



Scuola dottorale "T. Ascarelli", dottorato di ricerca in
"Consumatori e mercato"

XXVIII ciclo

***L'azione di risarcimento del danno da illecito
antitrust: la direttiva 104/2014/UE***

Dottoranda: *dott.ssa Vacca Stefania*

Tutor: *Prof. Vincenzo Cuffaro*

Coordinatore: *Prof.ssa Maddalena Rabitti*

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DELLA CONCORRENZA. REGOLE ED *ENFORCEMENT*

1. Premessa.....	14
2. Il principio europea della concorrenza: l'impatto sul sistema interno.....	16
3. Le regole della concorrenza. A) Le norme antitrust europee.....	25
3.1 B) Le norme antitrust nazionali.....	37
3.1.1 Segue. L'art. 21 bis della L. 287/1990 e gli impegni.....	45
4. Gli strumenti di <i>public</i> e <i>private enforcement</i> la tutela della concorrenza tra regole pubblicistiche e regole privatistiche.....	52

CAPITOLO II

IL PRIVATE ENFORCEMENT NELL'ORDINAMENTO INTERNO: L'AZIONE RISARCITORIA PRIMA DELLA DIRETTIVA 2014/104/UE

1. Premessa.....	59
2. Il formante giurisprudenziale all'origine dell'azione risarcitoria da illecito antitrust. L'emersione degli interessi meritevoli di protezione.....	60
3. I caratteri dell'azione risarcitoria da illecito antitrust: ambito soggettivo di applicazione e struttura. In particolare, l'elemento soggettivo	68
3.1 Segue. Il nesso causale.....	77
4. La (difficile) prova del danno.....	88
5. La traslazione del danno.....	95
6. La sorte del contratto "a valle" dell'intesa vietata.....	97

CAPITOLO III

LA DIRETTIVA 2014/104/UE E LA SUA ATTUAZIONE

1. Premessa	105
-------------------	-----

2. La direttiva 2014/104/UE: contesto e finalità.....	106
3. L’attuazione della direttiva 2014/104/UE: il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 e il micro-sistema della responsabilità da illecito antitrust.....	110
3.1 La legittimazione attiva. In particolare, le azioni collettive.....	114
3.2 Dalla divulgazione delle prove alla “esibizione” delle prove.....	120
3.2.1 Segue. La divulgazione/ esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell’autorità garante della concorrenza.....	133
3.3 L’art. 9. Le azioni <i>follow on</i> e il carattere vincolante del provvedimento dell’autorità garante della concorrenza.....	140
3.4 Nesso causale e <i>passing on</i>	151
3.5 La quantificazione del danno.....	155
4. Considerazioni conclusive.....	160
BIBLIOGRAFIA.....	165

INTRODUZIONE

La disciplina antitrust nasce con un'impronta eminentemente privatistica, coincidente con l'introduzione delle regole di "leale concorrenza" nei codici ottocenteschi.

Tali discipline costituiscono la prima affermazione di una generale libertà di esercizio delle attività commerciali e industriali, direttamente tributarie dei contenuti e della diffusione del pensiero liberale in Europa quale effetto della Rivoluzione francese. Operando come meccanismi di regolazione di interessi omogenei e di conflitti interni degli appartenenti a una determinata categoria professionale, esse si contraddistinguevano per la loro riferibilità alla sola attività di impresa in una dimensione esclusivamente individuale e intersoggettiva, disconoscendo *in toto* l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla fisionomia concorrenziale del mercato.

Il valore della concorrenza in senso moderno, segnato dal passaggio dalla originaria dimensione individuale ad una più spiccatamente pubblicistica, si deve alla funzionalizzazione delle norme sulla concorrenza al disegno di integrazione comunitaria; i Fondatori della Comunità economica europea, infatti, ebbero ben chiaro fin da subito che la libera concorrenza avrebbe dovuto ergersi a principio essenziale e indefettibile per la creazione di uno spazio economico europeo (mercato comune europeo), non a caso efficacemente definito come "tessuto connettivo dell'Europa".

Oggi la libertà di concorrenza è un principio che ispira il diritto e le politiche europee, trapassando come direttiva di fondo tutti i settori di intervento dell'Unione. La realizzazione e il mantenimento di uno spazio comune volto ad agevolare gli scambi di beni e servizi, l'imposizione di comportamenti corretti, la prevenzione e la sanzione di abusi nonché la protezione di tutti i soggetti che "popolano" il mercato costituiscono le finalità precipue della regolazione che si propone l'Unione.

Da questo punto di vista, ciò che viene a cambiare è dunque l'obiettivo: non più l'interesse particolare delle singole imprese concorrenti all'uso di armi proprie nella competizione, ma la predisposizione di un limite esterno alle

condotte private in funzione della tutela dell'interesse generale del mercato. La vera rivoluzione allora sta nel fatto che il conflitto tra imprese acquisisce rilievo in quanto dalla sua disciplina si ottiene l'effetto, più ampio, di tutelare i mercati e tutti i soggetti che lo popolano, compresi i consumatori.

Acquisito che la concorrenza costituisce un ineludibile predicato per il buon funzionamento del mercato, le norme predisposte in materia seguono un doppio binario: europeo e nazionale.

Nell'ordinamento europeo, la tutela della concorrenza è assicurata mediante un regime di applicazione diretta delle fattispecie di illecito, contenute agli artt. 101 e 102 TFUE nonché agli artt. 106-109 TFUE. Così, da un lato, sono individuate regole (artt. 101 e 102 TFUE) che hanno come destinatari i soggetti che svolgono attività d'impresa, ai quali si chiede di evitare comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune; dall'altro, la normativa antitrust (artt. 106-109 TFUE) si rivolge altresì agli Stati membri, ai quali vieta, salvo specifiche deroghe, di concedere aiuti o risorse sotto qualsiasi forma alle imprese in ragione del loro carattere nazionale.

Alla prospettiva del legislatore europeo, per il quale la concorrenza è l'indispensabile collante per procedere all'integrazione dei mercati degli Stati membri, si aggiunge quella "domestica", di appannaggio esclusivo degli Stati membri, parimenti interessati ad assicurare *in house* un mercato concorrenziale.

Nell'ordinamento interno, la disciplina della concorrenza è contenuta nella L. 10 ottobre 1990 n. 287, «*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*», la quale racchiude le fattispecie di illecito antitrust sulla falsariga della disciplina comunitaria e affida l'intero *enforcement* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Pur essendoci ampia convergenza tra le normative in parola, la possibilità che da tale doppio sistema possano discendere applicazioni confliggenti a discapito del diritto europeo è comunque scongiurata dal regolamento europeo n. 1/2003, in cui sono enunciate regole calibrate sulle direttrici del decentramento e dell'integrazione, secondo i principi di sussidiarietà e leale collaborazione. In particolare, di rilievo centrale è lo *European Competition Network*, rete europea intessuta tra le varie autorità garanti

di ciascuno Stato membro con l'obiettivo di coordinare l'attuazione decentrata della disciplina europea antitrust e di concordare linee comuni di azione su temi politici di interesse generale. A livello verticale, la coerenza del sistema di *enforcement* è invece assicurata dal ruolo affidato alla Commissione europea, a cui sono attribuiti poteri che le consentono di avocare a sé il procedimento d'indagine e di comminare l'eventuale sanzione a fronte di un'infrazione antitrust di rilievo europeo.

Fin qui i sistemi di tutela della concorrenza, europeo e nazionale, di stampo pubblicistico (cd. *public enforcement*): l'azione di tutela della concorrenza è affidata, secondo una precisa scelta di politica legislativa, ad un'autorità pubblica specializzata, la quale, proprio perché incaricata della missione di presidiare il rispetto della concorrenza da parte degli operatori di un certo settore, è quella tecnicamente più adeguata ed attrezzata per realizzare tale compito.

Accanto al sistema di tutela pubblicistico, l'ordinamento europeo affianca il cd. *private enforcement*.

Sono noti infatti i limiti dell'azione pubblica antitrust: da un lato, essa non è indiscriminata ma deve essere selettiva per poter intervenire nei casi di maggior rilievo; dall'altro la risposta sanzionatoria, di tipo pecuniario, spesso è inferiore al profitto che l'autore dell'illecito antitrust ritrae dal suo comportamento.

Da qui l'esigenza di affiancare allo strumento pubblicistico quello privatistico, consistente nel riconoscimento in capo ai privati di azioni civili dirette per riparare al danno economico subito a causa dell'illecito.

Riconosciuta fin dall'inizio l'efficacia diretta alla normativa antitrust, già nelle originarie intenzioni del legislatore europeo vi era la prospettiva di incentivare l'attivazione di rimedi privatistici in materia antitrust. La stessa Corte di giustizia ha sempre affermato che le disposizioni antitrust contenute nel Trattato producono effetti diretti anche in senso orizzontale e attribuiscono diritti soggettivi la cui violazione può essere fatta valere dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali. Sul questo punto, la Corte di Giustizia Ue ha in più occasioni sottolineato l'importanza di una tutela improntata ai principi di equivalenza ed effettività, pena l'indiretta violazione del principio del

primato del diritto comunitario su quello interno. All'obbligo di predisporre misure di contrasto equivalenti ed effettive, è stato poi aggiunto un secondo principio guida per gli Stati membri in materia di *private enforcement*: quando la Commissione sia effettivamente intervenuta, il giudice nazionale non ha il potere di sindacare la legittimità delle decisioni della Commissione ed è pertanto vincolato da tale decisione.

Alla luce di ciò, dunque, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di prevedere rimedi privatistici dotandosi di specifiche sanzioni civilistiche che siano immediatamente efficaci ed applicabili automaticamente dal giudice nazionale. Quali che siano i rimedi previsti, ciò che maggiormente conta è che essi abbiano un adeguato effetto deterrente.

Le linee guida tracciate dalla giurisprudenza europea sono state finora necessarie, non esistendo nella normativa europea -perlomeno fino alla direttiva 104/2014- una disposizione che attribuisse ai danneggiati di un illecito antitrust comunitario il diritto al risarcimento del danno.

L'ordinamento nazionale ha risposto a queste sollecitazioni prevedendo che in caso di illecito antitrust comunitario, derivante dunque dalla violazione delle norme europee sulla concorrenza, la tutela passi attraverso la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Nel contempo, le acquisizioni giurisprudenziali europee hanno avuto largo impatto anche sul fronte interno, in materia di illecito antitrust nazionale.

Sul punto, si deve ad una nota pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione (sent. n. 2207/2005) l'affermazione di principio per cui «la legge antitrust [legge 289/1990] non è legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere». Oggetto immediato della tutela non è, dunque, il pregiudizio del concorrente- nonostante anche ad esso sia finalizzata la repressione dell'intesa anticoncorrenziale-, ma un più generale bene giuridico ovvero il complessivo gioco economico a cui la generalità dei consociati può prendere parte. Il comportamento anticoncorrenziale vietato,

secondo le Sezioni Unite, costituisce un illecito plurioffensivo sia sotto il profilo della violazione del divieto anticoncorrenziale effettuato con l'intesa restrittiva a monte, sia sotto il profilo del pregiudizio subito a valle dal consumatore, il quale proprio per effetto dell'intesa restrittiva, subisce «la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente». Pertanto, traendo le debite conclusioni, la Corte di Cassazione ha affermato che il comportamento restrittivo della concorrenza è idoneo a cagionare un danno ingiusto, lesivo di un interesse meritevole di protezione; la norma di riferimento individuata dall'ordinamento a tal fine è l'art. 33 legge 287/1990, la quale detta la disciplina processuale dell'azione di nullità e di risarcimento di danni che ne conseguono. Riconosciuta piena legittimazione dei singoli, non solo delle imprese, ad utilizzare la tutela prevista dalla legge in parola, il diritto all'azione risarcitoria del consumatore deve essere trovato all'interno della disciplina della legge antitrust. Tanto ha comportato l'attribuzione della speciale competenza della Corte d'appello anche rispetto alle pretese del consumatore per il pregiudizio subito dalla rottura della concorrenza- cui poi ha fatto seguito il d.l. 24 gennaio 2012, art 2, co. 2.

In questo contesto si inserisce la direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio “*relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*”, con obbligo di recepimento da parte degli Stati membri entro il 27 dicembre 2016. Essa, in realtà, costituisce il punto di arrivo di anni di discussioni sul tema della implementazione del *private enforcement* e si pone a completamento del quadro normativo poc'anzi visto, disciplinando l'ipotesi in cui la condotta anticoncorrenziale di rilievo europeo sia oggetto di una decisione non già della Commissione, ma delle Autorità Antitrust nazionali.

Le finalità precipue della direttiva sono di immediata evidenza: da un lato, rafforzare l'azione risarcitoria da parte del danneggiato e dall'altro, migliorare l'interazione tra *public* e *private enforcement*.

Sotto il primo aspetto, la direttiva introduce un regime spesso di *favor* per il danneggiato e derogabile *in melius* da parte degli Stati membri.

Perseguendo l'obiettivo di rendere effettiva la tutela dell'attore-danneggiato, essa si ripropone un indiretto effetto di deterrenza per le imprese, che passa attraverso un accesso alla giustizia per il danneggiato più facile che in passato e una predisposizione di mezzi atti a superare l'asimmetria informativa anche in sede processuale. Non a caso, le principali agevolazioni per il danneggiato attengono proprio al piano probatorio, perché è in esso che emerge quel forte divario conoscitivo rispetto alla prova degli elementi fondanti la pretesa azionata e che in passato rendevano di fatto impraticabile l'azione risarcitoria.

Quanto al secondo aspetto, al legislatore europeo non è sfuggita la necessità, a livello sistematico, di correggere lo squilibrio esistente tra *public* e *private enforcement* quali strumenti della politica della concorrenza, al fine di preservare l'efficacia e la coerenza di un sistema unico di *enforcement*, articolato su diversi livelli e con diversi attori.

Più in generale, sul piano applicativo, l'armonizzazione delle varie legislazioni nazionali in materia si è resa necessaria proprio perché molti Stati membri apprestavano livelli estremamente differenziati di tutela in materia antitrust, spesso al di sotto degli standard europei. Si è quasi subito compreso che questa situazione andava corretta attraverso la predisposizione di regole omogenee e certe, con l'obiettivo di realizzare un sistema perfettamente livellato e organizzato, che assicurasse ad imprese e consumatori pari opportunità nel mercato interno.

Il legislatore italiano ha dato corso all'obbligo di attuazione della direttiva in parola con il decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017, con entrata in vigore a partire dal 3 febbraio 2017.

La prima novità di rilievo attiene all'ambito applicativo della disciplina in esso prevista. Infatti, pur mancando un obbligo in tal senso nella direttiva europea, il nostro legislatore ha optato per l'uniformazione della materia prevedendo che le nuove norme si applichino non solo alle violazioni della normativa antitrust europea (come previsto dalla direttiva UE), ma anche alla normativa antitrust nazionale, sia che quest'ultima venga applicata "*autonomamente*", sia "*nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione*" (art. 2 lett. b).

Inoltre, anche qui con un approccio non richiesto dal legislatore europeo, il decreto 3/2017, precisando il perimetro della nuova normativa, ha fatto espresso -ed opportuno- riferimento alla *class action* consumeristica, “grande assente” nella direttiva 104.

Il cuore pulsante della disciplina europea, come recepita internamente, si rinviene tuttavia nell’istituto della esibizione (divulgazione) delle prove, nell’utilizzo - disinvolto - di una serie di presunzioni in sede probatoria e nel meccanismo di quantificazione del danno.

