della concorrenza⁴¹⁶ e con il riconoscimento, oggi esplicito, della competenza dei giudici nazionali⁴¹⁷ nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFEU, propiziano il delinarsi di talune direttive di convergenza "forzata" tra sistema e sistema, per lo più ad opera di indirizzi espressi dalla Corte di Giustizia che si è pronunciata sia in merito all'ampiezza dell'effetto caducatorio sia circa il suo operare o meno retroattivamente.

Per quanto concerne l'ampiezza dell'effetto caducatorio spiegato dalla sanzione civilistica di cui all'art. 101, comma 2, TFEU, la Corte del Lussemburgo fin da una ormai risalente pronunzia, ha chiarito che solo le clausole che immediatamente confliggono con il divieto di cartelli vengono fulminate da nullità, mentre non anche l'intero accordo (contratto) che le contenga, a meno che non si tratti di clausole oggettivamente non separabili dal resto del regolamento negoziale.

237; ID., *La causa nei patti limitativi tra imprese*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit. p. 110; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 203. In giurisprudenza v. App. Torino, 6.7.2000, in *Danno e resp.*, 2001, 1, p. 46.

⁴¹⁴ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 752. Le ragioni per considerare la nullità in parola come speciale sono: in primo luogo perché si stabilisce una nullità ulteriore rispetto a quelle conosciute dal sistema. In secondo luogo perché si legherebbe ad elementi estrinseci del contratto come appunto è l'effetto restrittivo della concorrenza.

⁴¹⁵ Corte di Giust. ce, 16 dicembre 1973, c-33/76, *Rewe-Zentralfinanz Ag V. Landwirtschaftskammer Für Das Saarland*; più recentemente Corte di Giust. 13 marzo 2007, c-432/05, *Unibet (London) Ltd E Unibet (International) Ltd V. Justitiekanslern (Unibet)*

⁴¹⁶ In tal senso l'indirizzo della Corte di giustizia sin dal caso *brt/sabam*: cfr. Corte di Giust., 30 gennaio 1974, c-127/73, *Br V. Sabam E Nv Fonior*,

⁴¹⁷ Art. 6, reg. ce, 1/2003 del 16 dicembre 2002.

Altro “*indirizzo*” della Corte di Giustizia in tema di nullità ex art. 101, comma 2, TFEU è poi quello concernente l’operatività *ex tunc* della stessa sanzione⁴¹⁸. La fattispecie negoziale colpita da invalidità ai sensi della norma citata non è atta a spiegare alcun effetto sin a far data dal tempo della sua venuta ad esistenza; per conseguenza, gli effetti eventualmente già prodottisi al momento in cui venga resa la sentenza dichiarativa possono venire neutralizzati attraverso azioni restitutorie, quali, nel nostro ordinamento, quella di ripetizione dell’indebito oggettivo (art. 2033 c.c.).

La nullità delle intese nella legge 287/1990

Benché in larga misura sovrapponibile a quella contenuta nel Trattato sul funzionamento della UE, la disciplina antimonopolistica interna (legge 287 del 1990) presenta, invero, alcuni tratti di “*singolarità*” giusto in tema di nullità delle intese restrittive.

Una prima (apparente) deviazione concerne la insanabilità del vizio e la pienezza dell’operare *ex tunc* della relativa sanzione (invalidativa); una seconda riguarda i presupposti della comminatoria di nullità, con ricadute sulla sua esatta fisionomia, nell’alternativa tra nullità strutturale da illiceità della causa (*ex art. 1418, comma 2, c.c.*) e nullità testuale o da divieto (*art. 1418, comma 3, c.c.*)⁴¹⁹.

Sotto il primo profilo, la legge 287 del 1990 prevede, all’art. 4, comma 1, che “*L’Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell’art. 2*” le quali rispondano a requisiti di fatto largamente sovrapponibili a quelli che presiedono alle esenzioni individuali *ex art. 101, comma 3, TFEU*.

Mentre, quindi, il principio della esenzione automatica, delineato dal regolamento CE n. 1 del 2003, fa sì che le intese di rilevanza comunitaria le quali soddisfino i

⁴¹⁸ Corte di Giust., 6 febbraio 1973, c-48/72, Brasserie De Haecht V. Wilkin - Janssens (Haecht II).

⁴¹⁹ LIBERTINI M., «Le Intese Illecite», in *I Contratti Della Concorrenza*, a cura di A. Catricalà E E. Gabrielli, Torino, 2011, 82 ss.

requisiti di cui alla citata norma del Trattato (art. 101, comma 3, TFEU), risultino pienamente valide e produttive di effetti, senza la necessaria mediazione di provvedimenti autorizzativi o statuizioni giudiziali (art. 1, comma 2, Reg. CE 1/2003); così non parrebbe potersi dire per le fattispecie “*esentate*” di rilievo meramente nazionale, bisognose di una specifica autorizzazione da parte della Autorità garante.

In altri termini, l’autorizzazione dell’AGCM fungerebbe, per esse, non solo da rimedio necessario ai fini della messa al riparo dalla nullità, altrimenti automatica; ma, in un’ottica tutta interna alla sanzione civilistica, assurge a provvedimento sanante con valenza costitutiva, i cui effetti potrebbero vieppiù retrodatare quantomeno fino alla richiesta formulata dagli stessi privati coinvolti⁴²⁰.

Sotto il secondo profilo, non può non farsi riferimento al fatto che l’enfasi, posta dal comma 2 dell’art. 2 della legge 287/1990, sulla misura dell’effetto distorsivo della concorrenza, spiegato dalle intese vietate (“*impedire, restringere o falsare in maniera consistente*”), rende tale parametro quantitativo parte integrante del divieto dettato dalla norma e, per conseguenza, ne fa un presupposto della comminatoria di nullità ivi prescritta⁴²¹.

Ne esce ulteriormente corroborata la tesi che rinviene in tale fattispecie una ipotesi di nullità c.d. testuale, ex art. 1418, comma 3, c.c., piuttosto che di nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità della causa, atteso che questa ultima, se per l’appunto illecita, tale dovrebbe rimanere a prescindere da qualsivoglia dato quantitativo, qui viceversa discriminante.

Si tratta, nello specifico, di una nullità che, in tanto si profila, in quanto tutti gli elementi costitutivi del divieto stesso risultino integrati dalla fatti concreti. Ebbene, rientrando fra questi ultimi anche l’apprezzamento circa la misura dell’effetto distorsivo (che deve essere “*in misura consistente*”), effettuabile compiutamente

⁴²⁰ CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 91 ss.

⁴²¹ CAMILLERI, *I contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 91 ss.

solo da parte della AGCM, e di conseguenza sembra che possa ritenersi sussistente la pregiudizialità necessaria di una statuizione sanzionatoria della stessa Autorità. Senonché, in merito ad entrambi i profili segnalati, vale a dire tanto in merito alla sopravvivenza del meccanismo autorizzatorio previsto dall'art. 4 della legge 287/1990, quanto alla pregiudizialità amministrativa che sembrerebbe desumersi dalla lettera dell'articolo 2 della medesima legge, il mutato quadro di riferimento comunitario, e segnatamente l'entrata in vigore del regolamento n. 1 del 2003, rende a ben vedere le richiamate disposizioni interne ormai apertamente confliggenti con i principi che ispirano il nuovo ordito normativo, tra i quali spiccano giusto la esplicita esclusione di qualsivoglia pregiudizialità amministrativa ai fini della dell'esperimento dei c.d. *private remedies*, da un canto, e l'automatismo del meccanismo di esenzione individuale, dall'altro⁴²².

La sorte dei contratti a Valle

In dottrina, oggetto di vivace discussione è stata la sorte dei contratti conclusi «a valle» di un'intesa restrittiva vietata diretta a fissare prezzi o altre condizioni contrattuali diverse da quelle che si avrebbero in assenza di tale comportamento illecito⁴²³.

Tema non oggetto di alcuna previsione esplicita né da parte del TFEU, né della disciplina antimonopolistica interna, però di notevole rilevanza pratica, come testimoniato dal crescente interesse prestatovi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003⁴²⁴.

Non v'è dubbio, tuttavia, che la tutela del contraente a valle, terzo rispetto all'intesa e per lo più consumatore finale, assuma uno specifico rilievo nell'ottica di garanzia dell'effetto utile della norma sul divieto di cartelli, nonché nel quadro del nuovo

⁴²² VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, 92-92

⁴²³ In argomento, la bibliografia è particolarmente ampia: si rimanda alle approfondite disamine contenute in TADDEI ELMI, *La Tutela*, 2016, 290 ss.; e, più di recente, in G. ROSSI, op. cit., 191 ss.; e CASTELLI, *Disciplina antitrust*, cit., 41 ss. per una chiara e concisa raccolta delle diverse posizioni riscontrabili in dottrina v. anche Vasques, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. la costituzione lo consente?*, in *Mercato Conc. Regole*, 2013, 470.

⁴²⁴ LIBERTINI M., «Le Intese Illecite», in *I contratti della concorrenza*, a cura Di A. Catricalà E E. Gabrielli, Torino, 2011, 82 ss.;

modello di *antitrust enforcement* europeo, oggi orientato in direzione di rimedi d'indole privatistica⁴²⁵.

Nel panorama continentale, il contributo forse di maggior rigore concettuale nell'approccio al tema in esame proviene dalla letteratura tedesca, che distingue tra contratti attuativi dell'intesa – i c.d. *Ausführungsverträge* o *ancillary contracts*, tra i singoli cartellisti e terzi complici – e contratti a valle in senso stretto⁴²⁶, i c.d. *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza⁴²⁷.

Mentre i primi sono leggibili come un tutt'uno con l'intesa vietata e, dunque, esposti alla medesima sua sanzione; i secondi sono viceversa considerati immuni al dispositivo invalidativo⁴²⁸.

In Italia, la sorte dei contratti che, per lo meno nella determinazione di uno dei contraenti (già parte di un accordo di cartello), diano corso in tutto o in parte a quanto abusivamente concertato a monte, si è imposta all'attenzione della giurisprudenza in almeno due occasioni: la qualificazione – da parte di Banca d'Italia ed AGCM – delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) alla stregua di decisioni di un'associazione di imprese (l'ABI) potenzialmente in grado di condizionare la dinamica negoziale dei rapporti intrattenuti dalle singole banche con la clientela finale⁴²⁹; e l'accertamento – da parte dell'AGCM – di un cartello tra le principali compagnie assicurative nel ramo RCA, consistente nello scambio di informazioni sensibili, preordinato al controllo artificiale della dinamica tariffaria⁴³⁰.

Nell'ambito del variegato panorama delle possibili sorti dei contratti a valle, si è sostenuto, riallacciandosi alle indicazioni contenute nei Trattati e nella L. n.

⁴²⁵ PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla costituzione europea*, Milano, 2005

⁴²⁶ M. LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit.;

⁴²⁷ E. CAMILLERI, *La tutela del contraente a valle di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, Europa e diritto privato, 2007, n. 1, p. 43; A.P. KOMNINOS, *private antitrust enforcement*; LIBERTINI M., *l'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudizi nazionali* in CASTRONOVO C. MAZZAMUTO S, *Manuale di diritto privato europeo* p. 382

⁴²⁸ VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, 92-92

⁴²⁹ Decisione banca d'Italia 3 dicembre 1994, n. 12; parere AGCM 6 ottobre 1994, i105b.

⁴³⁰ Provvedimento AGCM 28 luglio 2000, n. 8456

287/1990 (ove si sancisce la nullità delle intese restrittive della concorrenza) che il consumatore troverebbe tutela nei confronti della propria controparte contrattuale solo attraverso il rimedio della nullità (parziale) del contratto «a valle».

La principale preoccupazione sottesa all'impostazione della nullità contrattuale (riconducibile variamente nel collegamento negoziale con l'intesa a monte⁴³¹, nell'illiceità della causa⁴³² o dell'oggetto⁴³³, ovvero della nullità di protezione quale riflesso di un interesse generale al corretto svolgimento della concorrenza all'interno del mercato) è quella di evitare che la sanzione inerente all'illecito anticoncorrenziale faccia salve le conseguenze pregiudizievoli per la collettività e le singole vittime, riconducibili ai contratti conclusi «a valle»⁴³⁴.

Un primo orientamento, che è parso implicitamente avallato dalle Sezioni Unite nel 2005⁴³⁵, identifica nel contratto a valle lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti distorsivi e, pertanto, colpito esso stesso dalla medesima comminatoria di nullità che fulmina il cartello vietato. Quella del contratto a valle sarebbe, in altri termini, una ipotesi di nullità derivata⁴³⁶, frutto del collegamento negoziale

⁴³¹ Secondo un primo orientamento la nullità dell'intesa a monte si propagherebbe sui contratti a valle in virtù di un collegamento negoziale in senso tecnico esistente tra di essi ed in applicazione del *principio simul stabunt simul cadent*

⁴³² M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433; ID., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237; ID., *La causa nei patti limitativi tra imprese*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit. p. 110; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 203. In giurisprudenza v. App. Torino, 6.7.2000, in *Danno e resp.*, 2001, 1, p. 46.

⁴³³ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 473

⁴³⁴ In giurisprudenza, aprono alla nullità dei contratti «a valle» isolate pronunce: v. per tutte Cass. civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *giur. it.*, 1999, i, 1223, con nota di Libonati. Non risulta chiara l'argomentazione contenuta in sez. un. civ. 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., ove si ravvisa nel contratto concluso con l'assicurato un collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva «a monte», tale da privare il negozio «a valle» di autonomo rilievo giuridico rispetto all'intesa illecita. Tuttavia, la suprema Corte, in chiusura, esclude quella che potrebbe configurarsi come una responsabilità ex art. 1338 c.c., nonché qualsivoglia indebito oggettivo scaturente dal rimedio invalidatorio, sottolineando che la violazione di interessi riconosciuti rilevanti per l'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, un danno ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c. (richiamando sez. un. civ. n. 500/1999).

⁴³⁵ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. più chiaramente già Trib. Roma 24 febbraio 1997. Pone il contratto a valle in stretta continuità con l'intesa illecita che si sta a monte

⁴³⁶ R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit.,

intercorrente tra il cartello ed il contratto che darebbe attuazione compiuta al disegno cospirativo⁴³⁷ In tale ottica una differenziazione di trattamento sul piano della tutela civilistica tra intesa a monte e contratti a valle derivati sarebbe irrazionale e la stessa funzione del diritto *antitrust* sarebbe frustrata⁴³⁸.

Secondo un opposto orientamento, invece, la nullità degli accordi anticompetitivi non si estende ai contratti a valle che hanno una funzione economica ben distinta e priva di profili anticoncorrenziali. La nullità ex art. 2 comma 2 legge antimonopolistica, non sarebbe trasferibile al contratto a valle che rimane a causa tipica. Tale teoria nega la sussistenza di un collegamento funzionale tra intesa a monte e contratto a valle, collegamento che al più sussiste solo sul piano fattuale⁴³⁹. Ciò si poggia oltre sul dato testuale del 101 TFUE che non cita i contratti a valle nonché sul principio di certezza del diritto e stabilità dei mercati, infatti, altrimenti opinando, la nullità sarebbe attivabile da chiunque ed esporrebbe le imprese ad un rischio di obblighi restitutori a catena di ampia portata tanto da non poter essere fronteggiabile con inevitabile danno all'efficienza produttiva e di conseguenza anche agli interessi dei consumatori medesimi⁴⁴⁰.

Ad avviso di altra parte della giurisprudenza e della dottrina, quella che colpirebbe il contratto a valle di una intesa vietata sarebbe piuttosto una nullità diretta ancorché virtuale (ex articolo 1418, comma 1, c.c.)⁴⁴¹, dipendente cioè da un conflitto con

⁴³⁷ Il collegamento è ricostruito non in termini volontaristici e soggettivi ma secondo parametri obiettivi e funzionali ovvero in virtù di una relazione tra le funzioni economiche sociali dei diversi contratti, Torrente, P. Schlesinger, *Manuale Di Diritto Privato*, p. 544

⁴³⁸ La nullità derivata è sostenuta da M. Tavasi, M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della della concorrenza* giuffrè 1998, p. 298; s. BASTIANON S. nullità a cascata? divieti antitrust e tutela del consumatore, nota a Cass. 22 giugno 2003, n. 9384;

⁴³⁹ M.MELI, *Autonomia privata, sistema di invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, giuffrè, 2001 pp 164

⁴⁴⁰ Questo orientamento è sostenuto da E. CAMILLERI, *La tutela del contraente a valle di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, cit.,; M LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti all'illecito antitrust*, cit.,

⁴⁴¹ IANNUCELLI P., *Il private enforcement nel diritto della concorrenza in Italia*, in riv. soc. 2006 pp706 ss; "la nullità del contratto a valle è autonoma e non derivata perché la nullità del contratto a valle è una nullità di derivazione codicistica, secondo il quale la nullità dei contratti stipulati dalle imprese colluse con i terzi estranei discende da un vizio endogeno agli stessi che ne inficia la validità da un punto di vista costitutivo"

una norma imperativa quale l'articolo 2 della legge 287/1990, da cui, al di là della nullità di tipo testuale che vi è contenuta, dovrebbe ricavarsi la sussistenza di una Direttiva imperativa di ordine pubblico economico⁴⁴².

Privo di riscontri giurisprudenziali è, invece, l'indirizzo che qualifica quella dei contratti a valle come una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità parziale dell'oggetto (ad esempio del prezzo per la sua parte sovracompetitiva): se ed in quanto il contratto a valle sia riproduttivo delle determinazioni di un'intesa (a monte) confliggenti con l'articolo 2 della legge 287/1990 (segnatamente le cartellizzazioni del prezzo) esso risulta nullo, per lo meno limitatamente alle clausole già oggetto della convenzione vietata.

Ciascuna delle ipotesi considerate presenta limiti in punto di teoria generale del contratto prima ancora che di praticabilità concreta.

La tesi della nullità derivata postula un collegamento che tecnicamente difetta tra intesa e contratto a valle. Ancorché unilaterale, infatti, il collegamento negoziale suppone che il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, alla realizzazione degli scopi divisati con il contratto principale; senonché, siffatta funzionalizzazione è mancante considerato che il terzo contraente a valle è, solitamente, ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione.

Venendo poi alla ipotesi ricostruttiva della nullità diretta, derivante cioè da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, può ben dirsi come l'articolo 2 della legge 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tenda in realtà ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato. Di talché, quand'anche vi si voglia attribuire una qualche ultrattività rispetto al solo divieto delle intese ed includervi anche quello di dare loro corso, deve aggiungersi come non il singolo contratto attuativo di cartello sia in grado di per sé di generare gli effetti distorsivi che la

⁴⁴² App. Brescia 29 gennaio 2000. In senso contrario v. tuttavia Cass., 11 giugno 2003, n. 9384

norma intende contrastare, bensì la serie di contratti che inveri il disegno distorsivo divisato con l'intesa.