L’esibizione delle prove, dalla direttiva 104 indicata come “divulgazione delle prove”, è uno strumento attivabile su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno. Tale richiesta si rivolge al giudice, il quale può ordinare al convenuto o a un terzo l’esibizione/divulgazione delle prove rilevanti che rientrano nel controllo di tale soggetto. È prevista altresì la divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si tratta di un istituto per alcuni versi già noto nel nostro ordinamento (artt. 210 c.p.c. e segg.), il quale, tuttavia, conformato alle esigenze della materia in esame, si segnala come una delle principali novità dell’intervento legislativo nell’intento di realizzare concretamente una tutela giurisdizionale effettiva nonché un processo equo, in cui consentire alle parti di potersi confrontare ad armi pari. Terreno elettivo dell’esercizio di tale mezzo è di certo quello delle azioni *stand alone*, ovvero le azioni risarcitorie incardinate senza un previo provvedimento dell’Autorità garante della concorrenza con cui venga accertata la realizzazione dell’illecito antitrust (come invece accade per le azioni *follow on*).

Rispetto a quest’ultima tipologia di azioni (azioni *follow on*), invece, uno dei profili più discussi della direttiva è l’aver previsto l’efficacia vincolante delle decisioni dell’autorità antitrust nell’ambito dei giudizi promossi avanti ai giudici nazionali del medesimo Stato di appartenenza dell’autorità. Nel recepire tale disposizione, il legislatore nazionale ha dovuto tener conto della posizione largamente consolidata della giurisprudenza, espressasi nel senso di

considerare il provvedimento dell'autorità garante della concorrenza nonché le decisioni del giudice amministrativo del ricorso, come "prova privilegiata" in relazione alla sussistenza della condotta vietata e accertata; questa giurisprudenza, dunque, ammette il convenuto a fornire prova contraria e, nel contempo, limita la *relevatio ab onere probandi* in capo all'attore con riguardo soltanto ad alcuni aspetti, escludendo cioè il nesso di causalità e il danno patito.

Discostandosi dalla giurisprudenza così evocata, la versione definitiva dell'art. 7 del d. lgs. n. 3/2017 sul tema afferma che si deve considerare definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'AGCM passata "in giudicato" per decorso dei termini di impugnazione oppure in esito all'esperimento del giudizio di impugnazione; quest'ultimo deve essere connotato da un sindacato giurisdizionale pieno, che comporti "la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima". L'accertamento dell'AGCM, vincolante quanto alla natura della violazione ed alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, non si estende al nesso di causalità ed all'esistenza del danno, che devono dunque essere provati dall'attore ed accertati in sede civile.

L'ultimo aspetto che merita rilievo nell'ambito della direttiva e del decreto di attuazione è la norma concernente la prova del danno antitrust e la sua quantificazione.

La direttiva conferisce al giudice il potere di stimare, a norma delle procedure nazionali, l'ammontare del danno, se è accertato che l'attore abbia subito un danno ma è impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove a disposizione; a tal fine, introduce una presunzione legale di danno *in re ipsa* in caso di cartello e prevede l'instaurazione di un rapporto di collaborazione istituzionale tra giudice e autorità garante, che si sostanzia nell'apporto collaborativo di quest'ultima su richiesta del giudice e sempre che l'autorità stessa consideri appropriata tale assistenza.

Nell'attuare queste disposizioni, il nostro legislatore ha stabilito che "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". La valutazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. presuppone non solo l'impossibilità della determinazione dell'ammontare del danno, ma anche il raggiungimento della piena prova circa l'esistenza del danno. Proprio sotto tale aspetto viene in rilievo la disposizione secondo cui "l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva la prova contraria dell'autore della violazione"(art. 14, co 2). In ultimo, per agevolare l'attività del giudice il co. 3 dell'art. 14 introduce un meccanismo nuovo nel nostro ordinamento, costituito dall'attività di ausilio e collaborazione tra giudice ed autorità garante in sede processuale, in punto di quantificazione del danno.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DELLA CONCORRENZA. REGOLE ED *ENFORCEMENT*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il principio europeo della concorrenza: l'impatto sul sistema interno – 3. Le regole della concorrenza. A) Le norme antitrust europee – 3.1 B) Le norme antitrust nazionali – 3.1.1 Segue. L'art. 21 bis della L. 287/1990 e gli impegni – 4. Gli strumenti di *public* e *private enforcement*: la tutela della concorrenza tra regole pubblicistiche e regole privatistiche.

1. Premessa

Il mercato, secondo una ricostruzione elaborata nell'ambito dell'analisi economica del diritto, «è un'astrazione, sintesi di realtà diverse che nascondono quelle astrazioni intermedie che chiamiamo mercati. Questi non esistono *ex nihilo* (...) ma la loro stessa esistenza dipende da un certo numero di altre istituzioni: l'istituzione giuridica e la moneta. Il diritto e la moneta sono le due “istituzioni chiave del mercato”»¹.

Di contro, a lungo ha imperato la dottrina della “mano invisibile”² di Adam Smith e più di recente, la teoria del diritto come “mimesi del mercato”³, secondo cui il mercato costituisce una porzione della realtà immune da regole giuridiche ove le regole giuridiche non devono alterarne il corso ma adattarvisi senza creare alterazioni e scompensi.

Al di là della rivendicazione della centralità o meno del diritto, è dato incontrovertibile che ogni mercato debba avere le sue regole poiché lo scambio,

¹ R. Guesnerie, *L'economia di mercato: un manuale per capire, un saggio per riflettere* (1996), trad. it., Milano, 1998, 23.

² Secondo tale teoria, come noto, il mercato è una realtà esterna, spontanea, alla quale si applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica.

³ R. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, 1981.

che lo sorregge, necessita di norme che conferiscano a quelle stesse interazioni credibilità, affidabilità, stabilità e certezza⁴. Nel contempo, la regolazione è coesistente al mercato perché crea le condizioni per il suo corretto funzionamento mediante la trasparenza delle operazioni, la diffusione delle informazioni rilevanti e soprattutto, una concorrenza libera e leale⁵. E' infatti noto come il *favor* per la concorrenza trovi giustificazione negli effetti benefici che la competizione tra imprese arreca ai mercati, alle imprese e ai consumatori, in una più efficiente allocazione delle risorse, in una migliore qualità di beni e servizi, in prezzi più bassi e in una più ampia libertà di scelta per gli utenti del mercato⁶.

Se così è, sembra allora nel giusto quella dottrina che afferma che un approccio più razionale allo studio e alla comprensione di tali fenomeni-mercato e concorrenza-, avvinti da una stretta interrelazione tra diritto ed economia, debba consigliare al giurista di leggere i problemi giuridici con l'ausilio del sapere economico, «di combinare regole, principi, modelli di ragionamento [...] traendoli dalla scienza economica»⁷.

Questa impostazione di metodo, che pare preferibile perché meglio sostiene l'indagine giuridica su terreni economici, fa quindi ben comprendere come il dibattito in materia, partito dall'analisi delle dinamiche economiche

⁴Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, pag. 847 e segg.

⁵ Sull'indagine giuridica del significato da attribuire al termine "concorrenza" si veda Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Riv. Dir. Comm., 2002, I, 7-10, 433 e segg.; id., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in Giur. cost., 2005, 2, 1429 e segg.; id., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri-Zoppini, Roma-Bari, 2008, 89 e segg.

⁶ Per una panoramica generale sulle ricostruzioni della concorrenza nel dibattito teorico passato ed attuale si rinvia a Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, 34 e segg. in *Diritto dell'economia*, a cura di Picozza e Lener.

⁷Tra gli economisti tale consapevolezza emerge in Imbriani e Lopes, *Macroeconomia. Mercati, istituzioni finanziarie e politiche*, Torino, 2013; Ciocca e Musu (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006. Si vedano poi Richard Posner, "prima maniera", in *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977; Calabresi, *The Future of Law and Economics*, New Haven e Londra, 2015; Alpa, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, 479, il quale avverte come l'interrelazione tra diritto ed economia è un metodo ormai acquisito nelle analisi del diritto privato, ove ambiti privilegiati restano la proprietà, il contratto e la responsabilità civile. Pertanto, tale approccio non è più appannaggio del solo settore, più circoscritto, denominato "analisi economica del diritto" poiché "tutte le aree del diritto privato ne sono pervase e non solo quelle aventi contenuto patrimoniale".

che involgono il mercato, si sia oggi per lo più incentrato -come meglio si vedrà nel prosieguo della esposizione- sulle tecniche di orientamento dello stesso in chiave soprattutto proconcorrenziale, dando luogo ad un variegato e multiforme insieme di regole, pubblicistiche e privatistiche, che oggi profilano un vero e proprio “diritto della concorrenza”.

2. Il principio europeo della concorrenza: l'impatto sul sistema interno

Nel nostro ordinamento la centralità della concorrenza quale valore primario nell'attuale quadro costituzionale è il portato diretto del processo di integrazione comunitaria, frutto dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello dell'Unione europea⁸.

I Padri Costituenti, infatti, non conoscevano il valore della concorrenza tanto che essa non figura esplicitamente in Costituzione. Fino al 1990, la disciplina in materia è stata affidata al codice civile, a cui è dedicato il capo I del titolo X del libro V del codice civile, “Della disciplina della concorrenza”. In particolare, le direttrici generali sono condensate dal legislatore in tre norme: l'art. 2595 individua come limiti legali della concorrenza gli interessi dell'economia nazionale e la legge; l'art. 2596 elenca i limiti formali, temporali e contenutistici dei patti limitativi della concorrenza e infine, l'art. 2597 tutela gli utenti delle prestazioni del monopolista legale al quale è imposto un obbligo a contrarre nel rispetto della parità di trattamento. Nelle poche disposizioni successive è raccolta poi la disciplina riguardante le ipotesi di

⁸ Sul tema della disciplina della concorrenza, interna ed europea, si veda *amplius* Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998; Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2003, 11, 1132 e segg.; D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Diritto amministrativo*, 2004, IV, 705 e segg.; id., *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006; Pace, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007; Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; Antonioli, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti, Greco, Milano, 2008; Pera, *Concorrenza e antitrust: usi e abusi del mercato. Le regole e le istituzioni per il suo funzionamento*, Bologna, 2009.

concorrenza sleale individuate dall'art. 2598 c.c.: la cd. concorrenza sleale per confusione, la denigrazione dell'attività e dei prodotti altrui e, infine, l'utilizzo di ogni mezzo con cui direttamente o indirettamente danneggiare l'altrui azienda in spregio ai principi di correttezza professionale⁹. Seguono, agli artt. 2599 e 2600, i rimedi, costituiti dall'azione inibitoria-reintegratoria e dall'azione risarcitoria.

A ben vedere, si tratta di norme che si limitano a proteggere gli interessi dell'impresa concorrente e la correttezza professionale nell'ambito del mercato concorrenziale, restando fuori gli interessi della collettività¹⁰. Siamo ancora lontani dall'idea attuale di concorrenza¹¹.

Il passaggio dalla originaria dimensione individuale del diritto della concorrenza ad una più spiccatamente pubblicistica si deve alla funzionalizzazione delle norme di concorrenza al disegno di integrazione comunitaria: l'assoluta originalità del modello di tutela della concorrenza incorporato nel Trattato CE segna, infatti, la fuoriuscita della concorrenza da una dimensione meramente individuale e intersoggettiva e la sua elevazione a canone di ordine pubblico del sistema¹².

Infatti, il valore della concorrenza in senso moderno è stato fin da subito percepito come essenziale proprio in vista della creazione di uno spazio

⁹ Per approfondimenti sulle diverse problematiche cui ha dato luogo la clausola generale di cui all'art. 2598 n. 3 c.c. si veda Libertini, Genovese, Art. 2598, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2014.

¹⁰ Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., 469.

¹¹ Gli studiosi, nella ricostruzione storico-genetica delle regole di concorrenza, riconducono la prima affermazione di una generale libertà di esercizio delle attività commerciali e industriali ai contenuti e alla diffusione del pensiero liberale in Europa ad opera della Rivoluzione francese. In tale mutamento di prospettiva, la disciplina antitrust nasce con un'impronta eminentemente privatistica, coincidente con l'introduzione delle regole di "leale concorrenza" nei codici ottocenteschi. Tali discipline, operando come meccanismi di regolazione di interessi omogenei e di conflitti interni degli appartenenti a una determinata categoria professionale, si contraddistinguevano per la loro riferibilità alla sola attività di impresa in una dimensione esclusivamente individuale, disconoscendo *in toto* l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla fisionomia concorrenziale del mercato. Si veda *amplius* T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960,4; Libertini, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, 337 e segg.; Ghidini, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 7 e segg.; Franceschelli, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, 33 e segg.

¹² Argentati, *Il principio della concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, cit., 60-61.

economico europeo (mercato comune europeo) da parte dei Fondatori della Comunità economica europea¹³. La libera concorrenza, “tessuto connettivo dell’Europa”¹⁴, è infatti un principio che ispira il diritto e le politiche europee trapassando come direttiva di fondo tutti i settori di intervento dell’Unione (artt. 81-89 TCE). In tal senso, l’edificazione di uno spazio comune volto ad agevolare gli scambi di beni e servizi, l’imposizione di comportamenti corretti, la prevenzione e la sanzione di abusi nonché la protezione di tutti i soggetti che “popolano” il mercato costituiscono le finalità precipue della regolazione che si propone l’Unione.

L’idea, dunque, è che l’impresa il cui comportamento sia svincolato da un’efficace pressione concorrenziale possa operare in modo inefficiente a scapito della qualità dei prodotti o servizi offerti sul mercato ovvero porre in essere condotte a danno di imprese concorrenti, utenti o fornitori, e in ultima istanza, dei consumatori. Pertanto, la concorrenza permane uno dei capisaldi della costruzione europea, complementare alle quattro libertà fondamentali di circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

In verità, anche tale disciplina, come meglio si vedrà, guarda per lo più alle imprese. Tuttavia ciò che cambia è l’obiettivo: non più in una prospettiva di difesa dell’interesse particolare delle singole imprese concorrenti all’uso di armi proprie nella competizione, ma in una prospettiva di limite esterno alle condotte private in funzione della tutela dell’interesse generale del mercato. La vera rivoluzione allora sta nel fatto che il conflitto tra imprese acquisisce rilievo in quanto dalla sua disciplina si ottiene l’effetto, più ampio, di tutelare i mercati e tutti i soggetti che vi intervengono, diventando centrale il contesto generale nel quale le imprese operano, ossia il mercato¹⁵.

¹³ La necessità di integrare l’originario *corpus* delle norme antitrust con regole pubblicistiche si fa strada in Europa quando si prese atto del fatto che la mera garanzia di un’astratta libertà individuale del soggetto economico aveva sostanzialmente fallito la funzione di costituire un criterio ordinante della convivenza socio-economica della nuova società industriale e tanto, vista la diffusione della grande impresa e del processo di concentrazione dei mercati. Così Argentati, *Il principio della concorrenza*, cit., 58; Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1963, 1075 e segg.

¹⁴ Guizzi, *Manuale di diritto e politica dell’Unione Europea*, Napoli, 2015, 681 e segg.

¹⁵ Libonati, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. Soc.*, 2002, 1, 18.

A seguito del processo di integrazione dell'ordinamento comunitario, la pervasività della concorrenza, vista come condizione di efficienza economica del mercato, ha comportato un dirompente impatto di sistema nell'ordinamento interno.

In particolare, sono stati riguardati tanto l'ambito privatistico quanto, e soprattutto, quello pubblicistico¹⁶.

Principiando da quest'ultimo ambito, le ricadute maggiori hanno interessato in primo luogo la gestione pubblicistica di settori di interesse economico generale, determinando ivi l'avvio di imponenti fenomeni di liberalizzazione e privatizzazione.

È infatti noto come la crisi dello "Stato imprenditore" sia dipesa principalmente dall'imposizione europea di un modello concorrenziale nella gestione dei principali settori strategici dell'economia in mano pubblica. Il rispetto dei vincoli comunitari, contenuti agli artt. 85 e 86 TCE (ora artt. 101 e 102 TFUE), hanno infatti indotto il legislatore interno a muoversi secondo le logiche europee della cd. concorrenza nel mercato e della concorrenza per il mercato, aprendo ai privati settori che sono stati per molto tempo di esclusivo appannaggio statale. Invero, la connotazione economica dei beni e servizi, resi direttamente o indirettamente dallo Stato¹⁷ per via del carattere di interesse generale degli stessi, ha posto l'esigenza del rispetto delle regole di concorrenza poiché, proprio per la loro rilevanza economica, assurgono a beni e servizi destinati, in atto o in potenza, ad essere erogati sul mercato. Questa consapevolezza da parte del Legislatore europeo si è tradotta nell'imposizione agli Stati membri di un'importante opera di apertura dei

¹⁶ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2012, 304.

¹⁷ A partire dal secondo dopoguerra, il passaggio dallo "Stato di diritto" allo "Stato sociale di diritto" ha comportato una implementazione dei doveri sociali dello Stato per l'innalzamento del benessere dei cittadini. Ciò ha reso necessaria la configurazione di nuovi modelli organizzativi, diversi dalle tradizionali PA e ispirati piuttosto alle imprese private. Su questa scia, nascono in quegli anni gli enti pubblici economici, società e holding pubbliche e si sviluppano gli affidamenti in concessione ai privati che consentivano allo Stato di esternalizzare il servizio ma conservando penetranti poteri di controllo. Per una ricognizione in materia di servizi pubblici in generale, Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

mercati ai *competitors*, di abbattimento delle barriere all'ingresso con il contestuale superamento delle preesistenti situazioni di monopolio statale.

L'avvio dei processi di liberalizzazione, che attuano la logica della cd. concorrenza nel mercato, ha tuttavia innescato la necessità di individuare soggetti deputati al controllo delle condizioni di accesso degli imprenditori di settore, all'imposizione e al rispetto delle condizioni concorrenziali nonché, stante il rilievo pubblicistico delle attività in parola, alla tutela dei diritti degli utenti. Tale funzione non poteva essere allocata in capo ai tradizionali apparati amministrativi, per l'assorbente rilievo per cui in alcuni settori liberalizzati continuano ad operare soggetti pubblici o in mano pubblica in posizione di fatto dominante in quanto ex monopolisti (cd. *incumbents*). Peraltro, la complessità tecnica dei settori liberalizzati e la fluidità nel loro evolversi richiedevano soggetti altamente specializzati e tecnicamente competenti. Da qui la genesi e lo sviluppo delle Autorità amministrative indipendenti, enti dotati di caratteri e poteri eccentrici rispetto al modello tradizionale di amministrazione con l'obiettivo primario di assicurare il buon funzionamento dei servizi liberalizzati¹⁸.

In sintesi, dunque, l'impatto del principio della concorrenza sul sistema interno in materia di servizi pubblici di interesse economico ha prodotto un radicale mutamento di tale settore: superati i monopoli pubblici, si è assistito ad una progressiva apertura dei mercati agli operatori privati. La fuoriuscita dello Stato dai principali settori che lo vedevano protagonista indiscusso è avvenuta attraverso un graduale processo di privatizzazione degli enti pubblici economici in soggetti di diritto privato (s.p.a.). Il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore ha poi consentito di far fronte a due esigenze: assicurare la concorrenza e sorvegliare, allo stesso tempo, che i servizi resi in un mercato concorrenziale non pregiudichino la "missione" sottesa al servizio stesso ossia la cura dell'interesse pubblico a cui esso è vocato¹⁹.

¹⁸ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 137 e segg.

¹⁹ Va segnalato che nei cd. servizi a rete, ossia quei servizi la cui erogazione presuppone l'utilizzo di una infrastruttura essenziale (trasporti, energia elettrica,..), il rispetto del principio della concorrenza esige di realizzare una separazione netta tra la gestione del servizio e la proprietà della stessa rete con specifici obblighi in capo al proprietario in chiave proconcorrenziale. Al riguardo si vedano Satta,

Laddove un mercato concorrenziale non possa essere realizzato perché, ad esempio, presenta un ambito territoriale circoscritto dalla rilevanza locale del servizio, il principio della concorrenza nella logica comunitaria esige non tanto la cd. concorrenza nel mercato, irrealizzabile, ma la cd. concorrenza per il mercato, con ciò identificandosi le regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto meglio in grado di erogare quei servizi.

Nella stessa logica sono state riscritte le regole in materia di contratti pubblici informati ai procedimenti di evidenza pubblica.

La disciplina dei contratti pubblici trovava in origine la propria collocazione nelle leggi sulla contabilità pubblica. Le regole dell'evidenza pubblica asservivano l'esigenza di fare buon uso delle risorse pubbliche e di rispettare il principio della trasparenza. Oggi la disciplina in materia, di recente passata dal d.lgs. 163/2006 al d.lgs. 50/2016²⁰, è diretta attuazione del diritto derivato europeo e risponde a logiche affatto diverse.

In particolare, tra gli obiettivi perseguiti spicca quello della concorrenza; essa ha ribaltato la logica sottesa all'evidenza pubblica: non solo e non più tanto assicurare il buon uso delle risorse pubbliche ma consentire, in primo luogo, la piena partecipazione alle imprese interessate, eliminando gli ostacoli al commercio interno e intracomunitario²¹. Tanto ha comportato l'introduzione di nuove regole pubblicistiche alla cui applicazione sono tenute tutte le pubbliche amministrazioni nonché quei soggetti ad esse "sostanzialmente" equiparati, come gli organismi di diritto pubblico, secondo una nozione di pubblica amministrazione "funzionale e cangiante", di matrice europea.

Zaccheo, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 29 e segg.; Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469 e segg.

²⁰Cd. Codice dei contratti pubblici, in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

²¹ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo avanzato*, cit., 239, ove si sottolinea come in tale materia il diritto europeo si sia orientato innalzando i diritti delle imprese concorrenti e fornendo loro gli strumenti da far valere contro i comportamenti ostruzionistici delle amministrazioni nazionali.

Con riguardo, invece, all'ambito privatistico, si è già dato atto, fin dalla premessa, della triade mercato-contratto-regolazione e dunque della interdipendenza funzionale tra mercato e contratto²².

Il contratto, principale strumento di scambio e della circolazione della ricchezza, è un fattore che costituisce e definisce il mercato, inteso come luogo di scambio di beni e servizi di rilevanza economica. Pertanto, la regolazione dei contratti è un momento decisivo della regolazione del mercato, specie rispetto a contratti che mettono in relazione imprese e consumatori. La regolazione del mercato è compito primario del legislatore, trovando sempre più spazio a tal fine la regolazione dei contratti.

La dottrina evidenzia come gli obiettivi di questa regolazione siano due: la giustizia e l'efficienza. Nei contratti tra imprese e consumatori si tiene bene in conto della disparità di potere economico tra i contraenti sicché la regolazione di tali contratti mira a difendere il consumatore contro il rischio di prevaricazioni, difendendo "la giustizia dei rapporti contrattuali di mercato". Al tempo stesso, impedire le prevaricazioni dei contraenti forti sui deboli consente di selezionare fra imprese più efficienti e imprese meno efficienti: «significa far prevalere sul mercato le imprese che per il loro successo puntano non sull'abuso di posizioni dominanti, ma sul miglioramento della qualità e sul contenimento dei prezzi resi possibile dall'innovazione tecnologica, dalla riduzione dei costi interni, dalla razionalizzazione dei processi produttivi e distributivi; significa, in breve, un mercato che garantisce la migliore efficienza nell'allocazione delle risorse»²³.

L'effetto ultimo di tale regolazione è stata la creazione del cd. secondo contratto o contratto asimmetrico, il quale costituisce il paradigma del contratto tra gli attori del mercato caratterizzati da posizioni asimmetriche che la legge mira a correggere.

Preso atto di ciò, l'autonomia negoziale ha subito in chiave proconcorrenziale compressioni, in negativo e in positivo, sempre più incisive.

²² Così Perlingieri, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 3, 876-900; Ferri, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale:saggi*, Cedam, 1994, 284 e segg.

²³Roppo, *Il contratto*, cit., 847-848.

Sotto un primo versante, l'effettività di un mercato concorrenziale esige in primo luogo, la preclusione ai privati di concludere accordi volti a falsare o restringere la concorrenza. Da qui le norme in materia di illecito antitrust, europee e nazionali, queste ultime confluite nella L. 10 ottobre 1990 n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*. Si tratta di una regolazione successiva, che si esplica sul piano rimediale. Entrambe le normative, infatti, prendono in considerazione i negozi distorsivi della concorrenza, reagendo tramite la comminazione della sanzione della nullità. Resta invece vivo il dibattito in ordine alla sorte dei contratti stipulati “a valle” degli stessi (per l'analisi della questione si rinvia al capitolo secondo).

Sotto altro aspetto si assiste, invece, ad un fenomeno di eterointegrazione del contratto per via della regolazione del mercato da parte delle preposte autorità indipendenti, deputate alla disciplina di settori economici strategici e sensibili loro attribuiti. Si vuole far riferimento all'ipotesi in cui le *Authorities* dettino prescrizioni di contenuto in riferimento alle stipulazioni concluse nei mercati di propria competenza. Il problema che qui si pone concerne le conseguenze cui si espone il singolo contratto violativo di quelle prescrizioni.

Invero, i regolamenti delle *Authorities*, qualificati dalla dottrina prevalente come normativa secondaria²⁴, sono destinati ad incidere sulle fattispecie negoziali poiché la disciplina dei contratti di settore costituisce spesso oggetto di regolazione da parte delle *Authorities*. Si tratta, in particolare, di regolamenti con cui le Autorità talvolta vietano la stessa stipula di determinati contratti, talaltra si spingono sino a determinare specifiche clausole negoziali ovvero il

²⁴ Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 13; Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, 2012, 40 e segg; De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, 60 e segg. Si veda tuttavia il parere del 1 aprile 2016 n. 855 del Consiglio di Stato il quale, in merito alla natura dei provvedimenti regolamentari dell'ANAC nell'ambito delle funzioni alla stessa attribuite dal codice dei contratti pubblici, ritiene si tratti di atti amministrativi generali.

contenuto minimo che il contratto debba presentare, tanto da potersi discorrere di «contratto amministrato»²⁵.

La premessa relativa al carattere normativo dei regolamenti delle *Authorities* è indispensabile per saggiare il grado di resistenza rispetto ad essi dei negozi giuridici, frutto di autonomia privata.

Invero, l'opinione maggioritaria che opta, come si diceva, per il carattere secondario della normativa prodotta dalle Autorità non osta a ritenere che essa possa scalfire l'autonomia privata pur a fronte di una lettura sistematica degli artt. 1322 co. 1, 1339 e 1374 c.c. da cui emerge una riserva di legge in punto di limiti all'autonomia negoziale.

È vero che tali disposizioni richiamano espressamente la fonte primaria ed è parimenti vero che l'autonomia privata trova un fondamento indiretto negli artt. 41 e 42 Cost. in quanto strumentale all'esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. Tuttavia, come emerge da granitica giurisprudenza della Corte costituzionale, trattasi di una riserva di legge relativa per cui non si richiede un intervento compiuto sull'intera disciplina dei rapporti da parte del legislatore nazionale, bastando che l'atto normativo fissi i criteri direttivi che circoscrivano l'attività esecutiva secondaria²⁶.

Ammessa dunque la normativa regolamentare delle Autorità a fonte di eterointegrazione del contratto ove sostenuta da un puntuale delega legislativa di potere -secondo l'impianto della riserva relativa di legge-, ci si chiede quale sia la sorte de contratto violativo di tale normativa.

²⁵Così Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, cit., 94 e segg. secondo il quale «è in atto un processo di amministrazione in senso tecnico dell'autonomia contrattuale delle parti al punto che la disciplina codicistica viene considerata dalla stessa autorità indipendente preposta al settore di mercato come un catalogo di principi e regole generali»; Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, cit., 49 e segg.; Semeraro, *Regolazione del mercato: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)*, in *Rass. Dir. civ.*, 2012, 822 e segg.; Angelone, *Autorità indipendenti e eterointegrazione del contratto*, *Esi*, 2012, 192 e segg.; Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, 2010, 57.

²⁶*Ex multis* si veda Corte cost., 14 febbraio 1962 n. 4, in *Giur. Cost.*, 1962, 31 e segg. con nota di Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*.

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale i rimedi prospettati sono la nullità del contratto ovvero l'integrazione dello stesso mediante inserzione automatica di clausole²⁷.

Più nel dettaglio, si ritiene che le prescrizioni di contenuto determinate dalle autorità amministrative indipendenti si presentino come norme cogenti, preordinate alla protezione di interessi sottratti alla disponibilità delle parti come l'interesse del contraente debole o l'interesse generale all'efficienza e alla razionalità del mercato di riferimento²⁸.

E' chiaro che tale carattere viene mutuato dalla fonte sovraordinata che abilita l'autorità all'emanazione della norma secondaria²⁹. Giova però precisare che tanto non basta ai fini della conclusione in termini di nullità del contratto. Deve infatti trattarsi di disposizioni attinenti alla struttura ovvero al contenuto del contratto; in altri termini, deve trattarsi di norme cd. di validità. Laddove invece si tratti di norme cd. di comportamento, il rimedio invalidante sarebbe precluso, secondo il noto insegnamento della Corte di Cassazione (sentenze SS UU, 19.12.2007 nn. 26724 e 26725).

3. Le regole della concorrenza. A) Le norme antitrust europee

Le regole della concorrenza seguono un doppio binario: europeo e nazionale.

Nell'ordinamento europeo, la tutela della concorrenza è assicurata mediante un regime di applicazione diretta delle fattispecie di illecito, contenute agli artt. 101 e 102 TFUE nonché agli artt. 106-109 TFUE. Nello specifico, da un lato, si tratta di regole (artt. 101 e 102 TFUE) che hanno

²⁷ Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 110 e segg.; Angelone, *Autorità indipendenti e eterointegrazione del contratto*, cit., 162 e segg.

²⁸ Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, 1993; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003; Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

²⁹ Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 111.

come destinatari i soggetti che svolgono attività d'impresa, ai quali si chiede di evitare comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno; dall'altro, la normativa antitrust (artt. 106-109 TFUE) si rivolge altresì agli Stati membri, ai quali vieta, salvo specifiche deroghe, di concedere aiuti o risorse sotto qualsiasi forma alle imprese in ragione del loro carattere nazionale.