In merito, infine, alla tesi della nullità parziale del contratto a valle, derivante da nullità (parziale) del suo oggetto (artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), deve rilevarsi come essa risulti innanzitutto riferibile solo a una parte delle tipologie di cartello, vale a dire unicamente agli accordi i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi alla concertazione illecita (tipicamente, per non dire unicamente, i cartelli di prezzo). Inoltre anche in relazione al genere di cartelli che possano dirsi rispondere al modello siffatto, occorre rilevare che ciò a cui i cartellisti si impegnano, e che costituisce, dunque, oggetto dell'accordo illecito, è l'uniformazione delle condotte contrattuali, non già i singoli termini convenuti: cioè l'allineamento del prezzo non la fissazione di un determinato prezzo⁴⁴³.

L'azione di nullità nel caso di abuso di posizione dominante

Se è vero che il divieto di abuso di posizione dominante costituisce il secondo pilastro – unitamente a quello sui cartelli – del diritto comunitario della concorrenza e, di riflesso, delle legislazioni antimonopolistiche nazionali, è pur vero che per l'illecito in cui si risolve la sua violazione non è dato rinvenire alcuna previsione normativa concernente le conseguenze civilistiche prodotte⁴⁴⁴.

Tuttavia, secondo l'opinione prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, sarebbe, anche nel caso dell'illecito *antitrust* che si concreti in abuso di posizione dominante, predicabile la sanzione della nullità di pieno diritto⁴⁴⁵.

⁴⁴³ E. CAMILLERI, Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust, in il dizionario della concorrenza a cura di M. Pace, cit.

⁴⁴⁴ Ciò è probabilmente dovuto al fatto che la disciplina comunitaria dell'abuso di posizione dominante è stata influenzata dal modello tedesco, che rimetteva ad un'autorità indipendente le decisioni in materia di abuso di posizione dominante, mentre sulla disciplina delle intese ha pesato il modello francese che già ne prevedeva la nullità: v. M. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 183.

⁴⁴⁵ LIBERTINI M., autonomia privata, e concorrenza nel diritto italiano, in riv. dir. comm., 1998, p. 433

Com'è noto, il *genus* dell'abuso di posizione dominante si divarica nelle due specie dell'abuso da sfruttamento e da impedimento o escludente; in ambo i casi il contratto assume un ruolo cruciale, ora perché alcuni suoi contenuti sono imposti, ora perché il rifiuto stesso della sua conclusione inverte un abuso perpetrato dall'impresa detentrica di posizione dominante. In ambo i casi secondo un'opinione diffusa, sia a livello comunitario che italiano, i contratti che realizzano un abuso di posizione dominante sarebbero nulli per violazione di norma imperativa⁴⁴⁶. In particolare, si tratterebbe di una nullità di protezione, relativa e necessariamente parziale, posta a tutela del contraente vittima dell'abuso. Altri invece ritengono che occorre distinguere tra le due tipologie di abuso, escludente e di sfruttamento⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ L'affermazione della nullità virtuale dei contratti che realizzano un abuso di posizione dominante è abbastanza frequente in dottrina e in giurisprudenza: M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., pp. 433-462; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 340, nt. 116; C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.* 3, 1992, IV, 128-136; GIUSEPPE ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, nota a *Trib. Alba*, 12/1/95, in *Giur. it.*, 3, 1996, I, sez. II, 213-222; A. FRIGNANI, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, pp. 309-398, per il quale, però, la nullità, possibile in teoria, è in realtà di scarsa utilità (v. p. 367); G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante* (L. 10.10.1990 n. 287), in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, p. 447.

In giurisprudenza v. *Trib. Milano* ord. 4/8/00 e 5/9/00, *Europa TV c. Napoli ASC spa*, in *Contratti*, 2/2001, 127; in *Giur. it.*, 2001, 57; in *Riv. dir. comm.*, 7-8/9-10, 2000, 267; *Trib. Roma*, ord. 14/8/2000, *Europa Tv c. Stream spa*, in *Giur. it.*, 2001, 1, 57; *App. Roma*, ord. 16/1/2001, *Stream spa c. Telepiù spa*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, p. 284; *App. Torino*, 6/7/00, *Indaba Incentive Company srl c. Juventus F.C. spa*, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 1, p. 46; *Trib. Milano*, 13/3/1985 in *Dir. comunit. scambi int.*, 1987, p. 439. Per la dottrina comunitaria v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, pp. 159-160. In senso contrario alla nullità virtuale dei contratti abusivi v. l'opinione dell'Avvocato generale WARNER nel caso 22/79, *Greenwich Film Production v. Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, in *ECR*, 1979 p. 3296; R. WISH, *Competition law*, Londra, 2003, p. 296; A. JONES - B. SUFRIN, *EC Competition law. Text, cases and materials*, Oxford, 2008, p. 1325.

⁴⁴⁷ Sulla distinzione tra pratiche di impedimento (o escludenti) e pratiche di sfruttamento nella dottrina antitrust v. VAN BAEL - BELLIS, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law Int., 2005, p. 904; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, p. 481; M. MOTTA - M. POLO, *op. cit.*; P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 139; R. PARDOLESI, *Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, p. 291 e ss. Nella dottrina civilistica M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, ed.it, 2006; EAD., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit.,

Solo in relazione ai primi potrebbe parlarsi di nullità di protezione, mentre i secondi dovrebbero semmai essere affetti da nullità assoluta, a tutela non già della controparte, quanto dell'interesse generale alla concorrenza e di quello delle imprese escluse.

In relazione all'abuso consistente in un rifiuto di contrarre, fattispecie come l'interruzione di fornitura a vecchi clienti⁴⁴⁸, il rifiuto di rifornire imprese non concorrenti⁴⁴⁹, i rifiuti di concedere licenze per lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale⁴⁵⁰, nel caso di *essential facilities*, il rifiuto, non obiettivamente giustificato, alla conclusione di contratti diretti a consentirne e regolarne l'uso ovvero la proposizione di clausole eccessivamente onerose, da parte dell'*incumbent* che quella infrastruttura detenga o controlli⁴⁵¹, risultano illegittimi, e tuttavia, nella molteplicità dei casi si è intervenuto in via cautelare, infatti, tanto la Commissione europea quanto il giudice nazionale si sono trovati ad emanare vere e proprie ingiunzioni di concludere il contratto⁴⁵².

In relazione ai casi ove siano, invece, il contratto ed i suoi termini regolamentari il mezzo della perpetrazione dell'illecito *antitrust* deve dirsi come, nel silenzio della legge, si affaccino anche in tal caso due distinte opzioni interpretative.

L'una tendente a postulare la nullità c.d. virtuale del contratto per contrarietà con norma imperativa (artt. 102 TFEU o 3, legge 287/1990)⁴⁵³; l'altra, viceversa,

p. 185 e ss.; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TOFFOLETTO, *op. cit.*; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., p. 19.

⁴⁴⁸ Corte di Giust., 6 marzo 1974, c-6/73, Istituto Chemioterapico Italiano And Commercial Solvents V. Commission.

⁴⁴⁹ Corte di Giust. UE, 14 febbraio 1978, c-27/76

⁴⁵⁰ Corte di Giust. UE, 29 aprile 2004, c-418/01, Ims Health GmbH V. Ndc Health GmbH, cit.

⁴⁵¹ per tutte Corte di Giust., 26 novembre 1998, c-7/97, Bronner V. Mediaprint; Corte di Giust. UE, 29 aprile 2004, c-418/01, Ims Health GmbH v. Ndc Health GmbH.

⁴⁵² Così è stato ad esempio, ad opera della commissione, nel caso *Bbi/Boosey & Hawkes*, del 1987, commissione 87/500/cee del 27 luglio 1987; ed altrettanto è accaduto ad opera della Corte di appello di Milano nei casi *Novamont E Blevacanze*, App. Milano, Ord., 12 aprile 1995, *Ceit/Novamont-Ciuffo Gatto*; App. Milano 19 Giugno 2001, *Bluevacanze s.p.a. c. i viaggi del ventaglio s.p.a.*, *Turisanda S.P.A. E Hotelplan Italia S.P.A.*

⁴⁵³ Trib. Roma, Ord. 7 Agosto 2000; Trib. Milano 13 Marzo 1985. In senso critico v., tuttavia, Trib. Alba 12 Gennaio 1995.

propensa a scorgere nella condotta abusiva la sola scaturigine di una responsabilità contrattuale a carico dell'impresa dominante.

Risulta, invero, d'ostacolo alla tesi della nullità virtuale (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*) la distinzione concettuale tra regole di validità e regole di responsabilità⁴⁵⁴ distinzione alla cui stregua la violazione di una norma di condotta, qual è certamente quella che fa divieto all'impresa in posizione dominante di tenere condotte abusive, non può che metter capo a risvolti risarcitori, a meno del ricorrere di previsioni normative espresse⁴⁵⁵.

Per altro verso, poi, in punto di politica del diritto, può bene aggiungersi come l'opzione invalidativa riferita al contratto con cui si abusi della posizione dominante, non potrebbe che essere radicale e travolgere cioè l'intero regolamento d'interessi⁴⁵⁶.

Da qui, dunque, il profilarsi di un rimedio contro l'abuso perpetrato che rischierebbe di risultare persino peggiore per la controparte abusata e che si intenderebbe, viceversa tutelare.

È in ragione di questi elementi che, alcuni opinano nel senso che la soluzione della invalidità, non convince. In relazione agli abusi di sfruttamento essa trova un ostacolo difficilmente sormontabile nel fatto che, allo stato dell'arte, la nullità di protezione non può invocarsi in via virtuale per la violazione di norme che pongono regole di condotta a carico di una parte contrattuale⁴⁵⁷. La nullità virtuale *ex art.*

⁴⁵⁴ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724

⁴⁵⁵ Non a caso, infatti, autorevole dottrina reputa che in tanto possa considerarsi nullo in contratto che inveri un abuso di posizione dominante, in quanto se ne riconduca la fattispecie nell'alveo dell'articolo 9, comma 3 l. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica.

⁴⁵⁶ Si noti, per inciso, che la tesi proposta da una dottrina minoritaria, tendente a postulare nel caso di specie, una nullità del contratto con sostituzione automatica di clausole *ex art. 1339 c.c.*, non risulterebbe praticabile, se non altro per il difetto di una fonte sostitutivo-integrativa, preesistente alla decisione giudiziale sulla invalidità.

⁴⁵⁷ Si tratta della tesi ribadita da Cass. Sez. Un., 19.12.2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 785, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. V. in proposito il commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, 104 ss. V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., pp. 536 e ss. chiarisce opportunamente che la sentenza delle Sezioni Unite non ha limitato la nullità virtuale alla violazione di norme imperative attinenti la struttura del contratto e consente di invocare tale

1418, comma 1, c.c. non può infatti derivare dalla violazione di una norma di condotta, né, tanto meno, dalla violazione della regola di buona fede nella fase precontrattuale, ma solo dalla violazione di una regola di validità, ossia di una regola relativa alla struttura o al contenuto del negozio⁴⁵⁸.

L'unico rimedio plausibilmente esperibile dalla vittima dell'abuso, dunque, risulta, essere il rimedio risarcitorio, conseguente alla violazione della norma di condotta, e non già quello invalidatorio⁴⁵⁹, e si dovrebbe intendere quella in esame come una responsabilità di natura contrattuale, ad instar dell'articolo 1440 c.c.⁴⁶⁰.

L'azione cautelare

L'art. 33 della Legge 287/1990 attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria la competenza ad emettere provvedimenti di urgenza in relazione alle violazioni del diritto *antitrust*.

L'opinione prevalente (e, ormai, consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza) ritiene che tale competenza del giudice ordinario (pur nella differenza dei ruoli svolti) sia concorrente e autonoma rispetto a quella dell'AGCM, soprattutto in considerazione della differenza di funzioni e di compiti tra organi amministrativi e

rimedio anche per la violazione delle norme che vietano la stipulazione del contratto in presenza o in difetto di determinate condizioni

⁴⁵⁸ In argomento v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Giuffrè, Milano, 2002, I. LEONCINI, *Reato e contratto*, Giuffrè, Milano, 2006; A. LIBERATI, *Contratto e reato*, Giuffrè, Milano, 2004; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 447 e ss

⁴⁵⁹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 1960, p. 169, notando la diversa disciplina prevista per le intese e per l'abuso di posizione dominante, trae l'idea che i contratti abusivi non possono considerarsi nulli, ma al tempo stesso afferma che «*non credo comunque possa negarsi (ed anche alla controparte dell'imprenditore che ha praticato l'atto abusivo, oltre che agli imprenditori concorrenti) il diritto al risarcimento dei danni*». Nello stesso senso, seppur con riferimento ai contratti a valle delle intese restrittive, Cass. civ., sez. III, 11.6.2003, n. 9384, in *Danno e responsabilità*, 2003, 11, p. 1068.

⁴⁶⁰ E. CAMILLERI, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in dizionario della concorrenza a cura di M. Pace, cit.,

giudice ordinario⁴⁶¹. Pur non essendo richiamata direttamente dalla norma, l'espressione utilizzata (provvedimenti di urgenza) rimanda all'art. 700 c.p.c. Si ritiene che la competenza cautelare delle sezioni specializzate delle imprese, si estenda a qualsiasi provvedimento cautelare in relazione alle controversie in materia *antitrust*⁴⁶², e trova applicazione, inoltre, pur in assenza di un espresso riferimento, la disciplina generale dei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669 bis e ss. c.p.c. ferma restando, ovviamente la deroga alla competenza del tribunale.

Con specifico riferimento alla materia cautelare, deve certamente escludersi che l'autorità giurisdizionale ordinaria possa adottare provvedimenti cautelari intesi ad anticipare gli effetti di provvedimenti emessi dall'AGCM⁴⁶³. La misura cautelare disposta in sede civile, infatti, dovrà sempre essere strumentale e, quindi, funzionale ad una successiva eventuale pronuncia giurisdizionale di merito.

I presupposti per la concessione di una misura cautelare sono gli stessi previsti per le ordinarie misure cautelari, vale a dire il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*⁴⁶⁴. Ovviamente, al pari delle azioni ordinarie, per quanto riguarda la dimostrazione del primo requisito e, quindi, la verosimiglianza della sussistenza di una condotta anticoncorrenziale illecita, occorre distinguere a seconda che l'azione segua (c.d. azioni "follow-on") o meno (c.d. azioni "stand-alone") un preventivo accertamento della violazione delle norme *antitrust* da parte dell'AGCM⁴⁶⁵. I provvedimenti dell'Autorità, infatti, per quanto non siano pregiudiziali nei confronti dell'azione,

⁴⁶¹ cfr. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *foro it.*, 2010, i, c. 1901 (la quale, comunque, parla di "prova privilegiata"), Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *giur. it.*, 2005, p. 1675, con nota di CANALE, App. Napoli 24 novembre 2008, App. Catania 21 settembre 2006, App. Milano 29 settembre 1999, in *dir. ind.*, 1999, p. 338, App. Milano 18 luglio 1995 e App. Milano 8 ottobre 1994, entrambe edite in *foro it.*, 1995, i, p. 276, con nota di barone

⁴⁶² MARZOLINI, op ult. cit. in nuova *giur. civ. comm.*, 07, II, 179

⁴⁶³ App. Roma 14 Gennaio 1993, *Foro It.*, 1993, I, C. 3377, con nota di VALDINA.

⁴⁶⁴ L. ARNAUDO, «Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale», in *riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 983

⁴⁶⁵ F. CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *giur. comm.*, 2008, i, p. 109

agevolano inevitabilmente la prova della condotta illecita in sede cautelare potendo fondare l'emissione di un provvedimento cautelare⁴⁶⁶.

Inoltre, qualora le azioni *follow on* siano basate su provvedimenti emessi dalla Commissione in applicazione del diritto comunitario, in considerazione di quanto previsto dal Reg. 1/2003, il giudice nazionale non può discostarsi dal provvedimento emesso, con conseguente incontestabilità delle violazioni ivi accertate, sia in sede di merito sia, a maggior ragione, in sede cautelare.

Per contro, nel caso di azioni promosse in assenza di provvedimenti dell'autorità (c.d. azioni "*stand-alone*"), l'attore dovrà farsi carico di un compito certamente più complesso dovendo allegare e provare in termini di verosimiglianza i fatti costitutivi della pretesa cautelare e, quindi, l'illiceità della condotta e la potenziale lesività della stessa⁴⁶⁷.

Si discute dell'ammissibilità di una misura cautelare inibitoria in funzione di una successiva azione risarcitoria (come, ad esempio, nel caso di richiesta di cessazione di un comportamento anticoncorrenziale potenzialmente produttivo di un danno per il privato)⁴⁶⁸. La giurisprudenza, pur negando la configurabilità di una tutela inibitoria di merito, ammette la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio strumentale ad un'azione risarcitoria con qualche precisazione⁴⁶⁹. Invero, nessun problema, si ha qualora si sia già prodotto un danno; in tal caso il provvedimento, finalizzato a contenere l'entità del danno, avrà contenuto conservativo rispetto alla pronuncia risarcitoria che sarà emessa nel giudizio di merito.

Più problematico, invece, è il caso in cui il danno non si sia ancora verificato e il provvedimento inibitorio sia richiesto proprio per evitarne la causazione. In tal caso, infatti, il provvedimento inibitorio difetta di qualsiasi strumentalità (sia in funzione

⁴⁶⁶ M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *la tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012

⁴⁶⁷ L. ARNAUDO, «*Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*», in *riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 983

⁴⁶⁸ C. GARILLI, «*Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust*», in *nuova giur. civ.*, 2002, i, p.855

⁴⁶⁹ G. OPPO, «*Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*», in *riv. dir. civ.*, 1993, p. 543

conservativa sia in funzione anticipatoria) rispetto alla futura sentenza di merito (evitando il danno, infatti, non vi potrà essere alcuna sentenza risarcitoria)⁴⁷⁰.

Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare è il c.d. *periculum in mora*, vale a dire la dimostrazione, sempre in termini di verosimiglianza, del rischio di incorrere in un pregiudizio grave e irreparabile nel tempo necessario per ottenere la tutela in via ordinaria⁴⁷¹.

Per quanto attiene ai provvedimenti che possono essere adottati in sede cautelare, le maggiori incertezze si sono riscontrate in relazione ai provvedimenti di tipo inibitorio. Si tratta di una questione connessa alla configurabilità di provvedimenti inibitori definitivi; qualora, infatti, fosse possibile richiedere anche nel giudizio di merito un'inibitoria, allora inevitabilmente tale possibilità dovrebbe essere ammessa anche in sede cautelare, in quanto anticipatoria alla tutela di merito.

In realtà, dopo numerose incertezze, la giurisprudenza, pur escludendo la configurabilità di un'inibitoria di merito definitiva (vale a dire un'azione di merito avente un contenuto esclusivamente inibitorio), ritiene, comunque, ammissibile una tutela cautelare inibitoria purché strumentale ad una successiva azione di nullità o risarcitoria; la strumentalità della misura cautelare, infatti, si osserva sempre in giurisprudenza, non implica necessariamente anche l'identità del contenuto della misura cautelare con il possibile contenuto del successivo provvedimento di merito⁴⁷².

Ancor più discussa è l'ammissibilità di provvedimenti cautelari inibitori a contenuto positivo, vale a dire provvedimenti che incidano sull'autonomia negoziale delle parti imponendo la conclusione di contratti o l'esecuzione di specifiche prestazioni.