Con riguardo ai comportamenti anticoncorrenziali tra imprese, le ipotesi "normate" dal Trattato sono costituite dalle intese e pratiche concordate restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE, *ante* art. 81 TCE), e dall'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE, *ante* 82 TCE). Delle concentrazioni il Trattato Ce, ed oggi anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione, non si occupano. E' la giurisprudenza, come si dirà di seguito, ad aver isolato tale fattispecie, evidenziandone la sua naturale tendenza a creare o rafforzare una posizione dominante e incidendo in tal modo negativamente sulla concorrenza.

Principiando dalle intese, l'art. 101 TFUE vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di loro associazioni nonché le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati Membri e che abbiano come oggetto o effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

In particolare, l'intesa è «un accordo fra imprese che ad esse giova a discapito dei concorrenti e dei consumatori, senza avere altri vantaggi compensativi»³⁰. La nozione di intesa va interpretata in senso ampio e non ricalca quella civilistica di accordo; come ha chiarito la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non è necessario per aversi intesa anticoncorrenziale che l'accordo presenti i caratteri della giuridicità e vincolatività, essendo sufficiente che le imprese abbiano manifestato la loro volontà di tenere un certo comportamento sul mercato. Sicché, rientrano in tale nozione anche i *gentlemen's agreement* e finanche quelle manifestazioni di volontà di una parte riferite all'altra senza che quest'ultima abbia comunicato, sia pur tacitamente,

³⁰ Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., 464.

la propria accettazione³¹. Si tratta dunque di un concetto che prende forma guardandolo, più che sotto il profilo formale, sotto quello teleologico e funzionale.

Se così è, da un lato si assottiglia e perde d'importanza differenziare l'intesa dalla pratica concordata, normalmente distinta dalla prima proprio perché non sottende un accordo ma si estrinseca in comportamenti con cui le imprese concorrenti, anche solo in via di fatto, si agevolano a discapito dei concorrenti e dei consumatori. Dall'altro, invece, diventa fondamentale tracciare la linea di confine tra forme collusive che sostanziano illeciti antitrust e comportamenti paralleli e spontanei non collusivi, per tale ragione fuori dal perimetro dell'illecito in parola.

In questi casi, la giurisprudenza affida la valutazione della sussistenza o meno di condotte collusive al campo della prova. In altri termini, il riscontro di un mero parallelismo di condotte potrà costituire un indizio che, sommato ad altri, fornisca un fondamento serio alla ricostruzione della realizzazione di un'intesa illecita, gravandosi così le imprese indagate di fornire una spiegazione alternativa. Viceversa, quelle stesse condotte potranno invece risolversi in un mero elemento isolato, di cui dunque dovrà farsi carico l'Agcm, chiamata a dimostrare l'impossibilità di una soluzione alternativa che inquadri quella condotta in lecite scelte imprenditoriali³².

Il divieto di intese e pratiche concordate presenta delle deroghe enunciate espressamente al par. 3 dell'art. 101 TFUE. Si tratta di una

³¹ C. giust., 11 gennaio 1990, C 277/1987, in cui è stata considerata intesa ai sensi dell'art. 81 TCE la previsione, da parte di un'impresa, di un divieto posto all'interno delle condizioni generali di vendita su cui non vi sono state trattative con l'altra impresa e del quale non si sia mai preteso il rispetto. Recependo tale indirizzo, anche la nostra giurisprudenza interna ha interpretato in senso ampio la nozione di intesa di cui all'art. 2 L. 287/1990, chiarendo che essa ricomprende anche gli schemi giuridici unilaterali. Si veda Cass., I, 1 febbraio 1999, n. 827, in Foro it., 1999, fasc. III, 1, 831.

³² C. St., sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118 in *Foro Amm.* 2001, 2873. Si pensi ad esempio allo scambio di informazioni sensibili che possa portare gli altri *competitors* a stabilire linee comuni d'azione, venendo a cadere ogni incertezza sul comportamento degli altri concorrenti. Così Tar Lazio Roma, 14 settembre 2007, n. 8951, in cui si è affermato che l'emanazione di annunci di prezzo destinati ai consumatori possono essere considerati alla stregua di indizi di concertazione quando tali annunci appaiano intesi a permettere alle imprese di osservare le reciproche reazioni e di attivarsi, verificando l'adesione, anche solo per fatti concludenti, degli altri operatori.

disposizione che consente di rendere inattivo il divieto quando la cooperazione tra imprese, pur incidendo sulla concorrenza, tuttavia esplica effetti benefici sul funzionamento del mercato perché contribuisce al progresso tecnologico o aumenta l'efficienza produttiva delle imprese partecipanti, sempre che una parte di tali vantaggi sia riservata ai consumatori e la restrizione della concorrenza sia a ciò funzionale.

Peraltro, a tali eccezionali ipotesi vanno annoverati i regolamenti di esenzione per categorie a favore di talune tipologie di accordi tra imprese sicché anche per esse il divieto di cui all'art. 101 TFUE non si applica; nel contempo, la Commissione fa applicazione del cd principio *de minimis* in forza del quale, anche laddove non vi siano i requisiti stabiliti dall'art. 101, co. 3 TFUE per l'esenzione, il divieto non è violato quando l'incidenza degli stessi accordi sulla concorrenza nel mercato comune sia del tutto trascurabile.

Così enunciate, la concreta applicazione di tali regole segue oggi un sistema di controllo che si muove lungo le direttrici del decentramento e dell'integrazione, secondo i principi di sussidiarietà e leale collaborazione.

Invero, l'originaria impostazione contenuta nel regolamento n. 17 del 1962 delineava un sistema basato su una forma di controllo interamente accentrata: spettava alla Commissione europea autorizzare gli accordi restrittivi della concorrenza sulla base di un obbligo di preventiva notifica e valutazione caso per caso; l'applicazione delle regole sulla concorrenza spettava invece sia alla Commissione che agli organi giudiziari nazionali e alle Autorità nazionali garanti della concorrenza.

Si trattava di un meccanismo particolarmente macchinoso, via via divenuto sempre più gravoso nel suo funzionamento, soprattutto a causa del progressivo ingresso di nuovi Stati membri. Il sistema perciò non ha tenuto ed è stata allora necessaria la predisposizione di regole di controllo più snelle, atte ad introdurre un tipo di controllo successivo e decentrato. Da qui il reg. CE n. 1/2003, in sostituzione del precedente quadro di *enforcement* disciplinato dal reg. CE 17/1962.

Il nuovo regolamento segue i principi cardine del sistema comunitario, in particolare quelli di sussidiarietà e semplificazione. Da un lato, infatti, l'allocazione di competenze in capo alle singole *Authorities* antitrust ha

consentito alla Commissione di concentrarsi sulle violazioni transnazionali più gravi; dall'altro, la semplificazione degli ingranaggi procedurali ha comportato un contenimento di oneri e costi a vantaggio di una più rapida risposta amministrativa.

La nuova "macchina" deputata all'attuazione delle norme antitrust, infatti, si serve di più soggetti a cui sono affidate competenze parallele: la Commissione europea, garante dell'unità del sistema e dotata di una supremazia funzionale ma non gerarchica³³; le Autorità nazionali garanti della concorrenza, quali «amministrazioni nazionali che agiscono in funzione comunitaria»; le giurisdizioni nazionali, tenute ad applicare direttamente le norme del Trattato sulla concorrenza in forza del principio del primato del diritto europeo.

Senza dubbio, il rischio collaterale ad un sistema fondato su decentramento e competenze parallele è quello di una sua deriva; il pericolo di sovrapposizione e contraddizione tra le decisioni dei vari soggetti coinvolti espone l'intero impianto di *enforcement* a inefficacia e disuguaglianza nell'applicazione del diritto antitrust. Peraltro, posta l'esigenza, irrinunciabile, ad un sistema decentrato, il legislatore europeo ha predisposto una serie di norme di coordinamento e di integrazione tra i vari poteri pubblici coinvolti, arginando così il pericolo di una dispersione del sistema.

In particolare, dalla valorizzazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, co. 3 TUE sono stati introdotti congegni fondati su relazioni interistituzionali in chiave sia verticale che orizzontale. Rispetto a quest'ultima, di rilievo centrale è lo *European Competition Network*, rete europea intessuta tra le varie autorità garanti di ciascuno Stato membro con l'obiettivo di «coordinare in maniera coerente ed efficace l'attuazione decentrata della

³³ La Commissione, in base al regolamento CE 1/2003, detiene importanti competenze: ha competenza esclusiva in caso di intese transfrontaliere che incidono sugli scambi in più di tre Stati membri; quando sia necessario adeguare la politica antitrust europea a problemi nuovi nonché nell'ipotesi in cui l'intervento della Commissione sia necessario per scongiurare il pericolo che le *Authorities* antitrust adottino decisioni contrastanti con la normativa europea sulla concorrenza. È dunque una posizione di supremazia funzionale e non gerarchica quella della Commissione. Così Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 311.

disciplina europea antitrust e di concordare linee comuni di azione su temi politici di interesse generale»³⁴.

La coerenza del sistema di *enforcement* su base verticale è invece assicurata dal ruolo affidato alla Commissione europea. Ad essa, infatti, sono attribuiti poteri che le consentono di avocare a sé il procedimento d'indagine e di comminare l'eventuale sanzione a fronte di un'infrazione antitrust di rilievo europeo, spogliando della competenza sul caso tutte le *Authorities* degli Stati membri e, in particolare, previa consultazione, la specifica AGCM che avesse già avviato per quella fattispecie un procedimento d'indagine. Nel caso in cui, invece, possibili interferenze sorgano con decisioni giurisdizionali, occorre distinguere. Ove la stessa fattispecie sia all'esame contemporaneamente di una giurisdizione nazionale e della Commissione, il giudice deve consultare la Commissione per accertare l'eventuale duplice pendenza del medesimo caso, sospendendo il proprio procedimento in favore della deliberazione in via definitiva della Commissione. In caso di competenza successiva della giurisdizione nazionale rispetto ad una decisione della Commissione, prevale l'effetto vincolante della decisione della Istituzione europea, fatto salvo rinvio pregiudiziale o giudizio di annullamento davanti alla Corte di Giustizia.

Tanto detto in ordine alle intese e pratiche concordate distorsive della concorrenza, residua all'esame degli illeciti antitrust comunitari l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

L'art.102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, tale da pregiudicare il commercio tra Stati membri. Come è d'evidenza, non è vietata in sé la posizione di dominio economico sul mercato. Invero, le imprese che si trovano in una simile condizione ben possono rimanere efficienti e mantenere alta la qualità di servizi e prodotti a prezzi ragionevoli. Inoltre, in alcuni casi è la natura stessa del mercato ad incentivare una struttura a carattere monopolistico o la creazione di situazioni

³⁴ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 307.

di dominanza. Pertanto, ciò che è vietato è lo sfruttamento di tale condizione, di cui la norma esemplifica in maniera non tassativa alcune ipotesi³⁵.

Oggi la giurisprudenza della Corte di Giustizia definisce la posizione dominante come una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante e ha la possibilità di tenere comportamenti indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti e, in ultima analisi, dei consumatori³⁶.

Anche la nozione di abuso di posizione dominante non è normata, al di là delle ipotesi esemplificative espresse dall'art. 102 TFUE. La Corte di Giustizia ha elaborato e progressivamente precisato tale nozione intendendo per essa quei comportamenti che tendono ad influire sulla struttura del mercato e che sono posti in essere da imprese dominanti allo scopo di estendere o rafforzare il proprio potere di mercato ovvero di restringere ulteriormente la concorrenza presente sullo stesso³⁷.

In passato, il concreto accertamento di tale infrazione seguiva, come per le intese e le pratiche concordate, un sistema di controllo accentrato in applicazione del reg. CE 17/1962: pur non essendo prevista alcuna rimessione preventiva alla Commissione circa la sottoposizione di un caso concreto di cui all'art. 102 TFUE, era tuttavia disposta la possibilità di provocare l'attestazione negativa circa la sussistenza del divieto. Mancava invece, e

³⁵ Sul carattere non tassativo delle quattro fattispecie esplicitate dalla norma si vedano Corte Giust., 21 febbraio 1973, 6/72, *Europemballage e Continental Can*; Corte Giust., 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways*.

³⁶ Corte Giust., 14 febbraio 1978, 27/76, *United Brands*. Peraltro, l'art. 102 TFUE prevede espressamente che una posizione dominante possa essere detenuta congiuntamente o collettivamente da più imprese tra loro indipendenti. A tal proposito, per posizione dominante collettiva, anche detta collusione tacita, la giurisprudenza della Corte di Giustizia intende l'ipotesi in cui le imprese devono essere sufficientemente collegate da essere in grado di adottare una linea d'azione uniforme sul mercato, eliminando ogni concorrenza tra loro, e di essere percepite come un'unica impresa in posizione dominante sia dalla concorrenza che dalla clientela (*ex multis* C. Giust., 4 maggio 1988, 30/87, *Bodson*).

³⁷ C. Giust., 21 febbraio 1973, *Europemballage e Continental Can*, cit.; C. Giust., 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche*.

manca tutt'ora, una disposizione analoga al co.3 art. 101 TFUE di esenzione dal divieto.

L'emanazione del reg. ce 1/2003 ha inciso anche sulla fattispecie illecita in parola. Oggi, dunque, è venuta meno la possibilità di provocare l'attestazione negativa della sussistenza del divieto poiché è rimessa esclusivamente alla Commissione la scelta di pronunciarsi d'ufficio sulla inapplicabilità dell'art.102 TFUE; nel contempo, anche ai fini di un controllo *ex post* sul rispetto del divieto di abuso di posizione dominante, la competenza è attribuita alle Autorità nazionali, fermi comunque i poteri di avocazione della Commissione.

Con riguardo alle concentrazioni, invece, come si diceva, è di conio pretorio la messa a fuoco di tale illecito³⁸. Con esse ci si riferisce a quel fenomeno economico in cui due o più imprese si fondono tra loro o sono assorbite da una differente impresa. Esse rilevano ai fini della compromissione della concorrenza allorquando producano una riduzione del numero dei soggetti economici attivi in uno specifico settore creando una situazione distorsiva del mercato.

Il meccanismo di controllo sulle concentrazioni tra imprese trova oggi la sua disciplina nel reg. 139/2004, il quale prevede l'obbligo per le imprese di notificare preventivamente le concentrazioni di «dimensione comunitaria» alla Commissione, ossia quelle operazioni per effetto delle quali il fatturato totale delle imprese interessate supera determinate soglie, indicate dall'art. 1, indipendentemente dal fatto che le imprese interessate abbiano o meno nell'UE la loro sede o il loro campo principale di attività, qualora vi svolgano attività essenziale. Tale regolamento rafforza il principio dello sportello unico, già previsto nell'abrogato reg. 4064/1989, in cui era stabilito che alla Commissione venisse attribuita una competenza esclusiva su qualsiasi fusione transfrontaliera di una certa rilevanza, superando le numerose procedure prima compiute nei singoli paesi dell'UE. Nel contempo, tuttavia, viene valorizzato il principio di sussidiarietà secondo il quale la valutazione di una

³⁸ Tra le ipotesi vagliate dalla Corte di Giustizia si segnalano C. Giust., 21 dicembre 1973, 6/72, *Europemballage e Continental Can*, cit.; C. Giust., 17 novembre 1987, cause riunite n. 142/84, *BAT*, e 156/84, *Reynolds*.

determinata concentrazione spetta all'autorità che si trova nella posizione più idonea per svolgere l'indagine³⁹.

Infine, nella disamina delle regole in materia di concorrenza merita un cenno in questa sede la disciplina in tema di aiuti di Stato⁴⁰.

E' di tutta evidenza che qualunque tipo di incentivo, beneficio o aiuto offerto dallo Stato membro a favore di imprese in ragione del loro carattere nazionale comporta effetti distorsivi sulla concorrenza: da un lato, infatti, si impedisce alle imprese straniere di concorrere con parità d'armi nel mercato nazionale e dall'altro, si agevolano indebitamente sui mercati stranieri le imprese beneficiarie di sussidi pubblici nazionali.

Come si legge negli scritti di settore, il divieto generale di aiuti di Stato sottende l'idea, insita nelle norme del Trattato, per cui i fallimenti dello Stato costituiscono un pericolo ben più importante del fallimento del mercato, sicché occorre «prevedere rimedi, anche *ex ante*, nei confronti dei primi più frequentemente di quanto non accada per i secondi»⁴¹.

Si tratta di un'ottica del tutto inversa rispetto a quella diffusa negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, ove i poteri pubblici intervengono direttamente nell'economia in modo da scongiurare un pericolo maggiore, costituito dal fallimento del mercato.

³⁹ In base all'originaria normativa, contenuta nel reg. 21 dicembre 1989 n. 4064/89, il controllo sulle operazioni di concentrazione era di tipo preventivo ed accentrato: era la sola Commissione ad assentire o vietare le concentrazioni di dimensione comunitaria, con obbligo per le imprese di notifica preventiva delle operazioni entro una settimana dalla conclusione dell'accordo o dalla pubblicazione dell'offerta di acquisto o scambio o dall'acquisto della partecipazione societaria di controllo comportante concentrazione. Pur ottenendosi nel complesso risultati positivi, gli sviluppi economici, politici e legali avutisi in Europa, il suo allargamento e il crescente ritmo della globalizzazione delle aziende e dei mercati hanno indotto la Commissione a intraprendere una revisione del regolamento 4064/89 avviato con il Libro verde sulle concentrazioni nel 2001 [COM (2001) 745]. Da tanto è seguita l'emanazione del regolamento 20 gennaio 2004 n. 139/2004, in forza del quale il sistema si è orientato in base ai principi di semplificazione, razionalizzazione e sussidiarietà.

⁴⁰ G. della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario, 1993, 399 e segg.; Martinelli, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizi pubblico e aiuti di stato*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1995, 5, 967 e segg.; A. Alemanno, *Aiuti di stato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 193 e segg.; M. C. Malinconico, *Gli aiuti di stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2008; G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008.

⁴¹ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 334 e segg.

Questa diversità di approccio si è manifestata in modo evidente solo quando il cammino verso la realizzazione di un mercato unico europeo ha avuto un decisivo slancio grazie al Trattato di Maastricht, il quale, peraltro, dettando regole stringenti in merito all'indebitamento pubblico, è alla base del fenomeno di generale ripensamento della gestione amministrativa dei principali settori pubblici nazionali con l'avvio delle politiche di privatizzazione.

Va precisato che tanto non impedisce agli Stati membri di essere presenti sul mercato nelle vesti di impresa pubblica, purché si rispettino le regole in materia di concorrenza. A tal proposito, infatti, resta fermo un caposaldo del diritto comunitario, ovvero il principio della neutralità dell'appartenenza proprietaria dell'impresa. Si ritiene, in altri termini, del tutto pacifica la coesistenza nel mercato di imprese pubbliche e imprese private, a condizione che ci sia parità di trattamento e divieto di discriminazione per l'essere l'una o l'altra pubblica o privata. Tanto comporta l'illegittimità di un regime privilegiato a favore delle imprese pubbliche per il sol fatto che esse siano di proprietà pubblica⁴². Al contrario, laddove l'interesse pubblico lo richieda, il legislatore nazionale può riconoscere diritti speciali o di esclusiva a favore sia di imprese pubbliche che di quelle private. In tali casi, però, quelle prerogative discendono esclusivamente dalle esigenze pubblicistiche che quel settore di intervento normativo presenta.

Ciò posto, la disciplina in materia di aiuti di Stato si applica indifferentemente, per il citato principio di neutralità della natura del soggetto economico, alle imprese pubbliche e private, ferme talune problematiche che riguardano specificatamente le imprese pubbliche.

⁴² Si pensi, ad esempio, alla sorte della cd. *golden share*, ovvero l'attribuzione di poteri e diritti speciali a favore dello Stato o di altri enti pubblici in società rinvenienti dalla privatizzazione, in forza del riconoscimento *ex lege* all'azionista pubblico di una posizione preferenziale. Tali previsioni, lesive della concorrenza e del principio di libera circolazione dei capitali e di stabilimento (poiché scoraggiavano gli investimenti privati), diffuse non solo in Italia ma anche in altri Stati membri, hanno suscitato una dura reazione della Corte di Giustizia e l'apertura di procedure d'infrazione da parte della Commissione. Nell'adeguarsi, l'Italia ha provveduto a sostituire il vecchio sistema della *goldenshare* con quello del cd. *goldenpower*, introdotto con d.l. n. 21/2012, conv. In l. n. 56/2012, il quale prevede l'attribuzione di poteri speciali all'azionista pubblico per salvaguardare l'interesse pubblico in taluni settori strategici, peraltro con riguardo ad alcune operazioni straordinarie.

In via generale, la disciplina europea in materia di aiuti di Stato prevede il divieto in capo agli Stati membri di concedere, sotto qualunque forma essi si presentino, sussidi pubblici; tale divieto non è assoluto né automatico giacché sono previste espresse deroghe da parte del legislatore europeo. La procedura di verifica della ricorrenza in concreto di un aiuto di Stato è di esclusiva competenza della Commissione europea, la quale verifica che il vantaggio economico concesso non sia privo di una giustificazione se rapportato ad una normale attività di mercato e appura l'incidenza, diretta o indiretta, di quell'aiuto a falsare la concorrenza sul mercato europeo.

Tale procedura, soprattutto a seguito dell'adozione di un pacchetto di semplificazione adottato dalla Commissione europea («Codice delle migliori pratiche applicabili ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato» [2009/C 136/04]), vede gli Stati membri sempre più partecipi, in omaggio al principio di leale collaborazione ex art. 4 TUE. Infatti, le varie fasi in cui l'*iter* di accertamento è scandito richiedono una fattiva partecipazione degli Stati membri, destinatari della decisione della Commissione, così da migliorare l'azione dell'organo europeo in termini di maggior efficienza, trasparenza e prevedibilità dell'esito del procedimento, fase per fase.

Come si diceva, le norme che vietano la concessione di aiuti di Stato sono recessive dinanzi ad interessi primari, i quali legittimano una eccezione al valore fondamentale della concorrenza sul mercato interno. Le norme che prevedono tali deroghe sono l'art. 106, par. 2 e l'art. 107, parr. 2 e 3 TFUE⁴³. Le deroghe previste in quest'ultima disposizione al par. 2 sono di stretta interpretazione ed attengono ad interessi a carattere sociale⁴⁴. Le deroghe di

⁴³ Oltre a tali disposizioni, la disciplina in materia consta di una serie di strumenti di *soft law* adottati dalla Commissione nonché di regolamenti riguardanti specifiche categorie di aiuti (ad es. reg. CE 1628/2006 in tema di aiuti regionali) o volti ad individuare categorie di aiuti non particolarmente distorsivi della concorrenza rientranti in alcune soglie limite (cd. regolamenti *de minimis*).

⁴⁴ L'art. 107, par. 2 dispone che sono compatibili con il mercato interno «a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore

cui al par. 3, invece, attengono ad aiuti regionali rispetto ai quali la Commissione ha ampia discrezionalità nel valutarne la ricorrenza, potendo acconsentire agli stessi a condizione che siano proporzionati, trasparenti e necessari per realizzare l'interesse comunitario.

Di particolare rilievo è poi l'art. 106, par. 2 TFUE. Tale norma dispone una deroga alle regole in tema di concorrenza con riguardo alle imprese incaricate di gestire un servizio pubblico a carattere economico (SIEG), ogni qualvolta la pedissequa applicazione delle norme del Trattato comprometterebbe la specifica missione pubblica loro affidata.

Invero, rispetto alle imprese pubbliche, i problemi di attrito con il divieto di aiuti di Stato attengono in primo luogo alla difficoltà di vigilare sui rapporti tra poteri pubblici ed imprese pubbliche alla luce della scarsa trasparenza delle relazioni economico-finanziarie esistenti tra loro⁴⁵. Il deficit di trasparenza, infatti, può ostacolare l'opera di vigilanza della Commissione; per tale ragione è stata emanata la direttiva CE n. 2006/111, la quale prevede in capo alle imprese pubbliche specifici obblighi di trasparenza e, in particolare, l'obbligo di separazione contabile per le imprese beneficiarie di compensazioni pubbliche per lo svolgimento di oneri di servizio pubblico⁴⁶.

Un altro ordine di problema si lega alla individuazione del criterio da adottare per verificare se un intervento pubblico finanziario a favore di un'impresa pubblica possa costituire un aiuto di Stato. Tale criticità sorge

del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera».

⁴⁵ Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 349

⁴⁶ Rispetto agli oneri di servizio pubblico, il problema della compatibilità delle compensazioni pubbliche con il divieto di aiuti di Stato trova la sua base giuridica nell'art. 106, par. 2 TFUE secondo cui l'applicazione delle regole di concorrenza non deve ostare all'adempimento di della specifica missione affidata alle imprese incaricate di rendere un servizio d'interesse pubblico generale. Superata l'annosa *querelle* giurisprudenziale sulla legittimità delle compensazioni degli OSP, nella sua opera di verifica le regole che la Commissione europea segue in forza di tale base giuridica sono oggi contenute in un pacchetto di disposizioni entrate in vigore a gennaio 2012 (Comunicazione 2012/C 8/02; decisione 2012/21/UE; Comunicazione 2012/C 8/03), accompagnato da un regolamento *de minimis* di semplificazione delle norme e degli adempimenti per compensazioni di minore importo (Reg. UE n. 360/2012).

quando lo Stato, nella sua veste di azionista, conceda un vantaggio, anche fiscale, ad un'impresa.

La regola che la Commissione e la Corte di giustizia seguono in questi casi è quella del cd. test dell'investitore privato operante in un'economia di mercato. Se l'intervento pubblico corrisponde al comportamento di un investitore privato che, in circostanze analoghe, avrebbe effettuato conferimenti di capitale di simile entità e che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidata da prospettive di redditività a lungo termine, allora essa non deve considerarsi aiuto di Stato⁴⁷.

3.1. B) Le norme antitrust nazionali

Nell'ordinamento interno, la disciplina della concorrenza è contenuta nella L. 10 ottobre 1990 n. 287, «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», la quale racchiude le fattispecie di illecito antitrust, sulla falsariga della disciplina comunitaria, e affida l'intero *enforcement* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Costituisce premessa di fondo la considerazione per cui la disciplina antitrust europea non esautorà gli Stati membri dal dotarsi internamente di un proprio assetto normativo in materia.

Come già osservato, la concorrenza costituisce un ineludibile predicato per il buon funzionamento del mercato e, per il legislatore europeo, l'indispensabile collante per procedere all'integrazione dei mercati degli Stati membri. Alla prospettiva del legislatore europeo si aggiunge quindi quella "domestica", di appannaggio esclusivo degli Stati membri, parimenti interessati ad assicurare *in house* un mercato concorrenziale.

⁴⁷ Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit, 350. Tale criterio è stato di recente utilizzato dalla Commissione europea nel caso Alitalia S.p.A., società italiana a prevalente capitale pubblico, riguardata da un'operazione di prestito da parte dello Stato per 300 milioni di euro con facoltà per Alitalia di imputare tale importo in conto capitale. Tale prestito è stato valutato dalla Commissione come un illegittimo aiuto di Stato, non essendosi comportato l'azionista pubblico come un socio avveduto, un comune investitore interessato ad un ritorno del proprio capitale (decisione 2009/155/CE, 12 novembre 2008).

Questo doppio livello normativo, nazionale ed europeo, si espone al rischio di conflitti di discipline, con ricadute pregiudizievoli per il mercato sovranazionale, di interesse comunitario. Si tratta tuttavia di un rischio previsto e scongiurato a livello europeo mediante la predisposizione di meccanismi di raccordo *ad hoc*: da un lato, l'obbligo di osservanza da parte degli Stati membri dei principi generali del diritto unionale e dall'altro, l'applicazione dell'art.103, par. 2 lett. e TFUE, il quale prevede l'emanazione di regolamenti e direttive al fine di «definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra».

Tra i principi generali di maggior pregnanza vi è senz'altro quello enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Walt Wilhelm* secondo cui gli Stati membri non possano emanare normative che rendano «praticamente inefficaci le regole di concorrenza [UE] applicabili alle imprese»⁴⁸. Tanto vuol significare che gli Stati membri non possono autorizzare comportamenti vietati dagli art. 101 e 102 TFUE, pena la compromissione del cd. effetto utile del diritto europeo antitrust.

Quanto invece alla concreta applicazione dell'art. 103 par. 2 lett. e, il legislatore ha provveduto ai sensi dell'art. 3 del già citato reg. 1/2003, «Rapporto fra gli art. 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza»⁴⁹.

Da tale disposizione emergono tre regole, enunciate in ciascun comma di cui si compone tale norma. In base alla prima, si fa obbligo agli Stati membri di applicare anche le norme antitrust europee (artt. 101 e 102 TFUE) allorché gli accordi, intese, pratiche concordate siano tali da pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Al secondo comma si dispone, secondo un principio di non contraddizione, che gli Stati membri non possono vietare accordi, decisioni di associazioni di imprese, pratiche concordate capaci di pregiudicare il

⁴⁸ C. giust., 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri contro Bundeskartellamt*, 14/68.

⁴⁹ P. Cassinis, Art. 3 Reg. 1/2003, *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Utet Giuridica, 2010, 236; L. Daniela, Art. 3 Reg. 1/2003, in *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2010; *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. Pace, Jovene editore, 2013, 139 e segg.

commercio tra Stati membri senza distorcere la concorrenza in base all'art. 81, par. 1 del Trattato ovvero che soddisfano le condizioni dell'art. 81, par. 3 o che siano disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'art. 81, par. 3 del Trattato⁵⁰. Viceversa, non si fa divieto ai Legislatori nazionali di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.

Infine, il co. 3 dell'art. 3 prende in considerazione le operazioni di fusione tra imprese vietando l'applicazione dei co.1 e 2. art. 3 Reg. 1/2003 quando le ANC e le giurisdizioni nazionali applicano la normativa interna in tema di concentrazioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo diverso rispetto a quello degli art. 81 e 82 del Trattato.

Ciò nondimeno, giova osservare che la disciplina nazionale è per lo più corrispondente alla disciplina comunitaria; infatti, è di tutta evidenza come le norme nazionali, pur diverse sotto taluni aspetti, risultano essere per lo più speculari rispetto a quelle comunitarie, riproponendo, *mutatis mutandis*, la nota tripartizione degli illeciti antitrust, ovvero le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante, le operazioni di concentrazione distorsive della concorrenza. Tanto ben consente di utilizzare la giurisprudenza comunitaria quale parametro per verificare la legittimità e correttezza delle valutazioni compiute dalle autorità nazionali rispetto alle fattispecie di illecito indicate.