⁴⁷⁰ I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente - situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005

⁴⁷¹ L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998

⁴⁷² cfr., in questo senso, App. Milano 5 febbraio 1996; in senso conforme a tale orientamento, pur se con differenti sfumature, si vedano App. Milano 16 maggio 2006, in *giur. it.*, 2007, p. 919, con nota di GUIZZARDI, App. Milano 23 luglio 2005, in *foro it.*, 2006, i, c. 1187, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *foro it.*, 1999, i, c. 2359 e in *riv. dir. comm.*, 2000, ii, p. 29, con nota di GENOVESE, e App. Roma 21 dicembre 1993, in *foro it.*, 1994, i, c. 3518

Sono ammesse misure cautelari positive in relazione a contratti già in essere⁴⁷³. Per converso, la giurisprudenza prevalente esclude l'ammissibilità di provvedimenti che impongano, in via d'urgenza, obblighi di contrarre in quanto, in assenza di una preventiva manifestazione di volontà delle parti, il giudice finirebbe per sovrapporsi indebitamente all'autonomia negoziale delle parti⁴⁷⁴. Nella sostanza, in tali casi difetterebbe il necessario requisito della strumentalità della misura cautelare rispetto alla possibile sentenza di merito non essendo configurabile, salvi i pochi ed eccezionali casi previsti per legge, la possibilità di ottenere in via giudiziale una sentenza di merito che faccia luogo di un contratto non concluso⁴⁷⁵.

⁴⁷³ App. Milano 19 aprile 2005.

⁴⁷⁴ cfr., in questo senso, App. Torino 29 novembre 2000, in *corr. giur.*, 2001, p. 371, con nota di PAGNI e App. Milano, 15 luglio 1992, in *foro it.*, 1992, i, c. 3393, con nota di MATRORILLI

⁴⁷⁵ in questo senso si veda App. Milano 23 luglio 2005, in *rass. dir. farm.*, 2006, p. 15.

Capitolo 4

Cenni comparatistici: il *private antitrust enforcement* statunitense

Il sorgere della Legislazione Antitrust negli Stati Uniti e l'evoluzione: sintesi

Le leggi americane sulla libera concorrenza (c.d. “*Antitrust Laws*”) intendono prevenire, l’illecita formazione e sviluppo di posizioni predominanti o monopolistiche -cioè la creazione o crescita di una posizione commerciale predominante che non sia l’effetto di una maggiore efficienza- o qualunque altro tipo di accordi intesi a sminuire la libera concorrenza del mercato.

Tra le molteplici leggi che disciplinano questa materia le più importanti sono: lo Sherman Act del 1890; il Clayton Act, del 1914; poi modificato dal Robinson-Patman Act del 1936; il Federal Trade Commission Act del 1914 e lo Hart-Scott-Rodino *Antitrust* Improvements Act del 1976.

Le leggi *antitrust* sono fatte rispettare con azioni che possono essere sia amministrative, che civili ed anche penali, dalla Commissione Federale per il Commercio (c.d. “Federal Trade Commission” o “FTC”)⁴⁷⁶, dal Dipartimento della

⁴⁷⁶ Creata nel 1914 con il FTC act, questa commissione ha l’autorità per far applicare, iniziando azioni legali, le leggi antitrust quali il Clayton Act ed il Robinson-Patman Act, come anche lo Sherman Act.

Giustizia (c.d. “Department of Justice” o “DOJ”)⁴⁷⁷, e dai Procuratori Generali dei vari Stati⁴⁷⁸. In ultimo e di particolare rilievo per la sua peculiarità e per i suoi risvolti pratici, anche il comune cittadino (sia esso persona fisica o giuridica) che ritiene e può provare di aver sostenuto dei danni derivanti della violazioni delle leggi *antitrust*, è legittimato attivamente e può dare inizio ad azioni legali per far rispettare le leggi *antitrust* nonché per ottenere il risarcimento dei danni oltre ai danni punitivi. La nascita del diritto antitrust negli Stati Uniti si radica sul finire dell’800 quando si dovette fronteggiare il tentativo delle imprese più efficienti di consolidare il loro potere di mercato mediante il ricorso al *trust* per fini anticoncorrenziali⁴⁷⁹. Attraverso la concessione di deleghe fiduciarie di voto e lo scambio incrociato di partecipazione alle assemblee, gli amministratori di più società concorrenti decidevano insieme le politiche di prezzo e di mercato, restando ciascuno sotto il controllo degli altri. Si creavano così dei veri e propri cartelli mascherati sotto l’uso del *trust*⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ il Doj, cioè il ministero della giustizia americano, è responsabile per l’applicazione dello Sherman Act e condivide con la FTC e con altre agenzie federali, l’autorità in materia di Clayton Act. A seconda delle particolari situazioni e dei tipi di violazioni o del tipo di mercato che ne è coinvolto, il doj e la FTC decidono quale delle due agenzie investigherà condotta in violazione delle leggi antitrust. Tuttavia solo il doj può agire penalmente e lo fa solitamente quando le prove siano sufficienti a superare l’onere molto più elevato tipico di un’azione penale, altrimenti può decidere di agire civilmente per l’imposizione di una sanzione risarcitoria del danno causato

⁴⁷⁸ Alla stregua dei privati cittadini, anche gli stati ed altre suddivisioni amministrative, per esempio i comuni, possono agire civilmente per il recupero dei danni che ritengono di aver subito, quali acquirenti di beni, per comportamenti che contravvengono il Clayton Act. Si ricorda che essendo le leggi antitrust di natura federale la loro applicazione a livello penale viene rimessa unicamente al governo federale. La maggioranza delle cause civili introdotte dai procuratori generali statali intendono recuperare quale risarcimento di un danno i maggiori costi che lo stato o sue suddivisioni amministrative, ha sostenuto a causa di manipolazioni dei prezzi. Gli stati hanno anche la legittimazione attiva per agire a favore di singoli cittadini –persone fisiche - che abbiano subito un danno a causa della violazione di una norma dello Sherman Act

⁴⁷⁹ Alcune attività commerciali in forte sviluppo, tra le quali in particolare la ferroviaria, petrolifera e del tabacco, avevano deciso di evitare la reciproca concorrenza unendo le forze e le varie società concorrenti, consolidandole in entità più grandi. Il c.d. “*standard oil trust*”, che fu costituito nel 1882, è stato il precursore delle odierne società partecipate (c.d. “*holding company*”). Le azioni di nove società petrolifere fino allora in concorrenza tra loro, vennero fatte confluire e gestire da un fedecommesso (c.d. “*trust*”) costituito ad hoc. Il consiglio dei fiduciari prendeva le decisioni per tutte le nove società riunite nel trust, dando così vita ad un monopolio

⁴⁸⁰ G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Bologna, 1998, p. 105 ss.

Se la *common – law* proteggeva già la libertà di contratto delle parti e la libertà dei terzi contro le pratiche di boicottaggio, lo *Sherman act* nel 1890 si propose⁴⁸¹ di colpire ogni *contratto, combinazione o cospirazione* che limitasse il commercio fra i vari Stati ed ogni attività volta a creare o a tentare la creazione di una posizione di monopolio (*monopolization o attent to monopolize Sez. 2*)⁴⁸².

Le sanzioni erano di tre tipi: un'azione penale e un'azione civile, munita di *injunction*, da parte dello Stato federale; un'azione privata con effetti punitivi volta ad ottenere il triplo del danno subito promossa da chiunque fosse danneggiato.

Le successive disposizioni (il *Clayton act*⁴⁸³ del 1914) integrarono la disciplina con un duplice effetto. Le regole divennero analitiche ma più flessibili grazie al criterio

⁴⁸¹ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, p. 38 ss.

⁴⁸² L'articolo 1 dello Sherman Act proibisce qualsiasi accordo che irragionevolmente limiti il libero commercio. Perché ci possa essere una violazione dell'articolo 1, almeno due parti devono essere coinvolte nella formulazione di un accordo illegale per concordare i prezzi di un determinato prodotto, o per ridurre la produzione a livelli prestabiliti, oppure per ripartirsi i mercati, o per rifiutare rapporti commerciali con terzi non fanno parte dell'accordo illegale.

L'articolo 2 dello Sherman Act, vieta i monopoli, il tentativo di costituire monopoli o qualsiasi accordo volto a dare vita ad un monopolio. Questo articolo, a differenza dell'articolo 1, si applica alla condotta anche di singole persone fisiche o giuridiche, indipendentemente da accordi con terzi, che cerchino di monopolizzare il mercato o condurre trattative a ciò finalizzate. dal 2004, le sanzioni connesse alla violazione dell'articolo 1 o dell'articolo 2 possono consistere: a) in ammende fino a 10 milioni di dollari per le società e 350.000 dollari per i singoli individui; b) in pene detentive fino a tre anni; c) o in una combinazione di pena pecuniaria e pena detentiva. i c.d. "corporate officer" [deep link to ice - i - il diritto societario negli stati uniti (u.s. corporate law)] (ricoprenti le cariche operative in una società, quali quelle di presidente, vicepresidente, e tesoriere) rispondono penalmente per la condotta della società e spesso la sanzione pecuniaria a carico della società è combinata con la comminazione di una pena detentiva a gli "officer".

⁴⁸³ L'articolo 3 del Clayton Act proibisce determinati accordi di esclusiva e rende illecito per un venditore stipulare contratti per la vendita di merci o che stabiliscano il prezzo di vendita di tali merci qualora si richieda che l'acquirente non intrattenga rapporti commerciali con concorrenti del venditore. Questa norma si applica solo nel caso in cui l'accordo tra le parti limiti sostanzialmente la concorrenza o crei un monopolio.

L'articolo 4 del Clayton Act crea il diritto ad un'azione per il risarcimento del danno per coloro che provino di aver subito un danno nella propria attività commerciale a causa della violazione della normativa federale antitrust. Il risarcimento può ammontare fino ad un triplo dei danni subiti, oltre al rimborso delle spese legali.

L'articolo 7 proibisce fusioni od acquisizioni che possano diminuire sostanzialmente la concorrenza o tendere alla creazione di un monopolio.

L'articolo 8 (aggiunto nel 1980), proibisce ad una persona fisica di svolgere contemporaneamente il ruolo di "director" (cioè di amministratore) od officer di due o più società qualora: (1) la somma di capitale, riserve ed profitti di ciascuna delle due o più società è superiore ai 10.000.000 di dollari; (2) ognuna delle società svolga attività commerciale; e (3) le società siano tra loro concorrenti.

della ragionevolezza recepito dalle corti ed espresso da una formula che “presupponeva un apprezzamento obiettivo basato su considerazioni economiche” e un giudizio di discrezionalità “circa la portata più o meno sostanziale di certe pratiche limitative”⁴⁸⁴.

Il *Federal Trade Commission act*⁴⁸⁵ dichiarò, sempre del 1914, illegali “gli sleali metodi di concorrenza nel commercio” e nel 1938 la fattispecie fu modificata fino a reprimere “gli atti e le pratiche sleali e ingannevoli” aprendo la possibilità di tutela ai consumatori⁴⁸⁶.

Gli sviluppi successivi sono scanditi da ulteriori disposizioni normative tra cui il *Robison Patman Act*⁴⁸⁷ che ha modificato il *Clayton act*, lo *Hart-Scott-Rodino*

⁴⁸⁴ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 46

⁴⁸⁵ L'articolo 5 del “*Federal Trade Commission Act*” o “FTC act” sancisce, peraltro in modo alquanto generico, l'illegalità di “metodi scorretti di concorrenza” e “di azioni o pratiche scorrette o ingannevoli.” nella sostanza ed in base al FTC act, la commissione federale per il commercio (c.d. “FTC”) può intentare azioni legali qualora accerti una condotta proibita sia ai sensi del Clayton Act che del Robinson-Patman Act, oltre che ai sensi del FTC act. Inoltre, benché la FTC non abbia diretta competenza in materia di Sherman Act, grazie all'articolo 5 del FTC act, può di fatto e di Legge considerare ed agire qualora una condotta violi apertamente anche quanto previsto dallo Sherman Act. Di fatto, la previsione normativa di cui al FTC act è talmente generica che anche qualora una condotta non violi le previsioni specifiche delle summenzionate normative contro la concorrenza, la FTC potrà sempre giudicare la condotta scorretta od ingannevole.

⁴⁸⁶ G. BERNINI, op. cit., p. 69

⁴⁸⁷ Il Robison Patman Act, da alcuni studiosi americani ritenuto non confacente alla realtà economica e di mercato, proibisce qualsiasi tipo di discriminazione basata sul prezzo di vendita di prodotti “dello stesso grado e tipo di qualità”, destinati alla vendita od uso nel mercato statunitense, qualora da ciò ne possa derivare un danno sostanziale alla libera concorrenza. Sono sei gli elementi di prova di un'azione in base a questa Legge e cioè: 1) che l'operazione commerciale in questione abbia luogo tra due o più stati; 2) che esista una differenza nel prezzo (che può essere anche una differenza nei termini di credito, o sconti, o rimborsi o costi di trasporto); 3) che siano state completati almeno due acquisti (non avendo rilievo le offerte a cui non abbia fatto seguito un effettivo acquisto, né vendite in conto deposito, locazioni o licenze); 4) che l'acquisto sia di beni che la vendita di servizi, assicurazioni, strumenti finanziari o beni immobili non è regolato dal Robison Patman Act; 5) i beni siano sostanzialmente simili per quel che riguarda la loro qualità (prodotti riportanti un marchio d'impresa sono considerati allo stesso modo di quelli che non hanno alcun marchio); ed infine, 6) l'uso o la vendita dei prodotti deve avvenire negli Stati Uniti.

Il Robison Patman Act non si applica a vendite in esportazione né a vendite nelle quali un'acquirente sia negli stati uniti mentre l'altro all'estero. Si tenga tuttavia presente che il Robison Patman Act trova applicazione ogni qual volta un venditore intenda proporre prezzi diversi, sconti o termini di credito ad acquirenti negli stati uniti.

*Act*⁴⁸⁸, e soprattutto dall'attività delle Corti di Giustizia e della *Federal Trade Commission*, seppur difficile da ricostruire in un quadro organico e lineare di principi⁴⁸⁹.

Sono, comunque, sostanzialmente tre le linee di pensiero che si sono susseguite con maggiore frequenza: la "*rule of reason*", la "*per se condemnation*", la "*economy efficiency*".

La *rule of reason* era tesa a valorizzare le peculiarità del caso singolo con i possibili criteri dell'intento illecito di chi pone in essere l'accordo o dell'effetto che da esso deriva⁴⁹⁰. Le attività che non influiscono chiaramente sulla libera concorrenza sono solitamente analizzate in base al criterio detto della ragionevolezza della attività posta in essere e della quale si valutano eventuali conseguenze anticoncorrenziali.

⁴⁸⁸ Lo Hart-Scott-Rodino Act (c.d. "HRS Act") stabilisce che le parti intenzionate ad acquistare azioni (c.d. "stock purchase") o gli attivi societari (c.d. "asset purchase"), o fondere due o più società, sono tenute farne notifica alla commissione federale per il commercio (c.d. "FTC") nonché alla divisione antitrust (c.d. "antitrust division") del dipartimento di giustizia (c.d. "department of justice" o "doj") prima di finalizzare l'operazione d'acquisto o fusione.

La notifica è richiesta al sussistere di determinati prerequisiti concernenti il valore della transazione e la dimensione commerciale delle parti coinvolte nella transazione. In particolare e dal 2004, il prerequisito del valore si applica ad operazioni che abbiano un valore di almeno cinquanta milioni (usd. 50.000.000) di dollari. Quanto alla dimensione delle parti, invece, si devono prendere in considerazione le dimensioni dell'intero gruppo societario della parte acquirente così come della cedente (c.d. "target"). Fanno parte del gruppo quali controllate, tutte le società di cui è detenuta, direttamente od indirettamente, il 50% o più delle azioni con diritto di voto, o si abbia il diritto di eleggere almeno il 50% dei "director" della società. Qualora una delle parti, anche intesa come gruppo, disponga di un attivo a livello internazionale o di vendite nette internazionali per un valore di almeno cento milioni (usd. 100.000.000) di dollari e l'altra parte abbia a sua volta un attivo o vendite nette internazionali per un valore di almeno dieci milioni (usd. 10.000.000) di dollari, in questo caso il prerequisito è provato. Qualora sia richiesto il deposito di documentazione, entrambe le parti saranno tenute a fornire alla FTC ed al doj: informazioni dettagliate relative alle loro attività, ivi inclusi ricavi negli stati uniti derivanti da tutte le società anche non americane, per l'anno fiscale più recente nonché per l'anno 1997 fissato come anno di paragone standard; una lista di tutte le società controllate a livello mondiale; una lista di tutti gli azionisti di minoranza (cioè azionisti con più del 5% ma meno del 50% delle azioni della società); e una lista di ogni altra società in cui ognuna delle controllate detenga più del 5% ma meno del 50% delle azioni con diritto di voto

⁴⁸⁹ G. VETTORI, *Contratto e responsabilità: il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti degli investitori e delle imprese deboli, oltre il consumatore*, cedam, 2013, p. 1761

⁴⁹⁰ v. Caso *Mitchel V. Reynolds*, 1 p. wms. 181, 24 erg. rep. 347 (k. b. 1711) citato da G. BERNINI, op. cit., p. 92 ed ivi il contenuto della massima "*tutti gli accordi contrattuali ove si riscontri una mera restrizione del commercio e niente di più, sono invalidi. Tuttavia questa presunzione è esclusa se circostanze specifiche dimostrano che il contratto è ragionevolmente proficuo per gli interessi della collettività*".

L'indagine è diretta a comprendere se una determinata limitazione promuova o, invece, riduca la libera concorrenza. La regola sulla ragionevolezza dell'attività esaminata si applica a restrizioni verticali del commercio, ovvero tra parti che siano su diversi livelli nella catena di distribuzione, come ad esempio produttore e distributore, o commerciante all'ingrosso e commerciante al dettaglio, e a quelle su livelli orizzontali che non sono analizzate in base alla norma sulla responsabilità oggettiva⁴⁹¹.

La *per se condemnation* è ispirata dalla necessità di reagire all'incertezza di soluzioni discrezionali, distinguendo oggettivamente le situazioni di legittimo potere da quelle di illecito predominio⁴⁹². Le *per se condemnations* sono azioni ritenute talmente dannose alla libera concorrenza che la sola esistenza del fatto è prova sufficiente della responsabilità del convenuto il quale non potrà giustificare le proprie azioni. In base alla normativa sulla responsabilità oggettiva, una limitazione della concorrenza è considerata irragionevole senza che vi sia la necessità di effettuare alcuna indagine sull'effettiva esistenza del danno o le motivazioni commerciali per l'azione. La parte convenuta potrà solo cercare di limitare l'ammontare del risarcimento.