Tanto premesso, la tutela della concorrenza in ambito domestico è assicurata da una costante opera di regolazione e monitoraggio da parte dell'Autorità speciale di settore sui comportamenti delle imprese posti in essere nel mercato sotto osservazione. Infatti, la normativa generale di riferimento, ossia la già citata l. 287/1990, è strutturata utilizzando la tecnica delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati, propri della discrezionalità cd. tecnica, mutuando una metodica normativa tipica del diritto

⁵⁰ E' questa una disposizione che irrigidisce il principio dell'effetto utile giacché quest'ultimo non proibisce la previsione di ipotesi più severe di quelle di cui all'art. 101 par. 1 purché non in contrasto con il par. 3. Adombra dubbi di illegittimità su tale norma L. F. Pace, *Diritto europeo antitrust*, CEDAM, 2007, 199.

antitrust di matrice americana⁵¹. Pertanto, l'attività di contestualizzazione delle fattispecie così descritte dalla legge è attribuita ad Autorità altamente competenti sotto il profilo tecnico così come i poteri di accertamento e sanzione di cui esse sono dotate risultano essere minuziosamente proceduralizzati dalla legge e dai regolamenti di organizzazione di cui normalmente si dotano le *Authorities*.

La disciplina sostanziale è condensata in alcune norme cardine costituite dagli artt. 2, 3 e 6 L. 287/1990. Le norme in tema di intese e abuso di posizione dominante costituiscono il pilastro del diritto antitrust, sulla falsariga del diritto comunitario. La normativa nazionale aggiunge le operazioni di concentrazione, cui fa seguito apposita norma in ordine alla procedura di autorizzazione delle stesse.

Il procedimento di accertamento degli illeciti che si svolge davanti all'Agcm ha natura amministrativa e trova nella legge 241/1990, recante Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, il suo referente generale. Costituisce invece *lex specialis* del procedimento antitrust quella risultante dal complesso di normative stese in materia: accanto a talune norme procedurali contenute nella L. 287/1990, vanno considerati i regolamenti riguardanti la disciplina dei poteri dell'Agcm nonché le diverse delibere emanate dalla stessa Authority.

Come ha evidenziato la dottrina, tale complessa regolamentazione ha lo scopo di assicurare il pieno esercizio dei poteri di difesa delle imprese sottoposte ad indagine, secondo il principio cd. della parità delle armi. Nel contempo, consolidata giurisprudenza amministrativa afferma che il mancato rispetto di quelle specifiche regole procedurali comporta l'illegittimità del provvedimento finale⁵².

Il procedimento seguito dall'Agcm è scandito in più fasi: una prima fase di pre-istruttoria, la quale precede la formale apertura del procedimento; una seconda fase, di istruttoria, finalizzata all'acquisizione degli elementi di prova

⁵¹Catricalà, Lalli, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Giuffrè, 2010, 54 e segg.

⁵² Consiglio di St., VI, 30 maggio 2011 n. 3230, in *Foro amm.* CDS 2011, 5, 1671, con specifico riferimento agli impegni e all'obbligo di pubblicità e contraddittorio procedimentale.

che suffraghino la realizzazione dell'illecito; infine, la fase di chiusura del procedimento con l'adozione del provvedimento finale.

Ripercorrendo brevemente l'iter che l'Autorità segue nell'accertamento di un illecito antitrust, giova preliminarmente osservare che essa non può decidere in ordine ad alcuna questione su cui non sia stato consentito alle parti di esporre il proprio punto di vista. Tanto a pena di illegittimità del provvedimento finale⁵³.

La fase pre-istruttoria si caratterizza per l'assenza di poteri istruttori ed ispettivi in capo all'Autorità e per la collaborazione dei soggetti destinatari della richiesta di informazioni a cui costoro sono tenuti a rispondere, poiché trattasi di una fase ispirata ai criteri di economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁴. L'Autorità può avviare un procedimento *ex officio* sulla base di informazioni in ogni modo acquisiti, generalmente in forza di istanze, denunce da parte dei soggetti interessati o di domande di ammissione a programmi di clemenza. Qualora l'Autorità ritenga non vi siano elementi sufficienti per avviare l'istruttoria, emana un provvedimento di archiviazione, senza che tanto possa precludere la possibilità per una riapertura successiva a seguito dell'acquisizione di nuovi elementi sul medesimo caso⁵⁵. Viceversa, laddove gli Uffici dell'Autorità ritengano sussistente un *fumus*, sottopongono il caso al Collegio, il quale adotterà la delibera di apertura dell'istruttoria, dando conto dei sospetti dell'esistenza della violazione.

Avviata la fase istruttoria del procedimento, l'Autorità è dotata di specifici poteri, spesso esercitati dai suoi funzionari con l'ausilio della Guardia di Finanza, consistenti in richieste di informazioni, ispezioni e acquisizione di documenti. Una volta raccolte tutte le prove, è consentito alle parti di

⁵³Catricalà, Lalli, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, cit., 27.

⁵⁴C. St., 12 febbraio 2002, 652; C. St. 30 agosto 2002, 7451.

⁵⁵Con un *revirement* innescato dalla giurisprudenza comunitaria, oggi i giudici amministrativi nazionali ammettono l'impugnabilità da parte dei denunciati del provvedimento di archiviazione. Così Tar Lazio, I, 9 aprile 2001, 3056.

esercitare il proprio diritto di accesso agli atti, il quale ha caratteri peculiari rispetto all'accesso di cui alla legge 241/1990⁵⁶.

La fase istruttoria si chiude con la cd. comunicazione delle risultanze istruttorie, un atto di competenza dell'ufficio che ha proceduto all'istruttoria e di cui il Collegio valuta solo la non manifesta infondatezza. A seguito della formale contestazione, i soggetti incolpati possono chiedere di essere sentiti in audizione dal Collegio, il quale, alla luce di quanto esposto dagli interessati, decide motivando sull'esistenza o meno della violazione.

Nel caso in cui l'Agcm ritenga sussistente l'infrazione, le misure che essa può adottare sono due: la diffida e nel caso in cui invece la violazione sia grave, una sanzione pecuniaria che può arrivare fino al 10% del fatturato dell'impresa interessata.

La diffida è un atto dovuto e ha natura di provvedimento sanzionatorio a carattere ripristinatorio. Ha un contenuto molto vario, andando dalla fissazione di un termine per la rimozione delle conseguenze derivate dall'illecito accertato alla imposizione di un più puntuale obbligo rispetto alla violazione perpetrata. Il principio che domina l'attività di ripristino dello *status quo ante* è indubbiamente quello della proporzionalità.

Ha invece carattere tipicamente afflittivo e dissuasivo la sanzione pecuniaria che l'Agcm può irrogare nei casi di infrazione particolarmente grave. I criteri cardine seguiti sono contenuti nella legge 24 novembre 1981 n. 689.

Al riguardo bisogna tuttavia prendere in considerazione i cd. programmi di clemenza, in forza dell'attuazione dell'art. 15 *bis* della L. 287/1990, ove si prevede la possibilità che l'Autorità definisca con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dall'impresa *sub iudicio* nell'accertamento dell'infrazione, la sanzione pecuniaria può non essere irrogata ovvero essere disposta in misura ridotta. La *ratio* di tale strumento è di «indurre la spontanea auto-denuncia dei partecipanti ai

⁵⁶ Laddove l'Autorità acquisisca informazioni consistenti in segreti commerciali o industriali, essa esclude chiunque dalla possibilità di accedervi. Peraltro, siccome l'Agcm ha l'obbligo di pubblicare tutte le informazioni necessarie a comprendere la decisione finale del Collegio, essa ha un delicato compito di bilanciamento tra l'esigenza di conoscibilità e esigenza del diritto di difesa. In questi termini, Catricalà, Lalli, *L'Antitrust in Italia*, cit., 28.

cartelli, cioè agli accordi tra imprese concorrenti per la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione, che sono le fattispecie più gravi del diritto della concorrenza e più difficili da scoprire proprio per il loro carattere segreto. Il mezzo utilizzato è la garanzia dell'immunità dalla sanzione, totale o parziale, secondo la significatività dell'apporto»⁵⁷.

Giova poi richiamare brevemente i procedimenti cautelari mentre delle decisioni che accettano gli impegni presentati dalle imprese si darà conto nel prossimo paragrafo.

Le misure cautelari, prima di essere disciplinate dalla legge 287/1990 in applicazione della previsione contenuta nell'art. 5 del regolamento 1/2003, sono state anticipate dalla prassi. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Agcm può d'ufficio, ove ravvisi, sulla base di un sommario esame, la sussistenza di un illecito, ha facoltà di deliberare l'adozione di misure cautelari, assistite nella loro attuazione dalla minaccia della comminazione di una sanzione pecuniaria fino al 3% del fatturato dell'impresa inadempiente.

Va infine dato conto del procedimento per il controllo delle concentrazioni. Rispetto ad esso, la normativa interna prevede un obbligo di comunicazione per operazioni che coinvolgono imprese che superano una certa soglia di fatturato, determinato annualmente. Laddove nelle operazioni segnalate non si ravvisino distorsioni alla concorrenza, il procedimento si chiude senza l'emanazione di alcun provvedimento, trattandosi di un procedimento di verifica e non autorizzatorio. Qualora invece l'Agcm risconti l'illiceità nell'operazione posta in essere, essa potrà vietare l'operazione ovvero autorizzarla ma indicando le misure da adottare affinché non venga arrecato pregiudizio al buon andamento del mercato. In caso di inottemperanza alle misure prescritte dall'Autorità, le imprese sono esposte a sanzioni pecuniarie ovvero ripristinatorie⁵⁸.

⁵⁷Catricalà, Lalli, *L'Antitrust in Italia*, cit., 31.

⁵⁸ Diversamente dallo speculare procedimento in sede europea, in ambito nazionale non è prevista la possibilità di presentare autonomamente proposte volte a rendere compatibile con le regole in materia di concorrenza l'operazione prospettata. Tale momento di collaborazione tra imprese e l'Authority è stato tuttavia avallato nella prassi, nel senso che le proposte avanzate dalle imprese, ove

Così descritto il procedimento antitrust dinanzi all'Agcm, giova dare atto, in chiusura, di una problematica che ha visto impegnata la giurisprudenza degli ultimi anni e che ha come presupposto la natura trasversale della concorrenza e la sua interferenza nei settori di volta per volta presidiati dalle singole *Authorities*.

Più in particolare, la questione che si è posta ha riguardato l'individuazione dei criteri di delimitazione del campo di competenza di ciascuna Authority rispetto all'Agcm allorquando si ravvisi un illecito concorrenziale. Nell'esperienza concreta, tale problematica si è posta nei rapporti tra Agcm e Banca d'Italia da un lato, e Agcm e Agcom dall'altro.

Nel primo caso, veniva contestata la competenza dell'Agcm rispetto alla propria decisione riguardante l'accertamento di un'intesa raggiunta fra due imprese operanti rispettivamente nel settore assicurativo e nel settore bancario, relativa all'acquisizione del controllo congiunto di una società assicurativa già controllata da una delle due. L'Agcm reputava tale intesa anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 2 l. antitrust dal momento che essa avrebbe potuto generare incidenze negative sul gioco della concorrenza nella distribuzione di una determinata gamma di prodotti assicurativi.

Nella risoluzione della controversia, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla vicenda, osservava che in caso di fattispecie "miste" (dal lato soggettivo, ossia comportamenti realizzati da soggetti bancari e non bancari, o dal lato oggettivo, ossia illeciti con effetti su diversi mercati, non solo su quello creditizio), va riconosciuta la competenza dell'Agcm anche rispetto alle aziende di credito allorquando l'operazione anticoncorrenziale riverberi i propri effetti distorsivi su mercati non bancari, facendo uso così del criterio cd. della "competenza per effetti" o "per mercati"⁵⁹. In altri termini, in base alle coordinate risolutive dettate dal giudice amministrativo, qualora in un mercato operino sia aziende e istituti di credito, sia altri soggetti, la valutazione degli effetti concorrenziali dell'operazione sul mercato interessato, non riservato agli enti creditizi, compete all'Agcm; quando in una fattispecie

ritenute idonee, sono recepite nel provvedimento formale di autorizzazione condizionata da parte dell'Autorità. Così Catricalà, Lalli, *L'Antitrust in Italia*, cit., 35.

⁵⁹ C. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640 in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.6, 2003, pag. 662.

siano coinvolte solo aziende o istituti creditizi la Banca d'Italia è competente ad applicare la disciplina antitrust sempre che si tratti di attività riservate per legge alla banche; se un'operazione produce effetti su più mercati (bancari e non bancari) sussisterà, unitamente alla competenza della Banca d'Italia, la competenza dell'Autorità per gli effetti sui mercati non bancari.

Nel secondo caso, avente ad oggetto la delimitazione delle competenze Agcm-Agcom, il problema invece ha riguardato la eventuale sussistenza di un margine di competenza in capo all'Agcm posto che nel settore delle comunicazioni, spetta all'Agcom individuare i mercati rilevanti e i soggetti in posizione dominante nonché dettare le regole per impedirne gli abusi.

Anche su tale questione il Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi e ha affermato che dal sistema normativo si desume che le attribuzioni dell'Agcom, autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni, non hanno scalfito la competenza generale dell'Agcm in tema di vigilanza antitrust⁶⁰. In altri termini, i compiti attribuiti all'autorità nazionale per le garanzie nelle comunicazioni, in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), dovendo quest'ultima acquisire il parere della prima, che è obbligatorio ma non vincolante, ma dalle cui risultanze l'Agcm può discostarsi pur solo con adeguata motivazione.

3.1.1 Segue. L'art. 21 bis della L. 287/1990 e gli impegni

Con d. l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011 n. 214, lo strumentario di *public enforcement* nazionale è stato incrementato grazie alla previsione in capo all'Agcm di un nuovo potere, descritto nell'art. 21 bis inserito all'interno della l. n. 287/1990.

Si tratta di una disposizione che attribuisce all'Autorità antitrust la legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione di

⁶⁰ C. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271 in Foro amm. CDS, 2006, 03, 01, 0941.

atti amministrativi generali, regolamenti, provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Come si legge nel co. 2 di tale norma⁶¹, infatti, l'Agcm, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme antitrust, emette entro sessanta giorni un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la PA non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare ricorso al giudice amministrativo entro i successivi trenta giorni.

Questo potere accordato all'Agcm costituisce una novità di grande rilievo, che si iscrive «nella tendenza più generale a devolvere al giudice amministrativo la risoluzione di controversie tra pubbliche amministrazioni, in assenza di altre “stanze di compensazione” a livello politico-amministrativo in grado di trovare una composizione a interessi pubblici talora confliggenti»⁶².

Essa nasce dall'esigenza di dotare l'Agcm di poteri più pregnanti rispetto a quelli di mera segnalazione e “moral suasion” di cui agli artt. 21 e 22 l. 287/'90 e nel contempo, meno incisivi di quello di annullamento di atti di

⁶¹ Sui rapporti tra il primo e il secondo comma dell'art. 21 bis sono sorte fin da subito opinioni contrastanti, dalle ricadute di notevole impatto pratico. Secondo una prima lettura, prevalente, il co. 1 si limiterebbe ad enunciare l'attribuzione della legittimazione ad agire all'Autorità mentre il co. 2 ne specificerebbe le modalità con cui il ricorso andrebbe proposto. Tale tesi ha come corollario quello di individuare nel parere motivato che l'Agcm è chiamata a rendere, un presupposto di procedibilità o ammissibilità del ricorso, con l'ulteriore implicazione di innescare un'interlocuzione preventiva da parte dell'Autorità con la PA “sospettata” in omaggio al dovere di leale collaborazione tra soggetti pubblici. Secondo altra ricostruzione, il co. 1 prevede un'immediata proposizione del ricorso (senza previo parere) mentre il co. 2 introduce la possibilità alternativa di inviare prima il parere e, all'esito della risposta avuta, rivolgersi al giudice amministrativo. La giurisprudenza, insieme alla dottrina maggioritaria, accoglie la prima tesi: *ex multis* C. stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323 in *Foro it.*, 2016, 4, III, 200; Tar Lazio, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 154; sez. III 15 marzo 2013, n. 2720, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 124; sez. II 6 maggio 2013, n. 4451, *ibid.*, n. 120; Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 20, *id.*, 2013, I, 1398.

⁶² Clarich, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis l. 287/90*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 865, il quale, in senso critico, segnala che si tratta di una tendenza «sintomatica in realtà di una disfunzione del nostro ordinamento giuridico e che non sembra essere gradita allo stesso giudice amministrativo, chiamato per così dire a giudicare liti tra soggetti esponenziali di interessi pubblici».

altre amministrazioni. Da qui la scelta di compromesso, che chiama in gioco il giudice amministrativo quale arbitro imparziale.

Questa norma ha sollevato una molteplicità di questioni problematiche di estrema importanza, tra cui, per quel che più interessa in questa sede, quelle specificatamente attinenti alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione dinanzi al GA, ovvero la legittimazione a ricorrere e l'interesse ad agire. Entrambe le questioni sottendono un'attenta valutazione giuridica della consistenza dell'interesse alla concorrenza, della cui tutela viene incaricata, sotto forma di possibilità d'agire in giudizio, l'Agcm.

La prima questione che gli interpreti hanno dovuto affrontare nel decodificare il retto significato della norma in esame è stata quella di comprendere se essa abbia attribuito una speciale legittimazione ad agire, sganciata da una posizione qualificata e differenziata (trattandosi di un interesse assolutamente generale e diffuso) o se, invece, siamo pur sempre entro i canoni della legittimazione al ricorso ove però l'interesse al rispetto della concorrenza veste in maniera peculiare l'interesse legittimo perché assurgerebbe a particolare interesse collettivo rispetto al quale l'Agcm fungerebbe da ente esponenziale⁶³. In altri termini, la questione sollevata dalla norma impone di comprendere se l'art. 21 bis preveda una inedita forma di giurisdizione oggettiva- ove il ricorso è proposto a tutela di un interesse generale e non per difendere situazioni giuridiche individuali-, o se, al contrario, tale potere è pur sempre riconducibile alla tradizionale giurisdizione a tutela di situazioni soggettive giuridicamente qualificate e differenziate, con

⁶³ Sulla questione in esame si segnalano Urbano, *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21 bis l. 287/90*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 1022; Cappai, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 1607; Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/1990*, in www.giustamm.it; Interlandi, *Brevi riflessioni sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di ampliamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it; Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'Agcm ex art. 21 bis l. 287/90. Legittimazione al ricorso e individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in www.federalismi.it; Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it* n. 12/2012; A. M. Sandulli, *Introduzione al dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, n. 12/2012.

l'unica peculiarità che l'interesse in questione viene incardinato ex lege in capo ad un soggetto pubblico⁶⁴.

Il dibattito che si è spiegato è stato ampio e ha diviso la dottrina nel sostenere ambo le alternative possibili.

Secondo una prima impostazione, l'art. 21 bis attribuisce all'Agcm un'azione a tutela non di un interesse particolare ma di un interesse generale al rispetto della legalità, dell'osservanza cioè delle regole in tema di concorrenza. Ciò perché l'Agcm non fa valere una situazione sua propria: l'interesse generale alla concorrenza «per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto»⁶⁵.

Per diversa impostazione, invece, l'Agcm sarebbe titolare di un interesse collettivo: l'interesse alla concorrenza, per definizione interesse generale e diffuso, si trasforma in interesse collettivo nel momento in cui il legislatore ne affida la cura all'Agcm quale ente esponenziale⁶⁶.

La questione, che ha visto la sua proposizione sia davanti al Giudice delle leggi⁶⁷ che dinanzi al Tar Lazio⁶⁸, è stata risolta nel senso che l'Agcm ha legittimazione ad agire in quanto l'atto che si impugna ha violato le regole della concorrenza, alterando il corretto funzionamento del mercato, cosa diversa dalla semplice legalità dell'azione amministrativa. L'interesse al corretto funzionamento del mercato è dunque il bene della vita cui si correla la posizione, qualificata e differenziale, dell'Agcm con la mediazione della legge nel trasformare tale interesse, diffuso, in collettivo⁶⁹.

⁶⁴Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/1990*, cit.

⁶⁵Così Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit.

⁶⁶A. M. Sandulli, *Introduzione al dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, cit.

⁶⁷Corte cost., 14 febbraio 2013 n. 20, in *Foro it.*, 2013, I, 1398.

⁶⁸Tar Lazio, III ter, 15 marzo 2013 n. 2720., in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Concorrenza*, n. 124.

⁶⁹Di diverso parere Clarich, *Osservazioni*, cit., il quale invece reputa una forzatura tale ricostruzione poiché estende a dismisura la nozione di bene della vita, fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa. In quest'ottica tutti gli apparati

In questa chiave trova soluzione anche l'ulteriore questione legata alla concreta sussistenza della seconda condizione dell'azione, ovvero l'interesse a ricorrere, notoriamente correlato ad una lesione- effettiva, attuale e concreta- che il provvedimento di cui si chiede la caducazione arreca e nel contempo al vantaggio, anche solo potenziale, materiale o morale, che si ritrae dall'annullamento del provvedimento impugnato.

Come ha osservato la dottrina, nel caso di cui all'art. 21 bis il concetto di interesse ad agire va rimodulato alla luce della finalità dell'azione. Se l'interesse generale al ricorso è l'utilità che il ricorrente può trarre dall'annullamento dell'atto impugnato, tale utilità qui consiste proprio nell'eliminazione di quell'atto distorsivo della concorrenza e quindi del mercato.

Un altro istituto che merita attenzione nell'ambito delle dotazioni dell'Agcm è quello degli impegni.

Come dispone la legge antitrust del 1990 a seguito della novella additiva di cui all'art. 14 del d. l. 223/2006 (cd. decreto Bersani), una delle modalità di chiusura dell'istruttoria avviata dall'Agcm per l'accertamento di una violazione alla concorrenza è costituita dall'accettazione degli impegni presentati dall'impresa sottoposta al procedimento ex art. 14 ter⁷⁰.

Con tale norma si è inteso allineare i poteri dell'Agcm nazionale a quelli elencati dall'art. 5 Reg. 1/2003⁷¹ rispetto agli illeciti antitrust comunitari, ove si riconosce alle Autorità nazionali il potere di accettare gli impegni, senza tuttavia definirne l'aspetto procedurale. Il nostro legislazione, dunque, ha

amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il cui perseguimento sono stati istituiti.

⁷⁰ Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; Mazzantini, Bertoli, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, 1, 141 e segg.; Ghezzi, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in Riv. Società, 2012, 447 e segg.; Fattori, Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 431 e segg.; Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 413 e segg.

⁷¹ L'art. 5 reg. 1/2003 recita: "Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni: ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale. Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire".

espressamente riconosciuto tale potere in capo all'Autorità nazionale, disciplinando compiutamente l'apparato procedimentale sulla falsariga di quello comunitario; nel contempo ha esteso tale potere anche agli illeciti antitrust interni. Pertanto, i nuovi poteri, applicabili tanto alle intese quanto all'abuso di posizione dominante, riguardano sia i procedimenti avviati ai sensi degli artt. 2 e 3 l. antitrust, sia le istruttorie volte alla verifica delle violazioni della concorrenza comunitarie, ex artt. 101 e 102 TFUE.

Volgendo un rapido sguardo al procedimento, l'art. 14ter dispone che le imprese sottoposte a procedimento istruttorio da parte dell'Agcm per l'accertamento dell'eventuale violazione delle norme sulla concorrenza, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria⁷² possono presentare impegni volti a rimuovere gli aspetti di incompatibilità rilevati dall'Agcm.

Ricevuti gli impegni, l'Agcm apre un sub procedimento volto a valutarne l'ammissibilità ed idoneità. Trattasi di un potere ampiamente discrezionale, in cui vengono in rilievo profili di opportunità e di c.d. "discrezionalità economica" sottratti, in linea di principio, al sindacato giurisdizionale di legittimità, perché rientrati nel merito della decisione amministrativa. Sotto quest'ultimo aspetto, in particolare, la giurisprudenza, specie comunitaria, ha sottolineato come il sindacato giurisdizionale è in questi casi limitato alla completezza e alla veridicità dei fatti addotti e alla mancanza di errori manifesti⁷³.

⁷² Sul dibattito circa il carattere perentorio o meramente ordinatorio del termine *de quolibet* Consiglio di Stato ha chiarito che il termine previsto dall'art. 14 ter legge n. 287 del 1990 ha natura meramente ordinatoria e sollecitatoria. La tesi della perentorietà, infatti, minerebbe l'effettività dell'istituto poiché "le imprese sarebbero indotte ad affrettarsi a presentare gli impegni (e, simmetricamente, l'Autorità ad accettarli), senza un'adeguata conoscenza del caso ed in assenza di un'attività istruttoria tale da consentire un'appropriata comprensione delle preoccupazioni concorrenziali ai fini della presentazione di impegni idonei". Da qui il rischio che "da una parte, che gli impegni, prematuramente presentati, si rivelino alla prova dei fatti ultronei o, al contrario, insufficienti rispetto ai problemi concorrenziali individuati, o d'altra parte, che siano definiti con accettazione degli impegni anche procedimenti che, alla luce di una pur limitata attività istruttoria, potrebbero rivelarsi invece meritevoli di archiviazione". Così C. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, cit.

⁷³ Corte di giustizia, sentenza 29 giugno 2010, C-441/07, Commissione c. Alrosa, ha evidenziato la differenza esistente, proprio sotto il profilo dell'intensità del sindacato giurisdizionale, tra le decisioni di accertamento dell'infrazione (ai sensi dell'art. 7 del reg. n. 1/2003) e quelle di accettazione degli impegni adottate ai sensi dell'art. 9 del medesimo regolamento: le prime mirano ad accertare,

Se il procedimento si concluda con esito positivo, l'Autorità può rendere obbligatori gli impegni per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. Tanto risponde ad una logica di maggiore efficienza dell'azione amministrativa, consentendo di ottimizzare le risorse- riservate a violazioni più gravi- e di rimuovere più celermente le infrazioni riscontrate in casi complessi ma non di particolare gravità. Inoltre, essi comportano l'immediato ripristino dell'originario equilibrio concorrenziale attraverso lo spontaneo comportamento delle stesse imprese protagoniste dell'illecito con una impostazione dell'intervento orientata al buon funzionamento del mercato. Per le imprese, invece, il vantaggio della procedura chiusa con impegni è tutto nel raffronto con le decisioni che accertano l'infrazione.

La dottrina non si esime dall'espone i rischi di deriva paventati rispetto ad un utilizzo "disinvolto" dell'istituto degli impegni.

Da un lato, l'eccessiva richiesta di impegni da parte delle imprese svilirebbe la *ratio* dell'istituto, frustrando il carattere sanzionatorio-deterrente rispetto a violazioni particolarmente gravi. Qui, tuttavia, soccorrono i "limiti previsti dall'ordinamento comunitario" di cui all'art. 14 *ter*. Vi rientrano così le indicazioni di cui all'art. 9 reg. n. 1/2003 e il tredicesimo considerando del medesimo regolamento ove si afferma che le decisioni riguardanti gli impegni non sono opportune laddove la Commissione intenda comminare un'ammenda sicché le violazioni che appaiono di una certa gravità (cd. violazioni *hard core*) non ammettono la presentazione di impegni.

Da altro punto di vista, la stessa Autorità antitrust potrebbe fare uso "politico" dello strumento degli impegni per sollecitare la richiesta di impegni eccessivi in controversie particolarmente complesse facendo leva sul timore, da parte delle imprese coinvolte, di sanzioni particolarmente severe. Nel contempo, attenta dottrina segnala il pericolo di un mutamento genetico della stessa Authority per divenire, da organi di aggiudicazione qual è, ad "autorità

attraverso un completo approfondimento istruttorio, l'esistenza di una infrazione e porvi fine; le seconde, invece, sono ispirate da considerazioni di economia processuale e mirano a fornire una soluzione più rapida alle preoccupazioni concorrenziali identificate dalla Commissione attraverso una valutazione preliminare (par. 35).

di regolazione attiva dei mercati al fine di incidere tanto sulla struttura quanto sulle condotte delle imprese che vi operano”⁷⁴.

Da qui il monito della dottrina ad un utilizzo controllato e parsimonioso dello strumento degli impegni, in senso sia quantitativo che qualitativo⁷⁵.

4. Gli strumenti di *public e private enforcement*: la tutela della concorrenza tra regole pubblicistiche e regole privatistiche

Come si è visto finora, nell’ordinamento comunitario, al pari di quello interno, i comportamenti anticoncorrenziali vengono contrastati facendo applicazione di strumenti repressivi sia pubblicistici che privatistici.

Prendendo le mosse dal diritto comunitario, storicamente il legislatore europeo ha optato per un modello di intervento interamente amministrativo, accentrando tutti i poteri di controllo, come si è già visto (par. 2), in capo alla Commissione. Anche la successiva evoluzione del sistema in termini di decentramento e integrazione per effetto del reg. 1/2003 ha confermato il modello amministrativo. Su questo piano, l’opzione europea si differenzia notevolmente da quella americana, ove l’autorità amministrativa è dotata di poteri inquisitori ma le decisioni finali devono essere assunte da un giudice.

La scelta europea per il modello amministrativo trova nel panorama dottrinale opinioni contrastanti.

Taluni, muovendo dal carattere sostanzialmente punitivo del diritto antitrust, colgono nel più incisivo potere sanzionatorio di cui sono dotate le stesse *Authorities* note tipicamente giudiziarie più che amministrative. Da qui le immediate criticità discendenti da un sistema che, formalmente amministrativo, cela natura giudiziaria, specie in ordine alla possibile elusione delle garanzie del giusto processo⁷⁶. Tanto spiega la tendenza a valorizzare il

⁷⁴ In questi termini si esprime Ghezzi, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l’uso e l’abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., 452 e segg., il quale evidenzia vantaggi, limiti e rischi discendenti dall’utilizzo/abuso degli impegni.

⁷⁵ Ghezzi, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l’uso e l’abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., 457-458.

⁷⁶ Ad esempio, si sottolinea il fatto che tale modello organizzativo non dà garanzia di terzietà dell’organo decisionale, tendendo ad una commistione con l’ufficio inquirente. Rossi, *Governo*,

principio del giusto procedimento in un'ottica di maggiore garanzia per i soggetti sottoposti a procedimento.

Per altra impostazione, invece, una concezione amministrativa anziché punitiva del diritto antitrust è più coerente con le finalità di efficienza economica oggi prevalentemente attribuite alla disciplina in esame, in quanto essa si presta più facilmente, con minori costi amministrativi e di contenzioso, ad indurre modifiche nei comportamenti delle imprese interessate. Pertanto, l'evoluzione delle Autorità antitrust verso un modello di «amministrazione di risultato» anziché di amministrazione prettamente sanzionatoria è più maggiormente in linea con una concezione della concorrenza come processo, anziché come equilibrio ottimale⁷⁷.