⁴⁹¹ tipiche dell'esame in base al "rule of reason": accordi verticali legati a territori o clienti (p.e., esclusiva per determinati territori o aree di primaria responsabilità); risoluzione di accordi di rivendita (c.d. "dealer") o rifiuto unilaterale a condurre affari con certe parti; accordi che legano un prodotto ad un altro (c.d. "tying arrangement"), cioè che condizionano la vendita all'acquirente di un prodotto all'acquisto di un altro prodotto; le esclusive, cioè i casi in cui il venditore accetta di vendere i suoi prodotti solo a condizione che l'acquirente accetti di non acquistare lo stesso prodotto da altri rivenditori, le pratiche monopolistiche o tentativi di creare dei monopoli in tutti i summenzionati casi, l'attore deve provare che la condotta del convenuto viola una normativa antitrust e che ha già causato, o può causare con ogni probabilità un effetto sostanzialmente avverso alla libera concorrenza e più generalmente al mercato (ed in ultima analisi, ai consumatori) – e non soltanto all'attore stesso. Il convenuto avrà l'opportunità di dimostrare quali siano le condizioni dello specifico mercato per il prodotto in questione (ivi inclusa la percentuale che il convenuto ha sul mercato) e le giustificazioni economiche per aver tenuto una determinata condotta. Tale analisi richiede la testimonianza di economisti, esperti in statistica ed altri esperti del settore commerciale in questione. L'intero procedimento comporta tempi e costi ragguardevoli. In ultima analisi in casi controllati dalla "rule of reason", la domanda che ci si deve porre è se gli effetti negativi per la libera concorrenza siano maggiori o minori dei benefici che questa può trarre dalla condotta che viene esaminata.

⁴⁹² G. VETTORI, Contratto e responsabilità, op.cit.

In generale, la normativa sulla responsabilità oggettiva trova applicazione nei casi di “*limitazioni orizzontali alla libera concorrenza*” – ovvero i casi in cui le parti sono concorrenti o sono comunque parte dello stesso livello nella catena di distribuzione⁴⁹³.

La valutazione ispirata alla *economy efficiency* è stata teorizzata dalla Scuola di Chicago che ancora anima il dibattito sulla legislazione *antitrust* in ogni parte del mondo⁴⁹⁴.

Per decenni la giurisprudenza americana ha oscillato fra la protezione dei piccoli produttori e commercianti e la teoria economica neoclassica che reputava necessario colpire non tanto la libertà di contratto, ma l’intesa che “*consenta al prezzo di collocarsi più in alto di quanto accadrebbe attraverso l’incontro non pregiudicato fra domanda e offerta*”⁴⁹⁵. Si sono distinte nella repressione le intese orizzontali, vietate per sé, e le intese verticali⁴⁹⁶, illecite solo quando si fosse pregiudicata la libertà del rivenditore, ma si è tornati sempre, seppur con oscillazioni continue, al desiderio di proteggere la concorrenza, attraverso la tutela “*di sane, piccole imprese locali*” con un “*ritorno, spesso, alle finalità originarie del Clayton act*”⁴⁹⁷.

D’altra parte la teoria dell’efficienza, elaborata sin dagli anni cinquanta ripensando su base casistica i principi dell’economia classica, ha determinato una svolta nel pensiero e nella giurisprudenza dominante che ancora una volta però, non ha accolto in modo univoco tali insegnamenti⁴⁹⁸. Gli economisti di Chicago definiscono restrittiva in termini economici unicamente “*la pratica, concentrata o unilaterale,*

⁴⁹³ Vi rientrano ad esempio: accordi tra concorrenti per fissare il prezzo di vendita di un prodotto, accordi tra concorrenti per ridurre o limitare la produzione, accordi tra concorrenti per ripartire i mercati o la clientela, accordi tra concorrenti per boicottare od escludere altri concorrenti.

⁴⁹⁴ G. VETTORI, *Contratto e concorrenza, in contratto e responsabilità*, op. cit., p. 1761

⁴⁹⁵ A. MARSHALL, *Principi di economia, Torino, 1972, trad it. di Principle Of Economics, London – New York, 1980*, cit. Da G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, cit. p. 22.

⁴⁹⁶ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 178 ss.

⁴⁹⁷ G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Bologna, 1998, p. 22

⁴⁹⁸ G. VETTORI, *Contratto e concorrenza, in contratto e responsabilità*, cit., p. 1762

*che restringe ad libitum di qualcuno la produzione di un bene o di un servizio con conseguente possibilità di incremento dei prezzi*⁴⁹⁹.

In tale ottica, la concorrenza è assunta come valore in sé e si reputa che la sua disciplina debba essere depurata da ogni contaminazione, cercando altrove gli strumenti per realizzare la libertà di contratto e l'efficienza democratica. L'analisi economica del dritto rafforza questa convinzione. L'indicazione che tale metodo fornisce è quella di preferire tra le diverse possibili discipline o soluzioni interpretative quella più efficiente idonea a massimizzare il benessere collettivo. Quando c'è un semplice trasferimento di ricchezza *“in cui qualcuno perde quello che qualcuno guadagna”* l'indicazione è di non intervenire⁵⁰⁰. Ciò perché non sarebbe efficiente la creazione di un apparato complesso e costoso come l'*antitrust* se il suo scopo si sostanziasse solo nel dare ad alcuni, i consumatori, quello che viene tolto ad altri, le imprese. Il suo compito è l'aumento delle utilità per tutti mentre la giustizia distributiva è un fine di altre forme giuridiche⁵⁰¹.

Dopo le incertezze del caso *Kodak*⁵⁰², le tesi di *Posner*⁵⁰³ nel successivo caso *State Oil v. Khan*⁵⁰⁴, sono state accolte dalla Corte suprema la quale mutando orientamento ha sottratto al divieto *“per sé”* la fissazione del prezzo massimo in un'intesa verticale che è per lo più giustificata *“dalla migliore qualità del servizio*

⁴⁹⁹ G. AMATO; *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 26

⁵⁰⁰ F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2003, p. 124

⁵⁰¹ F. DENOZZA, op. ult. cit.

⁵⁰² *Eastmak Kodak Co. V. Image Technical Service Inc.* 112 S. Ct 2072 1992 ove si restringe il mercato rilevante sul quale valutare comportamenti dell'impresa dominante.

⁵⁰³ Economista e giudice federale statunitense (n. New York 1939). Nel 1969 ha iniziato a insegnare alla law school della university of chicago, dove è divenuto tra i principali fautori e poi maggiore esponente del movimento del 'diritto ed economia' (*law and economics*). Nel 1972, quando questo orientamento di ricerca era ancora alle origini, ha pubblicato un manuale (*economic analysis of law*) in cui, attraverso gli strumenti microeconomici, ha affrontato diversi campi del diritto, da quello privato a quello costituzionale, e il suo lavoro è rimasto un punto di riferimento per chi si occupa di 'analisi economica del diritto'. Lo studio di Posner si fonda sul concetto che il diritto può essere inteso come strumento finalizzato a promuovere l'efficienza economica. Tale prospettiva è valida in particolare per il diritto civile, che si riesce a comprendere molto meglio se si immagina che esso sia stato dettato da un legislatore preoccupato dell'efficienza economica.

⁵⁰⁴ *State Oil Company V. Khan*, s. ct. l. ed. 2d 27 1997

reso ai clienti”⁵⁰⁵, mentre le intese orizzontali mantengono una potenziale illiceità, non senza un certo scetticismo “*ispirato al costo che l’osservanza dei cartelli impone sempre ai suoi membri*”⁵⁰⁶.

Purtuttavia se il percorso dell’*antitrust* americano si è, in tal modo, allontanato dalle origini e se il dogma dell’efficienza è quello che più si adegua alle attuali tendenze del mercato americano, non si può dimenticare che la Corte Suprema, le altre Corti e il Congresso “*hanno difeso l’antitrust*” come un tronco vitale non soggetto all’identificazione con una prospettiva di economicismo esasperato⁵⁰⁷.

L’efficienza allocativa, tuttavia, non è mai stata e non è, nemmeno oggi, l’unica finalità della legge *antitrust* che ha una pluralità di anime⁵⁰⁸.

Il Private antitrust enforcement nel modello americano

Il modello americano⁵⁰⁹ è fondato proprio sul *private antitrust enforcement* e sulle azioni risarcitorie cui è assegnata una funzione deterrente e general-preventiva oltre che punitiva più che compensativa.

Le azioni private in quell’ordinamento sono, infatti, supportate da strumenti come i danni punitivi, la *class actions* di tipo *opt out*, le particolari regole riguardanti la legittimazione ad agire, volte alla individuazione del soggetto maggiormente

⁵⁰⁵ V. Caso United States V. Arnold Schwinn & Co. 388 u.s. 365, 1967 dove la Corte dichiarò illegittime le restrizioni verticali che assoggettavano il distributore al produttore e il caso Continental Tv Inc. V Gte Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 1977, in cui fu ribaltato il precedente con una chiara adesione alla scuola di Chicago.

⁵⁰⁶ G. AMATO, Il potere e l’antitrust, cit., p.27

⁵⁰⁷ G. AMATO, opera ult. cit., p. 38

⁵⁰⁸ G. ROSSI, *Le regole del mercato fra Europa ed America, relazione introduttiva al convegno “antitrust e globalizzazione”* del 19 settembre 2003, pubblicato su la repubblica del 20 settembre 2003, p. 15.

⁵⁰⁹ sul sistema rimediabile americano e per una sua comparazione con il sistema europeo: H.L. BUXBAUM, *Private enforcement of competition law in the United States, of optional deterrence and social costs, in private enforcement of EC competition law* edited by j. Basedow, Kluwe Law Int. the netgerlands, 2007, p.44; D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in the enforcement of competition law in Europe* edited by T.M.J. Mollers A. Heinemann, Cambridge University Press, 2007, E. ELHAUGE – D- GERARDIN, *Global competition law and economics, hart publishing, Oxford And Portland, Oregon, 2007, p.11;*

incentivato all'azione piuttosto che del soggetto danneggiato in concreto⁵¹⁰. Tanto che l'attore privato svolge il compito di vero e proprio *private attorney general* in funzione deterrente⁵¹¹ mentre la funzione compensativa del risarcimento passa del tutto in secondo piano.

La norma che rappresenta il fondamento delle azioni risarcitorie nell'ordinamento statunitense è l'art. 4 del *Clayton Antitrust Act* del 1914 che prevede il diritto ad un'azione per il risarcimento del danno per coloro che provino di aver subito un danno nella propria attività commerciale derivante dalla violazione della normativa federale *antitrust*.

La norma, sin dalla sua originaria formulazione, stabilisce che la misura del risarcimento debba (la norma usa il termine "*shall*") ammontare al triplo dei danni effettivamente subiti dalla vittima, oltre a prevedere un rimborso dei costi dell'azione, comprese le spese legali sostenute⁵¹².

Sicuramente, una delle ragioni alla base del successo delle azioni risarcitorie negli Stati Uniti è la facoltà riconosciuta al danneggiato di ottenere, a titolo risarcitorio, una somma triplicata rispetto all'ammontare del danno effettivamente subito. Questa previsione dei c.d. danni multipli, prospettata sin dalle origini nel sistema americano, con il *Clayton Act*, rappresenta un fondamentale incentivo al ricorso alle azioni private e, in definitiva, un rafforzamento complessivo del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust* statunitense.

⁵¹⁰ cfr. casi: *Associated General Contractors Of Cal V. Cal State Council Of Carpenters* (459 us 519, 536 n. 33 1983) *Holmes V Sipc* (503 us 528, 272, n.20 1992) in cui la Corte suprema usa ha elaborato il criterio della *proximity causation* per affermare la legittimazione ad agire solo dei soggetti più vicini all'infrazione e quindi più incentivati; e i casi *hanover Shoe V. United Shoe Machinery Corp.* (392 us 481, 88 s. ct. 2224, 20 l.ed.2nd 1231, 1986) e *Illinois Brick Co. V. Illinois* (431 us 720, 97 s. ct. 2061, 52 l.ed.2d 707, 1977), nei quali la Corte suprema ha affermato la *indirect purchaser rule* (o *passing on doctrine*) ossia la regola in base alla quale hanno diritto al risarcimento solo i contraenti diretti dell'autore dell'infrazione e no i contraenti indiretti, in quanto maggiormente incentivati e maggiormente in grado di esperire azioni vittoriose.

⁵¹¹ D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law*, cit., p. 437

⁵¹² art. 4 *Clayton Act*: «any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the us and shall recover threefold the damages by him sustained, and the costo of suit, including a reasonable attorney's fee».

La c.d. *treble damage action*, da un lato, ha la funzione di disincentivare le imprese dal tenere comportamenti dannosi, col timore di essere condannate a un risarcimento così gravoso e, dall'altro lato, mira a temperare le difficoltà proprie del procedimento di liquidazione dal danno subito, garantendo con maggiore certezza il pieno ristoro dell'attore.

Altro importante strumento di deterrenza proprio del panorama americano è dato dalla condanna di ciascuna impresa ritenuta solidalmente responsabile dell'infrazione a risarcire tre volte l'intero danno causato dalla violazione imputabile a una molteplicità di imprese. Questo comporta, a favore del danneggiato, la liquidazione di un danno extra compensativo e disincentiva ulteriormente le imprese a partecipare a cartelli, in quanto, in caso di accertamento dell'intesa, ciascuno dei partecipanti sarà condannato a risarcire il danno cagionato alla vittima per intero e non solo nei limiti della sua quota di responsabilità.

Ulteriore importante fattore di deterrenza, da un lato, e di incentivo alle azioni private, dall'altro, è rappresentato dai *punitive damages* (danni punitivi o esemplari), ossia quella somma che, in aggiunta al risarcimento del danno, le corti possono obbligare a corrispondere alla vittima di un illecito, allo specifico scopo di punire il danneggiante e di scoraggiare simili comportamenti futuri.

In genere le corti americane tendono a ingiungere il pagamento di tali somme, a titolo punitivo, solo nei casi di violazioni più gravi e riprovevoli, quando l'infrazione sia stata dettata da un "*evil motive*"⁵¹³ o quando sussistano circostanze di aggravio, scandalo o disprezzo dell'interesse altrui ("*reckless indifference to the rights of others*") o, ancora, quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri. I danni punitivi rappresentano una reazione dell'ordinamento rispetto a condotte

⁵¹³ cfr. Second American restatements of torts, par. 908: «punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant».

particolarmente riprovevoli e il loro ammontare dipende non tanto dal danno effettivamente subito dalla vittima quanto piuttosto dalla gravità e riprovevolezza della condotta posta in essere.

Nel sistema americano, circa il 90% degli illeciti *antitrust* non viene accertato dall'autorità pubblica (*Department of Justice o Office of Fair Trading*) ma dalle corti nell'ambito di azioni private (*azioni stand-alone*), con la conseguenza che l'autore dell'infrazione non è esposto in questi casi a sanzioni penali o amministrative, ma al solo ristoro del danno nei confronti della vittima.

Da più parti, è stata criticata la razionalità e l'opportunità della liquidazione di danni punitivi negli U.S.A. e sono stati sollevati, in più occasioni, dubbi di costituzionalità su cui la Corte Suprema⁵¹⁴ è stata chiamata a pronunciarsi.

In particolare, nel 1989 la Corte suprema ha esaminato la conformità degli *exemplary damages* rispetto all'VIII emendamento, secondo il quale «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*» ed ha ritenuto infondata l'eccezione di incostituzionalità, riferendosi l'emendamento alle pene irrogate dallo Stato e non alle controversie tra privati. In un'altra importante occasione⁵¹⁵, è stata sciolta la questione di costituzionalità, affermando che la previsione di danni punitivi non rappresenta una violazione della *due process clause* di cui al XIV emendamento, a condizione però che i *punitive damages* non siano liquidati in una somma dieci volte o più superiore a quella accordata per il risarcimento del danno effettivo.

Un altro potenziale incentivo al *private antitrust enforcement* è costituito dal regime probatorio ed in particolar modo dal sistema della c.d. *discovery*.

Grazie a questo strumento, l'attore gode della facoltà di richiedere l'esibizione di prove a controparte, con l'effetto pratico di costringere quest'ultima a fornire notevoli quantità di informazioni. Il parametro per valutare se sussista tale l'obbligo, oggetto di accertamento nel c.d. processo di "*pre trial discover*", consiste nello

⁵¹⁴ Supreme Court of United States, 26 giugno 1989, *Browning-Ferris V. Kelco*

⁵¹⁵ Supreme Court of United States, 7 aprile 2003, *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Inez Preece*.

stabilire se le informazioni richieste possono ragionevolmente condurre ad una prova “*ammissibile*”, ossia ad una prova che può essere presentata in giudizio.

Questo meccanismo consente spesso di acquisire numerose informazioni che possono essere impiegate sia nella medesima causa, oppure per altre ragioni di natura strategica.

Risultano evidenti le differenze con il sistema europea, anche a seguito della Direttiva 104/2014/UE.

Conclusioni

Osservazioni critiche alla Direttiva sul Private Antitrust Enforcement

In materia di danno derivante dalla violazione delle regole *antitrust* la scelta del Legislatore comunitario è stata ritenuta meno coraggiosa e meno invasiva di quanto avrebbe potuto essere, perché ha disciplinato solo alcuni degli elementi dell'illecito e alcuni aspetti del danno, perdendo l'occasione di dettare una disciplina dell'illecito in modo completo⁵¹⁶. In particolare il legislatore europeo si è limitato a dettare linee di indirizzo su pur rilevanti aspetti di carattere processuale (prevalentemente in tema di prove, documentali e presuntive) senza, nel complesso, essere in grado di articolare una risposta davvero organica e comunque risolutiva al profilarsi, in questa materia come in altre, di una sfasatura tra *rights e remedies*⁵¹⁷.

La Direttiva, infatti, si occupa essenzialmente dei criteri di determinazione del danno, dell'onere della prova, e dei criteri economici di calcolo del danno, lasciando invece al giudice nazionale il compito di accertare la sussistenza di due requisiti fondamentali per la configurazione dell'illecito: il requisito dell'ingiustizia e il requisito del nesso causale⁵¹⁸.

Altra osservazione critica attiene al vasto spettro di fattispecie anticompetitive che la Direttiva misconosce, non includendole nel proprio raggio di azione; questo il

⁵¹⁶ ALPA G. *Illecito antitrust, casi materiali*, cit.,

⁵¹⁷ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, in AIDA, fasc.1, 2015, pag. 32. si vedano anche le osservazioni ancora attuali di VAN GERVEN, *Of Rights, remedies and procedures*, 37 CMLR (2000), 501 e ss.; EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in CMLR, 2004, 119 e ss.

⁵¹⁸ MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in Contr. E Imp. Europa, 2015 pp. 390 ss;

caso segnatamente delle condotte escludenti, le quali, pur necessitando di tecniche di tutela ulteriori rispetto a quella risarcitoria, segnatamente misure inibitorie e/o comportamentali, non mancano però esse stesse di generare danno risarcibile⁵¹⁹.

Il danno preso in esame dalla Direttiva - e già prima dalla Guida pratica alla quantificazione del danno⁵²⁰, è eminentemente quello misurabile su basi certe o per lo meno plausibili e verificabili, ossia il danno da sovrapprezzo, per quanto pure bisognoso, ai fini di una stima accurata, del ricorso a valutazioni controfattuali⁵²¹. Ad esso e ad esso soltanto si addicono, del resto, previsioni quali quelle sul *passing-on*; ma soprattutto per esso soltanto opera la presunzione *iuris tantum* dettata dall'articolo 17, comma 2, programmaticamente limitata alle violazioni consistenti in cartelli.

Nulla di specifico, per lo meno in punto di facilitazione della prova del danno, è dato invece rintracciare allorchè l'azione risarcitoria origini dalla tenuta di condotte escludenti, benchè pure destinate sempre più a crescere in importanza strategica nell'ordito antimonopolistico generale, a misura della impetuosa espansione della *new economy*⁵²².

Due ulteriori considerazioni d'insieme non possono, poi, non riguardare il delinarsi - qui come in ambito consumeristico - di un processo di “*amministrativizzazione*” della tutela civilistica nonché, in stretta aderenza, la sostanziale marginalizzazione delle azioni *stand-alone* nel quadro del funzionamento dell'apparato di private enforcement.

⁵¹⁹ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit.

⁵²⁰ Swd (2013), 205, quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

⁵²¹ Si vedano, in proposito, le considerazioni di LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *concorrenza e mercato*, 2014, 64 e ss., ma spec. 270.

⁵²² Basti dire della centralità che le pratiche escludenti presentano nel funzionamento di mercati, cfr. S.W. WALLER, *Access and information remedies in high tech antitrust*, in *loyola university of Chicago school of law research paper* 2011-018; id. *Antitrust and social networking*, scaricabile dal sito www.ssrn.com.; E. CAMILLERI, «*Facebook credits*» e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, in *AIDA*, 2011, 144 e ss..

Parlando di “*amministrativizzazione*” si vuole designare il ruolo eminente che la singola Autorità nazionale si candida ad assumere giusto nella prospettiva di attivazione dei rimedi privatistici, tanto più all'ombra di una previsione quale quella dell'art. 9, comma 1, che dà per definitivamente accertata, in sede di giudizio civile, la violazione concorrenziale già individuata e sanzionata in sede amministrativa.

Invero, la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana ha, come è noto, da tempo attribuito un significativo rilievo ai provvedimenti dell'autorità amministrativa in sede di repressione di condotte anticompetitive, assegnando loro il rango di prova privilegiata⁵²³. La prova privilegiata, tuttavia, lascia inalterata la possibilità che il convenuto fornisca prova contraria dei fatti accertati dall'Autorità, seppure non sulla base dello stesso materiale probatorio e delle stesse argomentazioni già disattesi in sede amministrativa.

Ben altra cosa è invece postulare, come fa la Direttiva in continuità con quanto già statuito dalla Corte di Giustizia nel caso *Masterfoods*⁵²⁴, nonché a ridosso dell'art. 16 del Regolamento 1/2003, che si debba dare per acquisito l'an della violazione, così per come accertata in sede amministrativa.

Due i risvolti problematici che si accompagnano ad una simile opzione, l'uno apprezzabile in una chiave per così dire tutta interna, l'altro anche in prospettiva generale.

Da un primo punto di vista, e guardando, dunque, al solo ordinamento italiano, stante la competenza della giurisdizione amministrativa in tema di provvedimenti dell'AGCM si rischia il riprodursi di quel conflitto con l'articolo 6 CEDU ed il principio del giusto processo che, già denunciato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵²⁵, si inverte all'ombra dell'orientamento giurisprudenziale che preclude

⁵²³ cfr. Cass. n. 9116 del 2014

⁵²⁴ cfr. Corte di giust. C-344/98

⁵²⁵ cfr. ad esempio Corte EDU 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, nel caso *Grande Stevens Et Al.* Contro Rep. Italiana.

al giudice amministrativo di entrare nel merito di valutazioni dell'Amministrazione che presentino caratteri di discrezionalità⁵²⁶.

Da diversa angolazione, invece, l'ulteriore esaltazione del ruolo dell'Autorità quale magistratura della concorrenza⁵²⁷, del resto già esplicita alla stregua di numerose disposizioni europee e nazionali⁵²⁸, e seppure nel rispetto formale del doppio binario - pubblico e privato - di *antitrust enforcement* e della autonomia tra i segmenti che lo compongono, si finisce, di fatto, per attuare una forma di gerarchizzazione tra i rimedi: il piano amministrativistico si candida, infatti, per lo più a precedere la promozione del rimedio risarcitorio viepiù imponendovi l'acquisizione dei propri esiti.

I ruolo eminente assegnato all'AGCM ed alla sua azione repressiva concorre a tracciare un quadro che vede maggiormente incentivate le azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand-alone*. Ciò non solo e non tanto per gli evidenti vantaggi processuali legati alla possibilità di dare, appunto, per accertata la violazione concorrenziale, di cui ci si può beneficiare nelle une e non anche nelle altre; ma per le ulteriori ricadute, ad esempio, in tema di azioni degli acquirenti indiretti i quali, a mente dell'art. 14, comma 2, possono giovare di una presunzione di traslazione del prezzo, e dunque di una presunzione di danno da *overcharge* loro occorso, solo allorché il “*convenuto abbia commesso una violazione della concorrenza*”. In altri termini, solo ove sia già accertato che il convenuto abbia commesso l'infrazione antitrust.

Beninteso, le azioni *stand alone* non escono di scena, ad esse del resto bene atteggiandosi il disposto dell'articolo 5 della Direttiva sulla divulgazione delle prove. Non vi è dubbio, tuttavia, che il maggior onere probatorio che vi è connotato non

⁵²⁶ cfr. VILLA, *La direttiva europea*, cit., 306. Si vedano inoltre le articolate riflessioni di GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, comma 1, della direttiva antitrust*, 2015.

⁵²⁷ L'icastica espressione del testo è tratta da Clarich, per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, *dir amm.*, 1993, 77

⁵²⁸ A titolo meramente esemplificativo si considerino, nel primo senso, l'art. 16 del reg. 1/2003, già richiamato nel testo e, nel secondo, gli artt. 9, comma 3 bis, Legge 192/1998 in tema di subfornitura, gli artt. 14 bis e 21 bis della Legge 287/1990, nonché gli artt. 27 e 37 bis del cod. cons.

pare ricevere alcuna forma di incisivo alleggerimento in punto di *procedural rules* auspicate dalla Direttiva⁵²⁹.

Osservazioni al Decreto Legislativo n. 3/2017

Il Legislatore italiano sembra essersi limitato a trasporre nell'ordinamento nazionale la Direttiva 2014/104 UE⁵³⁰ senza tuttavia, cogliere l'occasione dell'attuazione della Direttiva non solo per rendere effettiva la tutela delle norme *antitrust*, ma anche per migliorare la funzionalità complessiva del processo civile⁵³¹. L'attuazione della Direttiva n. 104 del 2014 avrebbe richiesto, invece, una ben precisa presa di posizione su questioni di fondamentale importanza sistematica, quali la struttura e l'effettività della fase istruttoria, la nozione di giudicato e il ruolo delle autorità indipendenti nell'attuale assetto della tutela giurisdizionale dei diritti⁵³².

Senza dubbio condivisibile ed apprezzabile appare la scelta del legislatore italiano di applicare le nuove norme a tutte le azioni aventi ad oggetto il «*diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione*

⁵²⁹ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit.

⁵³⁰ Si era espresso in questo senso, prima dell'emanazione della direttiva, FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement - Il Commento*, cit., p. 221.

⁵³¹ In argomento NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 72; LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno «antitrust»*. *Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 265; BASTIANON S., *La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie « antitrust » e le prospettive di ricorso ai « consensual settlements »*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 331; BRUZZONE-SAIJA, *Verso il recepimento della direttiva sul « private enforcement » del diritto « antitrust »*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 257; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784; TADDEI, *Il risarcimento dei danni « antitrust » tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 183 e VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 301.

⁵³² Sull'importanza sistematica dell'attuazione della direttiva n. 2014/104/UE si v., anche se con riferimento alla proposta di direttiva, VINCRE, *La dir. 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1153; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 787 e SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 308

del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese», ivi comprese anche le «azioni collettive» di cui all'art. 140-bis c. cons. diversamente dalla Direttiva che riguardava unicamente la disciplina delle azioni risarcitorie individuali in materia *antitrust*, con esclusione delle azioni di classe⁵³³. Il legislatore italiano (come già quello europeo) non chiarisce, però, se il decreto si applichi alle controversie in cui la violazione *antitrust* venga eccepita in chiave difensiva. La formulazione «oggettiva» dell'art. 1 del decreto legislativo, con il riferimento *tout court* alla violazione delle norme *antitrust*, induce ragionevolmente a ritenere che le nuove norme si applichino a qualsiasi controversia in cui si discuta di danno *antitrust*, a prescindere dal fatto che la violazione delle norme in materia di concorrenza sia stata allegata quale fatto costitutivo oppure quale fatto estintivo o impeditivo. D'altro canto, la Corte di cassazione, con un'interpretazione estensiva aveva ritenuto la Direttiva n. 104 del 2014 di immediata applicazione proprio con riferimento a una controversia in cui la violazione delle norme a tutela della concorrenza era stata eccepita dalla parte convenuta in funzione difensiva⁵³⁴.

Del tutto innovativa è, invece, la disciplina in tema di competenza per materia e per territorio. L'art. 18 d.lgs. n. 3 del 2017, infatti, aggiunge all'art. 4 d.lgs. n. 168 del 2003 (istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, ora di impresa) il nuovo comma 1°-ter, ai sensi del quale le controversie in materia di danno *antitrust* sono attribuite alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, anche in deroga al comma 1°-bis della medesima norma e quindi pure nel caso in cui sia convenuta una società con sede all'estero.

La regola di competenza adottata dal legislatore sembra, però, fondarsi sull'implicito assunto secondo cui le cause in materia di danno *antitrust* siano

⁵³³ DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, cit., p. 123.

⁵³⁴ Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in Foro it., 2015, I, c. 2742, con note di CASORIA e PARDOLESI; in Dir. ind., 2015, p. 537, con nota di Geraci; in Int'l Lis, 2015, p. 123, con nota di DE CRISTOFARO. Su tale pronuncia, si v. anche, più diffusamente, CASORIA, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in Merc. conc. reg., 2015, p. 337 ss.

sempre di ingente valore e coinvolgono parti dotate di mezzi tali da consentire una facile gestione decentrata della controversia. In realtà, come dimostrato dal diffuso contenzioso in materia di assicurazione per la responsabilità civile da circolazione di autoveicoli (in cui gran parte delle azioni risarcitorie sono state promosse avanti a giudici di pace da singoli consumatori penalizzati da intese orizzontali messe in atto da compagnie assicuratrici), le azioni di risarcimento del danno antitrust spesso sono di piccolo valore e riguardano direttamente i consumatori⁵³⁵.

Le nuove regole di competenza, inoltre, creano perplessità proprio con riferimento alle azioni di classe. In quanto l'art. 140-bis c. cons. prevede già specifici criteri di competenza per territorio, devolvendo le azioni di classe (con alcune eccezioni) al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa convenuta. Posta l'applicazione di tale regola per le azioni di classe individuate dalle lett. a) e b) dell'art. 140-bis (rispettivamente in materia contrattuale e in tema di danno da prodotto difettoso), il legislatore non chiarisce se le azioni di classe individuate dalla lettera c) di tale norma (ossia appunto quelle aventi il ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e agli utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali) siano comunque devolute alle sezioni specializzate per attrazione ai sensi del nuovo comma 1-ter dell'art. 4 d.lgs. n. 168 del 2003⁵³⁶.

Altro dubbio concerne l'ambito di applicazione dell'intero decreto legislativo. Stando all'art. 2, comma 1°, lett. b), d.lgs. n. 3 del 2017, infatti, per diritto della concorrenza si intendono le disposizioni di cui agli artt. 101 o 102 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le disposizioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 l. 10 ottobre 1990, n. 287, tutte le disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli artt. 101 e 102 Trattato sul funzionamento

⁵³⁵ BOCHICCHIO, *Il controllo dell'antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 661 ss. e BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in questa rivista, 2007, p. 101

⁵³⁶ GIUSSANI, *Aspetti processuali dell'azione di classe antitrust*, in *AIDA*, 2010, p. 451 e *Id.*, *L'azione di classe: aspetti processuali*, in *AIDA*, 2013, p. 341;

dell'Unione europea. Tuttavia, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha competenze più estese rispetto al solo controllo del rispetto delle norme *antitrust*. Si pensi, esemplificativamente, appunto alla competenza ad emettere sanzioni per violazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole (cfr. art. 27 d.lgs. n. 206 del 2005)⁵³⁷. In questo caso si pone il problema dell'applicabilità alle azioni di danno conseguenti a tali violazioni delle norme in tema di esibizione delle prove acquisite nei relativi procedimenti amministrativi e di efficacia delle sanzioni emesse dall'Autorità garante previste nel d.lgs. n. 3 del 2017. L'evidente affinità dell'intervento in tale ambito da parte dell'Autorità garante parrebbe infatti giustificare l'estensione della disciplina prevista per le azioni *antitrust*; la specialità della disciplina, tuttavia, potrebbe giustificare un'interpretazione restrittiva delle norme, con conseguente loro applicazione esclusiva alle violazioni delle norme a tutela della concorrenza⁵³⁸.

Rilievi, critici, concernono anche la disciplina in tema di quantificazione del danno; il legislatore italiano, infatti, non si è avvalso della possibilità di attribuire al giudice il potere di «*stimare*» la parte di prezzo trasferita in caso di traslazione del danno (come consentito dagli artt. 12 e 17 della Direttiva); ritenendo sufficiente la tradizionale facoltà di quantificazione equitativa del danno prevista nell'art. 1226 c.c. Ciò, tuttavia, è stato rilevato, denota una mancanza di consapevolezza delle

⁵³⁷ La nozione di pratica commerciale scorretta, ricavabile dall'art. 20 d.lgs. 206 del 2005 (Codice del consumo), è diversa o, comunque, più ampia rispetto alla mera violazione delle norme antitrust. In argomento, si v. FABIO, *Azione di classe ex art. 140 bis c. cons. e illeciti «concorrenziali», ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, in AIDA, 2010, p. 383. Sul controverso concetto di concorrenza sleale pura, invece, cfr., in particolare, Cass. civ., sez. VI, (ord.) 23 settembre 2013, n. 21762, in Ced. cassazione, 2013 e Cass. civ., sez. I, (ord.) 9 aprile 2008, n. 9167, in Riv. dir. ind., 2009, II, p. 329, con nota di FILIPPELLI, il cui orientamento è stato poi ribadito e precisato da Cass. civ., (ord.) 19 giugno 2008, n. 16744, in Riv. dir. ind., 2009, II, p. 329, con nota di FILIPPELLI, nonché da Cass. civ., (ord.) 18 maggio 2010, n. 12153, in Giur. dir. ind., 2010, p. 50. In argomento, mi sia consentito il rinvio a P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, p. 119.

⁵³⁸ In argomento, sulla possibile applicazione dei principi enunciati in materia di antitrust ai procedimenti relativi alla violazione delle norme in tema di pratiche commerciali scorrette (prima, tuttavia, dell'emanazione della direttiva n. 104 del 2014), cfr., anche per ulteriori riferimenti, Fabio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in Conc. e merc., 2013, p. 193 ss.

peculiarità tipiche delle prove economiche e, in particolare, della prova del danno *antitrust*⁵³⁹ e della sua quantificazione come, d'altronde, si evince dal comma 1° dell'art. 14, in cui si rimanda *tout court* agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., al pari, cioè, di qualsiasi danno da fatto illecito (come previsto dall'art. 2056 c.c.)⁵⁴⁰.

Possibili prime applicazioni della Direttiva 2014/104/UE e del decreto di attuazione D. Lgs. N.3/2017 in Italia

Il Caso Roche-Novartis/Farmaci Avastin E Lucentis

L'Autorità, nella sua attività recente di *enforcement* ha affrontato alcuni *landmark cases* paradigmatici dell'importanza della cooperazione, sia tra Autorità di Concorrenza e Corti, sia tra Autorità stesse. Un primo caso è il noto I760 - Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis (Bollettino n. 11 del 17 marzo 2014), con cui la l'Autorità ha sanzionato, in ragione della gravità dell'illecito, il gruppo Novartis per 92 milioni di euro e al gruppo Roche per 90,5 milioni di euro, per un totale di oltre 180 milioni di euro per una intesa restrittiva della concorrenza sul mercato farmaceutico, in particolare dei farmaci oftalmici.

Genentech, controllata di Roche, ha inventato e brevettato entrambi questi farmaci. Avastin, prodotto da Roche, è un farmaco che viene utilizzato in *label* per alcuni trattamenti oncologici. Tuttavia, può essere utilizzato per trattare la degenerazione maculare e, a questo scopo, è stato utilizzato *off-label* in Italia.

⁵³⁹ MAGGIOLINO, *La prova dei fatti economici*, in *Ragion pratica*, 2016, p. 419, spec. p. 423 ss., ove si rileva giustamente che «il diritto antitrust è ricco di circostanze nelle quali la teoria economica diventa il terreno in cui trovano fondamento le inferenze probatorie financo nel caso in cui gli enunciati che queste inferenze inter-connettono non hanno tutti ad oggetto fatti economici». Si v., anche, sempre della medesima autrice, *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 56.

⁵⁴⁰ Tale è stata considerata una scelta discutibile, soprattutto in considerazione delle specifiche difficoltà che si incontrano nella prova delle violazioni delle norme in materia di concorrenza e delle relative conseguenze economiche, peculiarità che probabilmente avrebbe dovuto suggerire l'attribuzione di specifici poteri officiosi al giudice. In tal senso MUSCOLO, *Processo antitrust e prova economica: verso una terza via tra adversarial system e court centered system?*, cit., p. 453.

Lucentis, prodotto da Novartis, è un farmaco specificamente destinato al trattamento della degenerazione maculare, ed è molto più costoso di Avastin. Genentech, proprietario di questi brevetti (che dovrebbero scadere nel 2018, con una estensione CCP fino al 2022 per Lucentis e al 2019 per Avastin), ha sottoscritto un accordo di licenza con Roche, secondo il quale quest'ultima ha il diritto di commercializzare Avastin fuori degli Stati Uniti. Genentech ha anche una licenza e un accordo di collaborazione con Novartis, secondo cui Novartis può commercializzare Lucentis fuori degli Stati Uniti in cambio di royalties.

Di conseguenza, negli Stati Uniti, sia Avastin che Lucentis sono stati commercializzati da Genentech, quindi la loro differenziazione, sebbene sia stata fatta per motivi economici, da una prospettiva *antitrust* può essere etichettata come una condotta unilaterale.

Nel resto del mondo, Avastin e Lucentis sono stati commercializzati con licenza da due diverse società, e la loro differenziazione porta a problemi concorrenziali. L'istruttoria è stata avviata nel febbraio 2013 dopo le segnalazioni ricevute da Aiudapds, un'associazione di cliniche private, e la SOI-Società Oftalmologica Italiana: al procedimento hanno chiesto e ottenuto di partecipare anche la Regione Emilia-Romagna e l'associazione di consumatori Altroconsumo.

Dalla documentazione acquisita, anche grazie alla collaborazione del Gruppo Antitrust del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza, è emerso che le capogruppo Roche e Novartis, anche attraverso le filiali italiane, hanno concertato sin dal 2011 una differenziazione artificiosa dei farmaci Avastin e Lucentis, presentando il primo come più pericoloso del secondo e condizionando così le scelte di medici e servizi sanitari.

A fronte del rischio che le applicazioni oftalmiche di Avastin, vendute a un prezzo molto meno alto, ostacolassero lo sviluppo commerciale del ben più caro Lucentis, Roche e Novartis hanno posto in essere una complessa strategia collusiva, volta a ingenerare tra i medici curanti e più in generale il pubblico timori sulla sicurezza del primo.

Tali attività sono proseguite e sono state anzi intensificate fino a quando, a seguito di una serie sempre maggiore di studi comparativi indipendenti, e pertanto non controllabili dalle imprese, è definitivamente emersa l'equivalenza dei due farmaci. Le condotte delle imprese trovano la loro giustificazione economica nei rapporti tra i gruppi Roche e Novartis: Roche, infatti, ha interesse ad aumentare le vendite di Lucentis perché attraverso la sua controllata Genentech – che ha sviluppato entrambi i farmaci – ottiene su di esse rilevanti royalties da Novartis. Quest'ultima, dal canto suo, oltre a guadagnare dall'incremento delle vendite di Lucentis, detiene una rilevante partecipazione in Roche, superiore al 30%. Non è stata invece ritenuta responsabile dell'illecito la controllata di Roche, la società californiana Genentech. Secondo l'Autorità l'intesa ha avuto quale effetto, tra gli altri, una maggior difficoltà di cura per molti pazienti e un aumento della spesa a carico del Servizio Sanitario Nazionale stimata in 45 milioni di euro nel solo 2012, con possibili maggiori costi futuri fino a oltre 600 milioni di euro l'anno. Il Tar del Lazio ha confermato la massima multa di 180 milioni di euro stabilita dall'Antitrust alle aziende farmaceutiche Roche e Novartis per il cartello volto a favorire le vendite di un farmaco, il Lucentis, molto più caro ma sostanzialmente identico all'Avastin, per uso oftalmologico. Attualmente è pendente il giudizio innanzi al Consiglio di Stato. Inoltre, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha recentemente respinto la richiesta di Novartis di includere Lucentis tra i farmaci oftalmologici essenziali, proprio perché il nuovo elenco comprende già Avastin, considerato efficace e sicuro e inoltre anche più conveniente.

Il Ministero della Salute ha manifestato l'intenzione di agire in giudizio domandando un risarcimento dei danni per un valore di 1,2 miliardi di euro pari al danno emergente per il Sistema sanitario nazionale causato dall'accordo per commercializzare un farmaco costoso al posto di uno più economico. La predetta azione *follow on* potrebbe quindi costituire una eventuale occasione per sperimentare gli strumenti di cooperazione esaminati, anche in riferimento alla liquidazione del danno.

Considerazioni finali

Il private antitrust enforcement, ossia l'insieme dei rimedi civili azionabili a fronte di una violazione delle norme antitrust⁵⁴¹, ha svolto finora, in Italia come in Europa, un ruolo del tutto marginale nel sistema di applicazione delle norme antimonopolistiche, incentrato sui rimedi di natura pubblicistica. La legge 10 ottobre 1990, n. 287, prima normativa antimonopolistica italiana, emanata esattamente un secolo dopo lo Sherman Act americano e quasi quarant'anni dopo la ratifica del Trattato CE⁵⁴² ha rappresentato una grande novità nel nostro ordinamento in quanto ha introdotto per la prima volta, accanto alla tutela della concorrenza in senso soggettivo⁵⁴³, la tutela della concorrenza in senso oggettivo, come sistema di mercato preferibile, ribaltando così la concezione filomonopolistica che si desumeva dall'impianto originario della Costituzione⁵⁴⁴ e del

⁵⁴¹ Il Working paper annesso al Libro Verde della Commissione CE del 2005 espressamente definisce il private antitrust enforcement quale «enforcement by means of legal action brought by the victim of an anti-competitive behaviour before a court» (Commissione CE, Commission Staff Working Paper, Anex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 19.12.2005, par. 2). Cfr. S. BASTIANON, Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 2, p. 322

⁵⁴² In realtà ben prima del 1990 erano già stati suggeriti disegni e proposte di legge, a partire dal disegno di legge Togni risalente addirittura al 1950, ma il clima ideologico e politico di quegli anni aveva impedito l'emanazione di una disciplina a tutela del mercato: G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2008, p. 489; V. DONATIVI, *Introduzione storica*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, pp. 54 ss.; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994, p. 77 e ss.

⁵⁴³ Sulla distinzione tra concorrenza in senso soggettivo e in senso oggettivo v. M. LIBERTINI, La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in *Giur. cost.*, 2005, 2, p. 1429 e ss.; M. GIAMPIERETTI, Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, in *Diritto e società*, 2003, 4, p. 459; G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè Milano, p. 532: la libertà di concorrenza in senso soggettivo costituisce un'espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dal comma 1 dell'art. 41 Cost. e rappresenta un vero e proprio diritto di libertà individuale.

⁵⁴⁴ Sottolineano il silenzio serbato dalla Costituzione sulla tutela in senso oggettivo della concorrenza G. GHIDINI, voce *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, pp. 793-794 e R. NIRO, op. cit., p. 99. V. anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 203 e ss.

La tutela della concorrenza in senso oggettivo trova adesso il suo diretto riferimento anche nel testo Costituzionale (art. 117 Cost.) ed ha ricevuto pieno riconoscimento dalla stessa Corte costituzionale: basti vedere, tra le altre, la sentenza 23.12.2008, n. 439, con la quale è stata

*codice civile, in cui la concorrenza è considerata come un fenomeno che riguarda solo le imprese e la loro libertà economica*⁵⁴⁵. *Tanto è vero che per il ruolo centrale assunto nell'ambito della cd. «nuova costituzione economica»*⁵⁴⁶, *la legge n. 287/90 può essere considerata come una fonte di interpretazione autentica dell'art. 41 Cost.*⁵⁴⁷. *Essa, però, sotto il profilo rimediabile (oltre che sotto quello sostanziale), ha mutuato senza alcuna modifica di rilievo le regole e i principi comunitari, rappresentando ancora oggi forse il più evidente e macroscopico esempio di*

dichiarata incostituzionale una norma di una legge della Provincia Autonoma di Bolzano «per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell'art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell'art. 117, primo comma, Cost.».

Cfr. L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. E): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3448; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., p. 1430; A. NERVI, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, in R. Di Raimo-V. Ricciuto, a cura di, *Impresa pubblica e intervento dello stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, p. 379 e ss.

⁵⁴⁵ V. DONATIVI, op. cit., pp. 59 e 68; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 90; G. GHIDINI, op. cit., pp. 812 e ss.; G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, cit., p. 197. A proposito del carattere filo-monopolistico del codice civile può essere qui sufficiente ricordare quanto disposto, in materia di concorrenza, dagli artt. 2596, 2597 e 2598 c.c. che tutelano, come precisato nella Relazione al codice civile, esclusivamente la libertà economica individuale delle imprese e non la struttura concorrenziale del mercato in quanto tale. La libertà di concorrenza viene intesa in tali norme soltanto quale libertà individuale dell'imprenditore, che ne può disporre in maniera piena, anche rinunciandovi tramite la stipulazione di patti restrittivi della concorrenza e di veri e propri cartelli, soggetti solo a limiti di spazio e di tempo (non di contenuto, sicché anche i cartelli di prezzo possono dirsi leciti ai sensi dell'art. 2596 c.c.); limiti, cioè, funzionali esclusivamente a tutelare la medesima libertà delle altre imprese. Tanto è vero che sul presupposto che si tratti di norme "deontologiche" e meramente interne al ceto imprenditoriale, la stessa legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni da concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. è stata riconosciuta solamente in capo agli imprenditori concorrenti o, al più, alle associazioni professionali e di categoria ai sensi dell'art. 2601 c.c., e il danno risarcibile è stato identificato anzitutto nello "sviamento di clientela" patito dal concorrente vittima di una pratica sleale. Lo stesso art. 2597 c.c., del resto, impone solamente al monopolista legale (e non a quello di fatto, che è perciò assolutamente libero di agire sul mercato) di contrattare con chiunque osservando la parità di trattamento: dal che non solo non discende alcun disfavore per il monopolio, ma non si trae neppure un divieto di condotte anticoncorrenziali.

⁵⁴⁶ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁵⁴⁷ Secondo P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 15, la legge n. 287/90 non solo specifica il significato dell'art. 41 Cost., ma addirittura lo reinterpretava conferendogli un significato innovativo; v. anche G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1997, p. 17.

«comunitarizzazione» del diritto italiano⁵⁴⁸. Ha recepito fedelmente il modello comunitario sia per quanto riguarda la identificazione delle fattispecie rilevanti vietate sia – ed è ciò che qui più interessa – per quanto riguarda il sistema di applicazione, affidato essenzialmente a un’ autorità amministrativa indipendente appositamente creata, l’ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e fondato anzitutto sui rimedi di natura pubblicistica. Solo due norme fanno riferimento a rimedi di natura privatistica: l’ art. 2, comma 3, legge n. 287/90, che prevede la nullità delle intese restrittive della concorrenza, analogamente a quanto disposto dall’ art. 82 del Trattato CE e l’ art. 33, comma 2, legge n. 287/90, che pur apparendo come una novità rispetto al testo del Trattato CE, il quale ignora totalmente il private antitrust enforcement, costituisce in realtà la formulazione espressa del principio del sistema binario di applicazione delle norme antitrust, già elaborato a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e poi ripreso nei più recenti atti normativi⁵⁴⁹.

Pur avendo iniettato nel nostro ordinamento il valore della concorrenza e del mercato, la legge n. 287/90 non ha perciò introdotto un efficace sistema di rimedi civili a tutela dei singoli danneggiati dalle pratiche anticoncorrenziali, adagiandosi sul modello europeo incentrato sul public antitrust enforcement. Tanto che per anni si è ritenuto che diritto della concorrenza e diritto civile fossero due mondi autonomi e incomunicabili e solo recentemente si è osservato che in realtà le regole concorrenziali possono svolgere la funzione di vere e proprie clausole generali del

⁵⁴⁸ L’ espressione è di G. BENACCHIO, op. cit., p. 490; per P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., p. 14, si tratta di «armonizzazione particolarmente spinta se non totale». Tanto è vero che l’ interpretazione delle norme contenute nella stessa legge n. 287/1990 deve avvenire in base ai principi dell’ ordinamento della Comunità Europea in materia di concorrenza (art. 1, comma 4, legge n. 287/90).

⁵⁴⁹ Comunicazione relativa alla cooperazione tra giudici nazionale e Commissione nell’ applicazione degli artt. 81 e 82 CE del 1993 e, adesso, l’ art. 6 del Regolamento CE n. 1/2003.

*diritto civile, in quanto si occupano entrambe dei rapporti tra soggetti del mercato*⁵⁵⁰.

*Le ragioni della prevalenza accordata al public enforcement nei sistemi antitrust europei sono del resto molteplici e affondano le proprie radici fin nelle origini della disciplina antimonopolistica europea*⁵⁵¹. *Basti pensare che l'antitrust europeo è nato per limitare i monopoli pubblici e ridurre l'intervento dello Stato nell'economia più che per disciplinare i conflitti tra privati o per contrastare i monopoli privati, come invece quello statunitense*⁵⁵². *Inoltre, aveva originariamente quale obiettivo primario quello di evitare le segmentazioni del mercato unico per*

⁵⁵⁰ In tal senso v. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, cit., p. 237 e ss.; ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 88 e ss.

Utilizza la formula clausole generali del diritto civile C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 6; ID., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 36. Sulla stretta connessione tra disciplina del mercato e disciplina del contratto cfr. anche G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 151.

Sui rapporti tra concorrenza, mercato e contratto, anche in relazione al private enforcement, v. A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, p. 117 e ss.

⁵⁵¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia di antitrust*, in M. Maugeri, - A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 171 e ss e M.R. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in M. Maugeri, - A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 147 e ss.

⁵⁵² G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust, Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, CLUEB, Bologna, 1991, p. 27; G. MAZZEI, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust, Un'analisi di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2004, p. 48. Basti pensare, per rendersi conto del differente approccio esistente in Europa e in America, che nel 1897, ossia nello stesso anno in cui la Corte Suprema Usa sanzionava con una decisione destinata a rimanere storica il cartello di prezzo nel caso *Trans Missouri (U.S. v. Trans Missouri Freight Association 166 U.S. 290, 1897)* la giurisprudenza tedesca riconosceva, in maniera diametralmente opposta, la liceità del contratto di cartello tra imprese, avviando così quel processo di "cartellizzazione" dell'economia tedesca, culminato con l'emanazione nel 1933 della *Zwangkartellgesetz*, ossia della legge tedesca che rendeva addirittura obbligatoria la creazione di cartelli tra imprese a discrezione del Ministero dell'economia (v. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo, Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 5). Il che avrebbe poi indotto gli Stati Uniti d'America, quali vincitori della seconda guerra mondiale, ad adoperarsi affinché la Comunità Economica Europea si dotasse di una disciplina antimonopolistica (v. L. F. PACE, *op. cit.*, pp. 52 e ss.; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 18).

favorire la libertà di circolazione delle merci, ossia un obiettivo pubblicistico prima ancora che privatistico. A favore del public enforcement hanno poi pesato non poco l'influenza della Scuola di Friburgo⁵⁵³ e l'idea che il diritto antitrust protegga anzitutto un interesse pubblico, ultra-individuale, la cui tutela può essere affidata più efficientemente ad un autorità amministrativa anziché all'azione dei privati dinanzi ai giudici ordinari⁵⁵⁴; tanto più in una cultura giuridica quale quella europea che per tradizione non conosce strumenti come i danni punitivi, le azioni di classe e la figura di un private attorney cui affidare la tutela anche di interessi pubblici⁵⁵⁵. Sicché si spiega agevolmente perché il private antitrust enforcement sia rimasto finora in uno stato di totale sottosviluppo⁵⁵⁶, a livello comunitario come a livello nazionale. Il che differenzia nettamente il sistema europeo da quello americano, nel quale il rapporto tra azioni risarcitorie private e azioni pubbliche è

⁵⁵³ Sull'influenza esercitata sull'antitrust europeo dalla Scuola di Friburgo, che per prima elaborò l'idea di affidare l'applicazione delle norme antitrust a un'autorità indipendente e autonoma, di natura "quasi-giurisdizionale", dotata di poteri investigativi e sanzionatori e caratterizzata dall'autonomia, dalla neutralità politica e dall'obiettività v. tra gli altri G. AMATO, Il potere e l'antitrust, Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato, il Mulino, Bologna, 1998, p. 44; K.J. CSERES, Competition law and consumer protection, Kluwer, 2005, The Hague, Netherlands, p. 83 e ss.; E. CAMILLERI, Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza, Jovene, Napoli, 2008, p. 21.

⁵⁵⁴ E.L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà, in Mercato concorrenza regole, 2008, 2, p. 273.

⁵⁵⁵ P. GIUDICI, La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 47 ss.; A. GIUSSANI, Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 1, p. 245, p. 241.

Sulla scarsa cultura del mercato e della concorrenza in Europa e in Italia v. anche A.P. KOMNINOS, op. cit., p. 162; A. FRIGNANI, Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement, in Dir. comm. internaz., 2008, 1, p. 119.

⁵⁵⁶ Così si esprime lo studio commissionato dalla Commissione CE, ASHURST, "Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules", del 31 agosto 2004. Basti pensare che fino al 2004 in tutta Europa si sono contati solo 60 casi di litigation interprivata da violazione della normativa antitrust e che anche successivamente, nonostante l'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1/2003, formalmente rivolto alla "privatizzazione" del diritto antitrust, si sono contati solo 96 casi dei quali appena 6 si sono conclusi in senso positivo per i danneggiati (dati tratti dall'Impact Study della Commissione CE che accompagna il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie; cfr. anche E.L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, op. cit., p. 230-231).

al contrario di 10 a 1⁵⁵⁷. Il modello americano⁵⁵⁸, del resto, è fondato proprio sul private antitrust enforcement e sulle azioni risarcitorie, cui è assegnata una funzione deterrente e general-preventiva più che compensativa. Le azioni private, in quell'ordinamento, sono infatti supportate da strumenti come i danni punitivi (treble damages), le class actions di tipo opt-out e le particolari regole riguardanti la legittimazione ad agire, volte alla individuazione del soggetto maggiormente incentivato all'azione piuttosto che del soggetto danneggiato in concreto⁵⁵⁹.

In Europa solo recentemente si è aperto il dibattito sulla possibilità di affiancare al public enforcement anche un sistema completo di rimedi civili. A fronte di alcune, minoritarie, tesi contrarie⁵⁶⁰, la maggior parte della dottrina e degli organi

⁵⁵⁷ C.A. JONES, Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA, Oxford University Press, 1999, pp. 14-16, p. 79 e ss., e spec. p. 16; R. O'DONOGHUE - A. J. PADILLA, The law and economics of article 82 EC, Hart publishing, Oxford Portland, Oregon, 2006 p. 737; L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, The law of antitrust: an integrated handbook 2^a ed., 2006, Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006, p. 953; M. R. MAUGERI, Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici, ed.it., Catania, 2006, p. 17; A.R. POSNER, Antitrust law, An Economic Perspective, The University of Chicago Press, 1976, pp. 34-35.

⁵⁵⁸ Sul sistema rimedi antitrust americano e per una sua comparazione con il sistema europeo v. H.L. BUXBAUM, Private enforcement of competition law in the United States, – Of optimal deterrence and social costs, in Private Enforcement of EC Competition Law, edited by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 44; D.J. GERBER, Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in The Enforcement of Competition Law in Europe, edited by T.M.J. Mollers, A. Heinemann, Cambridge University Press, 2007; E. ELHAUGE - D. GERADIN, Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 11; C.A. JONES, Private enforcement of antitrust law, cit., p. 80.

⁵⁵⁹ Cfr. i casi Associated General Contractors of Cal v. Cal State Council of Carpenters (459 US 519, 536 n 33, 1983); Holmes v. SIPC (503 US 258, 272, n 20, 1992) e Blue Shield v. McCready (457 US 465, 1982) in cui la Corte Suprema Usa ha elaborato il criterio della proximate causation (o remoteness rule) per affermare la legittimazione ad agire solo dei soggetti più vicini all'infrazione e perciò più incentivati; e i casi Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp. (392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231, 1968) e Illinois Brick Co. v. Illinois (431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707, 1977), nei quali la Corte Suprema ha affermato la indirect purchaser rule (o passing-on doctrine), ossia la regola in base alla quale hanno diritto al risarcimento solo i contraenti diretti dell'autore dell'infrazione e non i contraenti indiretti, in quanto maggiormente incentivati e maggiormente in grado di esperire azioni vittoriose.

⁵⁶⁰ Secondo W.P.J. WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3, pp. 473-488, la privatizzazione del diritto della concorrenza non servirebbe a raggiungere né l'obiettivo della deterrenza né quello della compensazione, in quanto il public enforcement disporrebbe di maggiori poteri investigativi e sanzionatori e sarebbe meno costoso del private enforcement. Una critica specifica di tale tesi è svolta da C.A. JONES, *Private*

comunitari si sono ripetutamente espressi a favore di un'incentivazione delle azioni antitrust private. Il private antitrust enforcement, infatti, consente di raggiungere finalità compensative e di tutela delle vittime, che sono del tutto estranee al public enforcement, e aumenta l'effetto deterrente dei divieti antimonopolistici, permettendo di scoprire e sanzionare anche quei casi di minore entità che inevitabilmente sfuggono agli apparati pubblici. Inoltre, da un punto di vista più generale, contribuisce a garantire l'effetto utile delle norme del Trattato, assicurando ai privati la piena effettività dei loro diritti⁵⁶¹ e rendendoli partecipi dell'applicazione delle norme comunitarie, in funzione di veri e propri «guardiani» del Trattato⁵⁶². Del resto, sono adesso venute meno le ragioni pubblicistiche che avevano costituito il fondamento originario dell'antitrust europeo e la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE è andata riconoscendo sempre più frequentemente l'effetto diretto delle norme del Trattato anche nei rapporti interprivati, tanto che proprio in materia antitrust la nota sentenza Courage ha espressamente affermato che tutti coloro che sono danneggiati da una pratica anticoncorrenziale hanno diritto al risarcimento.

Al fine di favorire lo sviluppo delle azioni risarcitorie private la Commissione CE ha pertanto provveduto a pubblicare un Libro Verde e un Libro Bianco in tema di risarcimento dei danni antitrust, destinati a costituire la base di una futura disciplina comunitaria che, a differenza di quella statunitense, dovrebbe essere caratterizzata dalla funzione compensativa, prima ancora che deterrente, del private antitrust enforcement. Tali aperture comunitarie non hanno peraltro mancato di produrre riflessi anche a livello nazionale. La Corte di Cassazione ha

antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check, in *World Competition*, 2004, 27, 1, pp. 13-24. Per una sintesi delle tesi contrarie allo sviluppo del private antitrust enforcement in Europa v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 8, nota 34.

⁵⁶¹ V. l'ampia analisi in tal senso di A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, pp. 8-11; considerazioni analoghe di J. BASEDOW, *Introduction*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, ed. by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 4; M. NEGRI *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 43

⁵⁶² L'espressione usata da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an Emperor? And other essays on European integration*, Cambridge, 1999, p. 20.

infatti recepito le indicazioni della Corte di Giustizia, mutando il proprio orientamento in punto di legittimazione ad esercitare l'azione risarcitoria per i danni antitrust e affermando che la legge n. 287/90 è la legge di tutti i soggetti del mercato e non solo degli imprenditori. Mentre il legislatore, nel varare l'azione risarcitoria di classe (art. 140bis del Codice del Consumo), ha espressamente previsto che essa può essere esercitata per il risarcimento dei danni derivanti da pratiche anticoncorrenziali.

Ma, ancora manca, a livello comunitario come a livello nazionale, una disciplina compiuta ed esaustiva del private antitrust enforcement, che consenta una tutela davvero effettiva delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali.

Occorre, tuttavia rilevare, che, a seguito della Direttiva 2014/104/UE, e del suo recepimento in Italia ad opera del Decreto Legislativo n. 3/2017, il rimedio risarcitorio, e il private antitrust enforcement in generale, sembra aver acquisito una nuova linfa vitale, e sembra destinato a svolgere un ruolo centrale nell'attuale sistema di antitrust enforcement.

Sicuramente il Legislatore ha perso l'occasione di introdurre una disciplina organica inerente l'illecito antitrust e le conseguenze risarcitoria da esso derivanti, ma, l'apertura verso questo rimedio, e una prima disciplina inerente alcuni degli aspetti più controversi quali la legittimazione attiva, il danno risarcibile, l'accesso alle informazioni, il valore del provvedimento dell'Autorità, rappresenta un inizio decisamente apprezzabile.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R, TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'unione europea*, Torino 2015
- AFFERINI G., *LA traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in concorrenza e mercato 2008, a cura di G. Ghidini, F. Di Porto, e altri, Milano, 2009, 508 s.
- AFFERINI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in conc. e merc. reg., 2008
- ALPA G. G., CATRICAL' A. A., *Il diritto dei consumatori*, il Mulino, 2016
- ALPA G., *La persona, tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992.
- ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002
- ALVIZOU A.A., *Individual tort liability for infringements of community law*, Legal Issues Of Economic Integration 177 2002;
- AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1997
- AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998
- AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998
- AMATO, *Il potere e l'antitrust, Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, il Mulino, Bologna, 1998.
- ANDREANGELI A., *Courage Ltd. v. Crehan and the enforcement of article 81 ec before national courts*, 25 European Competition Law Review 758 2004;
- ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012
- AREEDA P., D.F. TURNER, *Antitrust law, 1, little brown and company*, Boston Toronto 1978
- ARNAUDO, «*Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*», in riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2006
- AZZARO, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti in danno al consumatore*, rdco, 2003, 11/12, 339
- BALBI; *Connessione e continenza nel diritto processuale civile*, in dig. disc. priv. sez. civ.,
- BALLON E., *Courage*, Columbia Journal of European Law 503 2002;
- BEARD D. – JONES A., *Contractors, damages and article 81: the ecj finally speaks*, European Competition Law Review 246 2002;
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano 983, i, 435 s; 2006
- BARBIER DE LA SERRE-LAGATHU, *The law on fines imposed in EU competition proceedings: consolidating the foundations before the tide goes out*, in journal of European Competition law & practice, 2016, 7, 335 ss.; e id., *The law on fines imposed in eu competition proceedings: fifty shades of undertakings*, ivi, 2015
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità civile e private antitrust enforcement*, Bologna, 2009
- BARIATTI S. - PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del —Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della Commissione e del codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in (a cura di) Rossi Dal Pozzo, F. E Nascimbene, B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 3-29 e in 18 rivista italiana di diritto pubblico comunitario 1151 2008;

BARIATTI, *Le azioni collettive dell'art. 140 bis del codice del consumo, aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in *class action: il nuovo volto della tutela collettiva in italia*, Milano, 2011

BARIATTI, *Violazione di norme antitrust e diritto internazionale private: il giudice italiano e i cartelli*, in *riv. dir. riv. int. proc.*, 2008

BARRETTI N., *Competition rules remain muddied*, in *Construction Law* 1 2001;

BASEDOW, *Private enforcement of EU commission*, *kluwer int.*, 2008

BASTIANON S. *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001

BASTIANON S. S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), in *Danno e Responsabilità* 1153 2001;

BASTIANON S., *Il dritto comunitario della concorrenza e integrazione dei mercati*, Padova 2005

BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza: prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, In *Mercato Concorrenza Regole* 321 2006;

BASTIANON S., *La proposta di Direttiva sulle azioni risarcitorie «antitrust» e le prospettive di ricorso ai «consensual settlements»*, in *conc. e merc.*, 2014

BEAL K., *Crehan and post-modern malaise*, 6 *Competition Law Journal* 17 2007;

BECKER R. – BESSOT N. – DE SMIJETER E., *The white paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules*, in Raffaelli E.A. (A Cura Di), *Antitrust between ec law and national law*, Bruxelles: Bruylant, 2009;

BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto antitrust*, in Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013

BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie della concorrenza*, Trento, 2007

BENACCHIO-CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Trento, 2007;

BENATTI F., *Correggere e punire nella law of torts all'inademimento del contratto*, Milano 2008;

BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

BERGAMINI, *l'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *dir. comunitario scambi internaz.*, 2003

BERNES A., *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE* responsabilità civile e previdenza, fasc.3, 1 marzo 2017

BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust, Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, CLUEB, Bologna, 1991

BIAGIONI; *La connessione attributiva di giurisdizione nel Regolamento 44/2001*, Padova 2011

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *diritto civile*, vol.3, Milano 2000,

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*; Bologna, 1967;

BIANCA, *Diritto civile*, 5, Milano, 1994

BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in questa rivista, 2007,

BOCHICCHIO, *Il controllo dell'antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*, in *Dir. fall.*, 2002,

BONATTI R., *Esibizione delle prove, in il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, a cura di P. Manzini, Giappichelli Editore, 2017

BONELLI E., *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2010

BREALEY M., *Recent developments in damages for breach of competition law – the Crehan judgement. lawyers“ Europe* 7-10 2001;

BRODI E., *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante* in *riv. soc.* 2008

BRUZZONE-SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva sul « private enforcement » del diritto «antitrust»*, in *conc. e merc.*, 2014,

BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of antitrust economics*, Cambridge, mass., 2008;

BUCCIROSSI *Chi ha paura dell'econometria?* in i rimedi civilistici, pp. 93-102, e 203-209.

BULST, *The provimi decision of the high court: biginnings of private antitrust litigation in Europe* In *Eur. Business Org. L. Rev.*, 2003, Pp. 623-650

BUSNELLI. F.D., *Deterrenza e responsabilità civile fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa E Dir. Priv.* 2009, 909 s.

BUTTAZZI B., *Il Libro Bianco 2008 Commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?*, 63 rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1073 2008, 1098;

BUXBAUM, *Private enforcement of competion law in the United States, of optional deterrence and social costs, in private enforcement of ec competition law* edited by j. basedow, *kluwe law int. the netgerlands*, 2007

CAMILLERI E., *La tutela del contraente “a valle” di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *europa dir. priv.*, 2007, 82 ss.

CAMILLERI, *«Facebook credits» e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale*, in *AIDA*, 2011

CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008,

CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, fasc.1, 2015

CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008,

CAMILLI, *Optimal fines in cartel cases and the actual ec fining policy*, in *World Competition*, vol. 29, n. 4, 2006,

CAPECCHI, *IL risarcimento del danno in rattato della responsabilità contrattuale* a cura di G. Visentini, Padova 2009;

CAPELLI, *La tutela giuridica del consumatore in europa e nel mondo*, Napoli, 2013

CARPAGNANO M., *Private enforcement of competition law arrives in italy: analysis of the judgement of the european courte of justice in joined cases c-295-289/04 Manfredi*, the competition law review 2006 47; id., *El private enforcement del derecho comunitario de la*

competencia en acción: comentario a la decisión del tribunal de justicia en los asuntos acumulados c 295-298/04. Barcelona 2007;

CARRATTA, *La tutela risarcitoria per violazione della concorrenza, in id., le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017,

CARUSO A., *Colpa nell'illecito antitrust, in danno e responsabilità*, 1998.

CASORIA E R. PARDOLESI; *Disciplina della concorrenza, private antitrust enforcement e attivismo giudiziale*:

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

CASSINIS P., *Public e private enforcement', azioni collettive e Libro Bianco della Commissione sulle azioni di risarcimento danni da violazioni antitrust*, Civiltà Europea 199 2010;

CASSINIS, *I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006

CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in dizionario sistematico della concorrenza

CASSINIS-GALASSO, *Il ruolo dell'autorità garante della concorrenza e del mercato tra public e private enforcement*, In Benacchio-Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Padova, 2012,

CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, , Milano 2012,

CASTELLI, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *giur. comm.*, 2009

CASTRONOVO, *Antritrust e abuso*, cit., 471; id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno Resp.*, 2004

CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno Resp.*, 2004,

CAUFFMAN - PHILIPSEN, *Who does what in competition law: harmonizing the rules on damages for infringements of the eu competition rules?*, in Maastricht European Private Law Institute. Working Paper 2014/19,

CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano 1964

CAVALLONE, voce "esibizione delle prove nel processo civile" in *dig. disc priv.*, sez. civ., VII, TORINO, 1991, 665 ss.

CENDON P. & PONCIBO' C. *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014

CENDON, *IL risarcimento del danno al consumatore*, cit., pp. 358 ss.

CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. E): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3448;

CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *aa.vv., due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, suppl. al n. 4, p. 101 ss.

CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità, in concorrenza e mercato*, 2014, Milano, 2014, 280 s.

CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *giur. comm.*, 2008, i, p. 109

CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;

CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *riv. dir. proc.*, 1984

CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in www.giustizia-amministrativa.it;

COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 224

COHNFELDT R., *Die lehre vom interesse nach römischem recht. mit rücksicht auf neuere gesetzgebung*, Leipzig, 1865, 93 ss;

COLANGELO G., *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario* (nota a Corte di Giust. Comunità Europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), 4 *Corriere Giuridico* 456 2002;

COLANGELO M., *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco, Europa e diritto privato* 660 2008;

COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 151.

COLANGELO, *Le evoluzioni del private antitrust enforcement, da Courage al Libro Bianco*, in *eur. Dir. priv.* 2008, pp 655-

COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, p. 119.

COMOGLIO, note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. *Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, rivista trimestrale di diritto e procedura civile, fasc.3, 1 settembre 2017

COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie — verso nuove forme di giudicato*, in *il giusto proc. civ.*, 2016, p. 195.

CONNOR, *Has the european commission become more severe in punishing cartels? effects of the 2006 guidelines*, in *Eu. Comp. Law Rev.*, 2011, 1, 27-36; id., *Cartel fine severity and the european commission: 2007-2011*, *ivi*, 2013, 58 ss.;

CRAIG P. *The Jurisdiction Courts Reconsidered In The European Court Of Justice*, Edite By G. De Búrca, J. Weiler, Oxford 2001

CSERES K.J., MENDES J., *Consumer's access to EU competition law procedures outer and inner limits*, in *Comm. Mark. L. Rev.* 2014

CUMMING G. – REUDENTHAL M., *Civil procedure in EU competition cases before the english and dutch courts. kluwer law international*, 2010

CUMMING G.A., *Courage Ltd. V. Creahn*, 23 *European Competition Law Review* 199 2002;

DI MAJO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage Ltd C. Crehan*), in *Europa E Diritto Privato*, 791 2002;

DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2008

DANOV M., F. BECKER, *Governance aspects of cross border EU competition actions, theoretical and practical challengers*, in *journal of private international law*, 2015

CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, cit., p. 123.

DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015

DE LUCIA -M. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, In *Concorrenza E Mercato*, 2011

DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in Treccani – diritto on line, 2013,

DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010,

DENOZZA *antitrust*; Bologna, 1988

DENOZZA F.; L. TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust, in funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in aa.vv., 20 anni di antitrust, a cura di Rabitti Bedogni-Barucci, cit., 137 ss.;

DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2003, DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico del diritto antitrust*, in merc. conc. reg., 2006

DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in Giur. Comm. 2011

DI GIAMBATTISTA, *Damages action for breach of ec treaty antitrust rules; a critical assessment of the european commission's green paper*, in Dir. Unione Europea, 2006

DI MAJO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in eur. dir. priv. 2002

DIEMER C., *The green paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules*, European Competition Law Review 309 2006;

DITTRICH, *la ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in riv. dir. proc., 2011

DONATIVI, *Introduzione storica*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1993

D'OSTUNI, *Il concetto di intesa, in pace* (a cura di), dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Napoli, 2013

DRAKE S., *Scope of Courage and the principle of —individual liability for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the court of justice*, 31 European Law Review 841 2006;

DRAKE, *Scope of courage and the principle of “individual liability”, for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the court of justice*, in Eur. L. Rev. 2006

E. AL MUREDEN - BASTIANON S. - CASOLARI F.- DAL POZZO F. - DE PAMPHILIS M.- DI FEDERICO G.- FERRARO F. - FRATEA C.-SCHEPISI C., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza* (a cura di) Pietro Manzini, Giappichelli, 2017;

EILMANSBERGER T., *The green paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, 44 Common Market Law Review 431 2007;

EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in ec law: in search of the missing link*, in CMLR, 2004

ELHAUGE – D- GERARDIN, *Global competition law and economics*, hart publishing, Oxford And Portland, Oregon, 2007, p.11;

F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna 2001, pp.101 ss.

FABBIO, *Azione di classe ex art. 140 bis c. cons. e illeciti «concorrenziali», ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, in AIDA, 2010

FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in conc. e merc., 2013,

FABBRINI, voce presunzioni, in dig. disc. priv., sez. civ., xiv, Torino, 1996, 280;

FABIANI, *Imparzialità del giudice civile, efficienza del processo e prove officiose*, in *corriere giur.* 8/2010

FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012

FATTORI P., M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2004,

FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di riparazione del danno*; Milano 2008;

FERRI, voce Concorrenza, in *Enc. dir.*, Giuffrè Milano

FIENGO G., *Tutela antitrust del consumatore: il Libro Bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto, il diritto dell'unione europea* 357 2010;

FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli nel diritto della concorrenza*, in *concorrenza e mercato*, 2011,

FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *dir. ind.*, 2016, 234 ss; il quale segnala la imprecisa formulazione della norma.

FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità delle decisioni con impegni*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2011

FRANZINA, *Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla Legge di riforma del diritto, dal internazionale privato ai criteri di giurisdizione della convenzione di Bruxelles*, in *riv. dir. int.*, 2009,

FRANZONI M., *Il danno risarcibile* in trattato della responsabilità civile, Milano, 2004

FRANZONI, *Fatti illeciti*, supplemento in commentario al codice civile a cura di A. Scialoja; G. Branca; Bologna-Roma 2004,

FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2004,

FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'unione europea*, Napoli, 2015, 51.,

FRIEDERISZICK, M. RAUBER, *A fleet without a captain? taking stock of European antitrust litigation post eu directive*, in *cp antitrust chronicle journal*, January 2015

FRIGNANI A., BARIATTI S., *Disciplina della concorrenza dell'UE*, Cedam, 2016

FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008,

FRIGNANI, *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust* (relazione al convegno "I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali" Trento, 15-16 aprile 2011) in *Dir. Econ. Ass.* 2011

FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *mercato, concorrenza e regole*, 2013,

FUCITO F., *Sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori. Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile. Aumento dei premi, diritto e giustizia* 114 2006;

G. VETTORI, *Contratto e responsabilità: il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti degli investitori e delle imprese deboli, oltre il consumatore*, Cedam, 2013

GALBUSERA, *La capacità di intendere e di volere*, in *"la sanzione amministrativa"*, Torino, 2012

GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998;

GALLO D., *Il tribunale delle imprese*, in *soc e fallimento*, giuffrè, 2014

GARILLI, «Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust», in *nuova giur. civ.*, 2002,

GARRIDO PÉREZ, *El sistema passing-on: el ejercicio de la acción y defensa procesal, in la indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, dirs. A. Fonti Ribas, B. Villa Costa, Madrid, 2012

GENOVESE, *il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli 2005

GERADIN -GRELIER, *Cartel damages claims in the european union: have we only seen the tip of the iceberg?*, scaricabile dal sito www.ssrn.com.

GERBER D. J., *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: Stati Uniti Ed Europa a confronto*, in quotidiano cde, 2010

GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in the enforcement of competition law in Europe* edited by T.M.J. Mollers A. Heinemann, Cambridge University Press, 2007,

GHIDINI, voce Monopolio e concorrenza, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1976

GIAMPIERETTI, Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, in *Diritto e società*, 2003

GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, comma 1, della Direttiva antitrust*, 2015.

GIUDICI P., *I prezzi predatori*, Milano 2000;

GIUDICI, La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari, Giuffrè, Milano, 2008,

GIUSSANI, *Aspetti processuali dell'azione di classe antitrust*, in AIDA, 2010, Id., *L'azione di classe: aspetti processuali*, in AIDA, 2013

GIUSSANI, Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008

GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *riv. dir. comm.*, 1951

GRASSANI, *The UE directive on antitrust actions for damages and its side-effects on civil procedure in the european union*, in *cpi antitrust chronicle*, january 2015

GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc.5, 2016

GRIMALDI P., *Danno anticoncorrenziale nei contratti stipulati dal contraente finale*; in *Danno E Responsabilità* 19 2007,

GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro It.*, 2004

H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*; St. Paul Min. 1999

HARDIMAN D. – BRANTON J., *Damages now available for breaches of ec competition law*, 96 *Gazette Of The Law Society Ireland* 50 2002;

HAUSFELD, *The importance of private competition enforcement in Europe in Comp. L. Int.*, august 2002,

HAVU K., *Horizontal liability for damages in eu law – the changing relationship of EU and national law*, 18 *European Law Journal* 407 2012;

HODGES C., *Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?*, *Common Market Law Review* 1381 2006;

HOLMES K. – DOIG N.W., *Views on the commission's green paper on damages actions for breach of ec antitrust rules: causation and passing-on defence*, *Competition Law Journal* 123 2006;

HOLMES, *Follow on damages: the cat or the high court?* in *eur. comp. l. rev.* 2010

HOVENKAMP H., *Federal antitrust policy*, St Paul, Minn., 1999

HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. the law of competition and its practice*. St Paul, Minn., 2005

IANNUCELLI P., *Il private enforcement del diritto della concorrenza in italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *riv. soc.*, 2006

IANNUCELLI P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.* 2012,

JACOBS F.G., EISENHOFER T., *Procedural aspects of effective private enforcement, enforcement of ec competition rules*, a community Paris, 2004

JONES A, D. BEARD, *Contractors, damages and article 81: the ECJ finally speaks*, in *Eur. Comp. l. rev.* 2002

JONES, *Private antitrust enforcement in europe: a policy analysis and reality check, in world competition*, vol. 23, n. 2, 2004

KAMNIN *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, 2014,

KLOUB J., *White paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules: plea for a more holistic approach to antitrust enforcement*, *European Competition Journal* 515 2009;

KOMNINOS A., *New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages*, 39 *Competition Market Law Review* 447 2002;

KOMNINOS A.P., *Ec private antitrust enforcement. Decentralised application of EU competition law by national courts*, Oxford And Portland, 2008

KOMNINOS A.P., *Enter the white paper for damages actions: a first selective appraisal. Global competition policy* 2008

KORTMANN J. – SWAAK C., *The ec white paper on antitrust damage actions: why the member states are (right to be) less than enthusiastic*, *European Competition Law Review* 340 2009;

KRAUSKOPF-BABEY, *Competition law: private enforcement and forum shopping*, in BASTIANON S. (a cura di), *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, atti del convegno tenuto a Bergamo 11 aprile 2011,

LA CHINA S., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960

LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*; in *contr. impr.*, 2013

LACCHI C. *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi di clemenza: la sentenza pfeleiderer*, *Giustizia Civile* 2528 2011;

LANDE R.H., *Beneficios potenciales de la aplicación privada del derecho de la competencia, in La aplicación privada de la competencia, directores L.A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ladesma, J.A. Echabarría Sáenz, C. Herrero Suárez, J. Gutiérrez Gilsanz*, Valladolid 2011,

LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012;

LIBERATORE, *Disciplina della concorrenza e tutela del consumatore*, in *trattato di diritto privato DELL'UNIONE EUROPEA*, diretto da AJANI-BENACCHIO, III, *i diritti dei consumatori*, a cura di ALPA G., 1, Torino, 2009

LIBERTINI M., «L'applicazione delle norme anti-trust europee», in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di c. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, vol. III, 367 e ss

LIBERTINI M., «Le intese illecite», in *i contratti della concorrenza*, a cura di A. Catricalà E E. Gabrielli, Torino, 2011,

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in danno resp., 2004

LIBERTINI M., *Autonomia privata, e concorrenza nel diritto italiano*, in riv. dir. comm.,, 1998

LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura Di F. Galgano, iv, Cedam, Padova, 1979

LIBERTINI M., *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, in riv. it. Scienze Giur., 2012

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014;

LIBERTINI M., *Il «private enforcement» e le sanzioni amministrative*, in *concorrenza e mercato* 2007, Milano, 2008,

LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle regole antitrust*, in *giurisprudenza commerciale*, 1998

LIBERTINI M., *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate* in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli Ee G. Olivieri, Padova, 2007

LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust, alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. E Merc.*, 2014

LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, Milano, 2005

LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in *i contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli (in *trattato dei contratti*, dir. Da P. Rescigno e E. Gabrielli), Torino, 2011,

LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005

LOLLERS; *Private enforcement of competition law in Europe – the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in *eur. dir. priv.* 2014

LUMINOSO A., *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano 1972;

P.G.MONATERI, *La responsabilità civile*, 621 ss; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2007

MACCULLOCH A., *Competition – beer tie – right to damages*, *Student Law Review* 41 2002;

MAGGIOLINO, *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2013

MAGGIOLINO, *La prova dei fatti economici*, in *Ragion pratica*, 2016

MAHER I., *A fine balance: the national courts, the european commission and EU competition law*, 33 *Dublin University Law Journal* 153 2011;

MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto Impr. Europa*, 2015

MALATESTA, *Art. 81 sez. 3 e 4, commentario breve ai trattati dell'unione europea*, p. 520

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol.II, Torino, 2010

MÄNSCH G., *Private claims with respect to violations of the E.U. cartel prohibition – Courage and the consequences*, *europarecht* 825 2003;

MARCANTONIO, *Danno antitrust dopo l'introduzione della class action: back and forth intercation tra il giudice e l'antitrust?*, in *conc. mercato*, 2014

MARINO S., *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza, in contr. e impr./eur.* 2014

MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa, in Riv. crit. dir. priv.*, 2010

MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie in funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010

MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, ed.it., Catania, 2006, p. 17; A.R. POSNER, *Antitrust law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976

MAZZEI, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust, Un'analisi di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2004

MELI, *Autonomia privata, sistema di invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, giuffrè, 2001

MELI, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 247 ss.;

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994

MERKIN R., *The legality of beer ties under ec law: a UK perspective*, *Competition Law Insight* 5 2003; ALBORS-LLORENS A., *Courage V. Crehan: judicial activism or consistent approach?*, *Cambridge Law Journal* 38 2002;

MEURKENS, E.NORDIN, *The power of punitive damages, is europe missing out?*, antwerp-cambridge 2012.

MILUTINOVIC, *The Antitrust Damages Directive*, *Chronicle* jan 21, 2015

MOLLERS, *Private enforcement of competition law in Europe - the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in *Europa Dir. Priv.*, 2014, 821;

MOMMSEN F., *Beiträge zum obligationenrecht, ii, zur lehre von dem interesse*, braunschweig, 1855

MONATERI, *La responsabilità civile*, cit, 19s; G. PONZANELLI, *Danni punitivi no grazie*, in *foro it.*, 2007

MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella Direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Conc. Merc.*, 2014

MONTEMAGGI S. *Dalla Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, *la Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 634 2007

MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006

MONTESANO L., G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol.1, tomo II, Padova 2001

MONTI G., *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, *27 European Law Review* 282 2002;

MORGESE, *Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria, in studi di integrazione europea*, 2006

MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, parte generale e obbligazioni*, I vol., Torino, 2013

MOTTA-POLO, *Leniency programs and cartel prosecution, in international journal of industrial organization*, vol. 21, 2003

MUCCIARELLI F., *Le sanzioni della Legge antitrust*, in *legislazione penale*, 1990, 415;

MUSCOLO; *Relazione presentata al vi convegno antitrust di Trento: tavola rotonda sul danno antitrust*, presso l'università di Trento il 07.04.2017.

NASCIMBENE B. *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust: prospettive in tema di collective redress*, *Il Diritto Dell'Unione Europea* 731 2012;

NEBBIA P. – SZYSZCZAK E., *White paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules*, *European Business Law Review* 635 2009;

NEBBIA P., *So what happened to mr. Manfredi? the italian decision following the ruling of the european court of justice*. *European Competition Law Review* 591 2007;

NEGRI *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006

NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006, pp. 50 ss. e 177 ss., NEGRI, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012

NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *int'l is*, 2014

NERVI, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, in R. Di Raimo-V. Ricciuto, a cura di, *Impresa pubblica e intervento dello stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007

NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994

O'DONOGHUE - A. J. PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, Hart publishing, Oxford Portland, Oregon, 2006

ODUDU O – EDELMAN J., *Compensatory damages for breach of article 81*, *European Law Review* 327 2002;

OPPO, «Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza», in *riv. dir. civ.*, 1993, p. 543

ORO' MARTINEZ, *Litigacion intrnacional y acciones de in demnización*, Madrid 2012

OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004,

PACE, *Dizionario completo della concorrenza*, 2013

PACE, *The application of antitrust law by national courts. the influence of the « private enforcement negative harmonization framework » of the court of justice in the italian experience*, in *remien* (a cura di), *Schadensersatz Im Europaischen Privat- Und Wirtschaftsrecht*, Tübingen, 2012

PAGE, *Antitrust damages and economy efficiency: an approach to antitrust injury in the university of Chicago law review*, vol 47, 1980

PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente - situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005

PALLOTTA O., *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, *il Diritto Dell'Unione Europea* 305 2007

PALLOTTA O., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011;

PALMIERI A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazione extravagantes per un argomento inconsistente*, in *Foro It.*, 2003

PALMIERI A., PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni"*, in Foro It. 2002

PARDOLESI R. – PALMIERI A., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni»* (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, Courage Ltd. c. Crehan), in Foro Italiano 76 2002;

PARDOLESI R., *Private enforcement of antitrust law in the UE*, studi in onore di Aldo Frignani, a cura di G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck, Napoli 2011,

PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 123). ID. *chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in merc. conc. reg., 2007

PARDOLESI, *cartello e contratti dei consumatori: da Liebman a Sansone?*, in Foro It., 2004

PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in merc. conc. reg., 2011

PARLAK S., *Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing-on defence be rejected now that indirect purchaser has standing after Manfredi and the white paper of the European Commission?*, World Competition 31 2010;

PARLAK S., *Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing on defence be rejected now that indirect purchaser has standing after Manfredi and the white paper of European Commission?* in world comp. l. econ. rev. 2010

PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in dir. ind., 2016,

PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in riv. dir. civ. 2001

PERETZ G., *Pass go and collect gbp 200: winning damages in —monopoly*, 152 New Law Journal 1918 2002;

PERFETTI L. – BARIATTI S., *Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della Commissione e del codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario 1151 2008.

PERFETTI L.R., *La dimensione pubblica dei diritti individuali. il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'unione europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in aida 2012, Milano, 2013

PESCE C. *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, Il Diritto dell'Unione Europea 145 2011;

PEYER, *The antitrust damages directive – too little too later*, In Cpi Antitrust Cronicle, January, 2015

PHAESANT J., *Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's green paper*, 27 European Competition Law Review 365 2006

POCAR; *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997

PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in riv. dir. civ., 1983

PROSPERETTI L., *Il Libro Bianco della Commissione europea: qualche osservazione da un punto di vista economico*, in (a cura di) Rossi Dal Pozzo, F. E. Nascimbene, B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009

PROSPERETTI L., *Damages, fines, deterrence and over-deterrence: some reflections on the white paper, in the light of national courts' experience in private antitrust actions*, in

Raffaelli E.A. (a cura di), *Antitrust between ec law and national law*, Bruxelles-Bruylant, 2009;

PROSPERETTI, I. TOMASI, E. PANI, *Il danno antitrust, una prospettiva economica*, Bologna, 2009

PROSPERETTI, *Porcospini affettuosi, alcuni problemi di prova e misura del danno antitrust tra economia e diritto*; Bologna, 2009

PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali, i controlli interni*, in riv. trim. app., 1995,

PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE, Responsabilità civile e previdenza, fasc.3*, 2016

REHER T., *The commission white paper on damages action for ec antitrust rules*, the European Antitrust Review 38 2009;

REICH N., *The «Courage» doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injury?*, Common Market Law Review 35 2005;

RILEY A., *Americanising EU antitrust legislation*, acquisitions monthly 18 2001; WILLIAMS R., *European competition law – restitution – in Pari Delicto Rule*, 23 Dublin University Law Journal 194 2001.

RIZZUTO F., *The procedural implication of Pfleiderer for the private enforcement of european union competition law in follow-up actions for damages*, 4 global competition litigation review 116 2011.

ROMA M., *Abuso escludente mediante contratto*, in i contratti della concorrenza, a cura di A. Catricalà, E. Gabrieli, Torino, 2011

RONDINONE, *l'«attività» nel codice civile*, Milano, 2001

RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in società, 2014, p. 784;

ROSSELLO, *concorso del fatto colposo del creditore*, in trattato della responsabilità contrattuale a cura di G. Visentini, Padova, 2009, 411,

ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990,

ROSSELLO, *Private enforcement: la proposta della Direttiva sulla violazione antitrust ed il risarcimento del danno* su www.dirittobancario.it.

ROSSI G., *«Take Courage!» la Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in il Foro Italiano 90 2002;

ROSSI, *Le regole del mercato fra europa ed america, relazione introduttiva al convegno «antitrust e globalizzazione»* del 19 settembre 2003, pubblicato su la repubblica del 20 settembre 2003

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in riv. dir. civ., 1957

SALOMONE E., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, rivista trimestrale di diritto e procedura civile 875 2007.

SALVI, *Il danno extracontrattuale modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 87; id. *La Responsabilità Civile*, Milano 1998

SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; id., *Proporzionalità*, in dizionario di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, Vol. V, Milano, 2006,

SANTA MARIA, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti*

anticoncorrenziali fra Libro Bianco e Legge italiana in il private enforcement delle norme sulla concorrenza a cura Di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, Milano 2009, pp. 75-100

SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e della dottrina successiva*, in riv. trim. dir. pubbl., 2000, 145 ss.

SCOCCINI, *I limiti ai poteri istruttori officiosi nelle cause civili in materia di diritto della concorrenza*, in rivista di diritto industriale, fasc.3, 2017,

SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in dir. amm., 2010, 503 ss;

SCUFFI M., *I difficili rapporti tra i programmi di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust*, Il Diritto Industriale 471 2010.

SILVESTRI, *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in riv. trim. dir. e proc. civ., 1997

SIRAGUSA M., EMANUELE C.F., D'OSTUNI M., *La responsabilità civile in materia antitrust*, tomo ii, in codice ipertestuale della responsabilità civile e a cura di Confortini, Carnevali E Bonilini, Torino, 2008;

SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in Conc. e merc., 2014

SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998

SPAGNOLO, *Divide et impera: optimal leniency programs*, cepr discussion paper no. 4840, gennaio, 2005; BUCCIROSSI-SPAGNOLO, *Optimal fines in the era of whistleblowers. should price fixers still go to prison?*, in Learresearch paper 05/01, 2005;

SPAGNOLO, *Leniency and whistleblowers in antitrust*, in Buccirossi (a cura di), *handbook of antitrust economics*, Cambridge, mass., 2008, 1281 ss. (disponibile nel sito www.ssrn.com).

STUYCK J., *Courage C. Crehan*, European Review Of Contract Law 229 2005;

SULLIVAN - W.S. GRIMES, *The law of antitrust: an integrated handbook* 2^a ed., 2006, Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006, p. 953;

TADDEI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta della Direttiva UE del 2013*, in conc. e merc. 2014

TARDELLA E., *Private enforcement delle regole di concorrenza: quale equilibrio?*, in Raffaelli, E.A. (a cura di), *Antitrust between ec law and national law*. Bruxelles: Bruylant, 468 2009

TARUFFO, (a cura di), *La prova nel processo civile, in trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto Da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012

TARUFFO, *La verità nel processo*, in riv. trim. dir. e proc. civ., 2012

TAVASSI M., M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*; Milano, 1998

TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in cg, 2012

TESAURO G., *Diritto dell'unione europea*, Padova 2012

TESAURO-RUGGIERO, *Private damage actions related to european competition law in italy*, in *journal of european competition law*, v. 1, n. 6, 2010

TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione delle normative antitrust*, Milano, 1996.

TONELLI L., *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*. (nota a Corte di Giust. comunità europee, 20 settembre 2001, n. 453/99, Courage Ltd. C. Crehan), in *Responsabilità Civile E Previdenza* 673 2002;

TORINO, *Lezioni di diritto europeo dei consumatori*, Torino 2010

TORRES-ARREOLA LP, CONSTANTINO-CASAS P, FLORES-HERNANDEZ S, VILLA-BARRAGAN JP, RENDON-MACIAS E., *Socioeconomic factors and low birth weight in Mexico*, *bmc public health*. 2005 mar 3;5(1):20

TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967

TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella Direttiva sull'antritrust private enforcement* (Direttiva 2014/104/UE), in AIDA, fasc.1, 2015 TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, cit., p. 363; PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in Catricalà-Garbielli, *i contratti nella concorrenza*, Torino, 2011

TRULI E., *White paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules: the binding effect of decisions adopted by national competition authorities*, *European Competition Journal* 795 2009;

VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009

VAN GERVEN W., *Crehan and the way ahead*, *European Business Law Review* 269 2006;

VASQUES, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno Resp.*, 2012

VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 178 ss.

VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 203 e ss.

VILLA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008

VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in trattato del contratto a cura di V. ROPPO, Milano, 2006,

VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2015

VINCRE, *La dir. 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996

WAELBROECK, D. – SALTER, D. – EVEN-SHOSHAN Studio Ashurt, *study on the condition for claims of damages in case of infringement of eu competition rules*, comparative report, 31 agosto 2014.

WALKER, *The importance of a theory of harm*, in *eur. comp. l. rev.* 2010

WALLER, *Access and information remedies in high tech antitrust*, in *loyola university of chicago school of law research paper* 2011-018; *Antitrust and social networking*, scaricabile dal sito www.ssrn.com;

WALSH, *Carrots And Sticks-Leniency And Fines In Ec Cartel Cases*, in *Eu. Comp. Law Rev.*, 2009

WILS, *Leniency in antitrust enforcement: theory and practice*, in *world competition: law and economics review*, v. 30, n. 1, 2007, 25; SANDHU, *The european commission's leniency policy: a success?*, in *European Competition Law Review*, 2007

WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3,

WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, Torino, 1925

ZENO-ZENCOVICH, *consumatore (tutela del) (diritto civile)* – voce di aggiornamento *Enc. Giur. Treccani*, Roma 2001, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, in G. Olivieri- A. Zoppini (a cura di), *contratto e antitrust*, Laterza, Bari 2008, pp. 195-204

ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinali americani*, in *le pene private*

ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto* a cura di G.GITTI, G.VILLA, Bologna, 2008