Ad ogni modo, il sistema di tutela della concorrenza in ambito europeo è improntato alla complementarietà tra strumenti di *public* e *private enforcement*.

In prima battuta, l'azione di tutela della concorrenza è affidata, secondo una precisa scelta di politica legislativa, ad un'autorità pubblica specializzata, la quale, proprio perché incaricata della missione di presidiare il rispetto della concorrenza da parte degli operatori di un certo settore, è quella tecnicamente più adeguata ed attrezzata per realizzare tale compito.

In particolare, i vantaggi che assicura l'azione amministrativa sono molteplici poiché essa utilizza strumenti d'intervento di tipo officioso ed inquisitorio, oltre ad avvalersi di soggetti dotati di conoscenze tecnico-scientifiche non facilmente accessibili ai privati. Queste componenti sono essenziali per l'accertamento e la qualificazione di illeciti connotati da una notevole complessità come quelli in parola.

Tuttavia, essa presenta al contempo diversi limiti. Da un lato, infatti, l'azione pubblica antitrust non è indiscriminata ma deve essere selettiva per poter intervenire nei casi di maggior rilievo; dall'altro la risposta sanzionatoria,

Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato : tre diverse filosofie dell'Antitrust, in *Concorrenza e Autorità antitrust-Un bilancio a 10 anni dalla legge*, AGCM, Roma, 2000, 169 e segg.

⁷⁷ Così, testualmente, Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, Il Mulino, 2009, 176.

di tipo pecuniario, spesso è inferiore al profitto che l'autore dell'illecito antitrust ritrae dal suo comportamento⁷⁸.

Da qui l'esigenza di affiancare allo strumento pubblicistico quello privatistico, consistente nel riconoscimento in capo ai privati di azioni civili dirette per riparare al danno economico subito a causa dell'illecito.

Già nelle originarie intenzioni del legislatore europeo vi era la prospettiva di incentivare l'attivazione di rimedi privatistici in materia antitrust. Per questa ragione si è riconosciuto fin dall'inizio l'efficacia diretta alla normativa antitrust, calandola direttamente nei Trattati istitutivi⁷⁹. La stessa Corte di giustizia ha sempre affermato che tali disposizioni producono effetti diretti anche in senso orizzontale (tra singoli) e attribuiscono diritti soggettivi la cui violazione può essere fatta valere dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali⁸⁰.

Peraltro, all'attribuzione di diritti soggettivi la normativa comunitaria non correla i relativi meccanismi di reazione a tutela degli stessi, essendo la tutela giudiziaria di esclusiva competenza degli Stati membri. Sul punto però la giurisprudenza della Corte di giustizia, in più occasioni e in più contesti⁸¹, ha affermato l'importanza di una tutela improntata ai principi di equivalenza ed effettività, pena l'indiretta violazione del principio del primato del diritto comunitario su quello interno. In particolare, il principio di equivalenza impone di non discriminare la tutela della posizione comunitaria rispetto a quella nazionale; il principio di effettività, invece, richiede che le procedure nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento comunitario.

All'obbligo di predisporre misure di contrasto equivalenti ed effettive, è stato aggiunto un secondo principio guida per gli Stati membri in materia di *private enforcement*: quando la Commissione sia effettivamente intervenuta, il

⁷⁸ Questi i vantaggi e svantaggi segnalati da Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 455-456.

⁷⁹ C. giust., 1 giugno 1999, C 126/97, Eco Swiss, secondo cui gli artt. 81 e 82 TCE sono norme di ordine pubblico, applicabili anche *ex officio* dal giudice nazionale.

⁸⁰ *Ex multis* C. giust., 30 gennaio 1974, C 127/73, BRT/SABAM.

⁸¹ Tra le tante, anche in materia di termini per ricorrere in giudizio, C. giust., 12 dicembre 2002, C 470/99, Universale Bau; C. giust., 27 febbraio 2003, C 327/00, Santexs.p.a..

giudice nazionale non ha il potere di sindacare la legittimità delle decisioni della Commissione ed è pertanto vincolato da tale decisione.

Alla luce di ciò, dunque, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di prevedere rimedi privatistici dotandosi di specifiche sanzioni civilistiche che siano immediatamente efficaci ed applicabili automaticamente dal giudice nazionale. Quali che siano i rimedi previsti, ciò che maggiormente conta è che essi abbiano un adeguato effetto deterrente.

Il rimedio risarcitorio che qui viene in gioco è da intendersi in senso funzionale, comprensivo cioè di ogni rimedio che conduca ad un ristoro pecuniario a favore delle vittime di un illecito antitrust sicché nulla vieta agli Stati membri di individuare strumenti indennitari forfettizzati ovvero un intervento correttivo da parte del giudice sulle condizioni contrattuali⁸².

Tali linee guida sono state finora necessarie, non esistendo nella normativa europea -perlomeno fino alla direttiva 104/2014- una disposizione che attribuisse ai danneggiati di un illecito antitrust comunitario il diritto al risarcimento del danno. Va comunque osservato che da tempo la giurisprudenza comunitaria afferma che il rimedio risarcitorio, insieme a quello della nullità delle intese, costituisce strumento necessario di *private enforcement* contro gli illeciti antitrust.

A queste sollecitazioni l'ordinamento nazionale ha risposto prevedendo che in caso di illecito antitrust comunitario, derivante dunque dalla violazione delle norme europee sulla concorrenza, la tutela che si accorda passa attraverso la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. Ed infatti, non vi è dubbio che la schema più adeguato ad offrire tutela al danneggiato sia quello aquiliano, meccanismo riparatorio delle sole lesioni arrecate ad interessi meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento i quali, nel caso di specie si rinvencono, ex artt. 11 e 117 Cost., negli specifici diritti soggettivi attribuiti dalle norme antitrust europee in capo ai privati, come poc'anzi si è detto.

Passando tale rimedio al vaglio del principio di equivalenza, sono emerse due criticità.

La prima, appianata da legislatore nel 2012, atteneva ad una irragionevole discrepanza di competenza in ordine agli illeciti antitrust

⁸² Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 463.

nazionali e quelli comunitari. In particolare, l'art. 33, co. 2 legge 287/1990 prevedeva che rispetto alla violazione delle norme antitrust nazionali fosse competente funzionalmente la Corte d'appello competente per territorio, rimanendo la proposizione dell'azione risarcitoria per i casi di illecito antitrust europeo di ordinaria competenza del Tribunale.

Questa incongruenza, che negava il doppio grado di giurisdizione per le controversie risarcitorie ex legge 287/1990, è stata eliminata dal d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, riscrivendo l'art. 33, co. 2 nel senso che « Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

La seconda criticità discende proprio dalla testé citata legge di modifica dell'art. 33, co. 2 l. 287/1990. L'art 2 del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, testualmente inteso, ha lasciato alla competenze del Tribunale le sole azioni di nullità e di risarcimento del danno, sembrando così escluse le altre tipologie di azioni come, ad esempio, quelle inibitorie o di ripetizione dell'indebito. L'interpretazione finora prevalsa è quella letterale, anche se la dottrina ne auspica una lettura logica, di sistema.

Va dato conto della giusta dimensione entro cui leggere il rapporto tra gli strumenti di *public* e *private enforcement*.

Come avverte la giurisprudenza amministrativa⁸³, *public enforcement* e *private enforcement* non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita.

In particolare, gli strumenti di *public enforcement* svolgono una funzione tipicamente “punitiva” ed “afflittiva” e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati. Qui l'eventuale pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione “punitiva”, per quanto costituisca un interesse giuridicamente rilevante, non ha

⁸³ C. Stato., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, cit.

consistenza e pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l'azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di *private enforcement*.

Questi ultimi infatti sono tesi ad assicurare una tutela intersoggettiva facendo applicazione della normativa antitrust nell'ambito di controversie civili promosse davanti ai giudici nazionali.

Si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti.

Proprio in nome di tale autonomia, non è possibile stabilire una sorta di "preferenza" a favore dei rimedi di *public enforcement* rispetto a quelli di *private enforcement*. Invero, non v'è dubbio che, sebbene entrambi i tipi di *enforcement* perseguano lo scopo comune di assicurare il rispetto delle regole del gioco concorrenziale, tanto a livello nazionale quanto a livello comunitario, fino ad un recente passato il ruolo e l'importanza del *private enforcement* sono stati a lungo sottovalutati, in aperto contrasto con il grado di attenzione riservato al *public enforcement*⁸⁴. Tuttavia, ciò non consente di riservare ad esso un ruolo ancillare e secondario, anche solo nel senso di ritenere che la sede privilegiata per l'accertamento dell'infrazione sia, comunque, quella del procedimento amministrativo affidato all'Agcm sì che l'accertamento dell'infrazione dovrebbe sempre essere compiuto in sede amministrativa, anche nei casi in cui il suo effetto sarebbe solo quello di "precostituire" una prova destinata ad essere spesa nel giudizio civile di risarcimento del danno.

In realtà, come si vedrà nel successiva cap. 2, nonostante le notevoli difficoltà probatorie che presenta l'azione risarcitoria promossa dal privato in mancanza di un previo accertamento compiuto dall'Agcm, non vi è alcun ostacolo, né di carattere normativo, né di carattere sistematico, che si frappone, pur in pendenza di un parallelo procedimento amministrativo avviato dall'Agcm, al riconoscimento in capo al giudice civile di un autonomo potere di accertamento dell'infrazione al fine di concedere i relativi rimedi di *private enforcement*. "Del resto, opinando diversamente, si arriverebbe alla

⁸⁴ 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" 2/2006, 321 e segg.

inaccettabile e paradossale conclusione secondo cui l'esercizio dei poteri di *public enforcement* (fra i quali rientra anche il potere di accettare gli impegni ritenuti idonei a far venire meno i profili anticorrenziali) verrebbe indebitamente "piegato" alle esigenze proprie del diverso sistema di *private enforcement*"⁸⁵.

⁸⁵ Così la più volte citata sent. C. Stato., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773 ove un plastico esempio di quanto in discorso è offerto proprio dalla vicenda esaminata dal Giudice amministrativo. In particolare, il Consiglio di Stato ha cassato la pronuncia di primo grado in cui il T.a.r. faceva riferimento alla esistenza di una "connessione", nell'ambito degli strumenti previsti dall'ordinamento a tutela della concorrenza e del mercato, tra il c.d. *public enforcement* (esercitato dall'Agcm) e il c.d. *private enforcement* affidato ai giudici civili. Proprio in nome di tale "connessione", il T.a.r. riteneva che l'Agcm non potrebbe "abdicare" alla sua funzione di accertamento dell'eventuale infrazione nel caso in cui la condotta ipotizzata abbia *medio tempore* già prodotto effetti anticoncorrenziali irreversibili, atteso che, in presenza di tali effetti, l'accertamento dell'infrazione potrebbe essere fatto valere ai fini probatori dai privati pregiudicati dalla condotta anticoncorrenziale per ottenere i rimedi civilistici (in particolare il risarcimento del danno) innanzi al giudice ordinario. Ciò, sempre secondo il T.a.r., al precipuo fine di evitare che, in un sistema in cui esiste una apposita Autorità amministrativa indipendente incaricata di tutelare la concorrenza e accertare le infrazioni, tale accertamento possa essere demandato al giudice civile, come accadrebbe, appunto, attraverso l'accettazione degli impegni (che determinerebbe la conclusione del procedimento senza accertamento dell'infrazione), pur in presenza di effetti irreversibili (potenzialmente destinati ad essere fatti valere in sede civile) discendenti dalla condotta anticoncorrenziale ipotizzata.

CAPITOLO II
IL *PRIVATE ENFORCEMENT* NELL'ORDINAMENTO
INTERNO: L'AZIONE RISARCITORIA PRIMA DELLA
DIRETTIVA 2014/104/UE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il formante giurisprudenziale all'origine dell'azione risarcitoria da illecito antitrust. L'emersione degli interessi meritevoli di protezione – 3. I caratteri dell'azione risarcitoria da illecito antitrust: ambito soggettivo di applicazione e struttura. In particolare, l'elemento soggettivo – 3.1 Segue. Il nesso causale – 4. La (difficile) prova del danno – 5. La traslazione del danno – 6. La sorte del contratto “a valle” dell'intesa vietata

1. Premessa

Tenere insieme le fila di disposizioni normative ed orientamenti pretori di ambiti paralleli ma convergenti nella sostanza è particolarmente arduo, specie se gli ambiti di cui trattasi sono quello unionale e nazionale, tenuti ad incontrarsi sull'impervio terreno dalla concorrenza.

Le difficoltà che si incontrano, come può intuirsi, riflettono da un lato, tutte le incertezze che normalmente seguono all'applicazione a livello nazionale di discipline europee che tacciono sui rimedi da approntare a diritti forgiati in sede sovranazionale. Da qui, il costante monitoraggio delle soluzioni interne alla stregua dei principi di effettività, equivalenza e rispetto dell'effetto utile, come richiesti dalla giurisprudenza europea e che fungono da faro all'interno dei vari ordinamenti degli Stati membri.

Per altro verso, la predisposizione interna di una normativa *ad hoc* in tema di concorrenza nazionale (legge 287/1990) esige un continuo raffronto con quella- speculare- sovranazionale e, ancora, un - quasi assillante- dialogo con le categorie generali di riferimento, così da “far quadrare i conti”.

Delle principali criticità che sono emerse dalle interferenze tra ambito comunitario e nazionale e, sul piano interno, tra legislazione speciale (qual è il

diritto della concorrenza) e categorie generali, si darà conto nella trattazione che segue con specifico riguardo all'azione risarcitoria individuale, strumento principe del *private antitrust enforcement*.

In particolare, l'indagine mossa sul campo ha comportato l'emersione di una serie di nodi problematici, su cui ci si soffermerà ed in particolare:

a) l'individuazione degli interessi sottesi alla disciplina antitrust, direttamente funzionale a tracciare il perimetro dei soggetti che possano accedere allo strumento risarcitorio. Nello specifico, il ruolo del consumatore nel mercato e la meritevolezza degli interessi di cui è portatore;

b) l'illecito antitrust al vaglio degli elementi richiesti dal rimedio aquiliano, ove le maggiori difficoltà concernono la prova del nesso causale e del danno;

c) le ripercussioni sui caratteri tipici dell'azione risarcitoria delle interpretazioni giurisprudenziali europee e della specificità delle leggi economiche che sorreggono la disciplina antitrust, nella costante interazione tra diritto ed economia.

L'analisi di questi profili, alla luce delle speculazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, è funzionale a fotografare lo stadio attuale del *private enforcement*, nei suoi punti di forza e di criticità. Tale indagine è necessaria perché mira ad individuare il preciso contrappeso alle novità introdotte dalla direttiva, così da saggiare con maggior consapevolezza il portato della stessa e, ancor di più, del suo recepimento nell'ordinamento interno.

2. Il formante giurisprudenziale all'origine dell'azione risarcitoria da illecito antitrust. L'emersione degli interessi meritevoli di protezione.

Il ruolo e l'importanza del *private enforcement* sono stati a lungo confinati nella penombra nell'ordinamento dell'Unione europea e conseguentemente

negli ordinamenti dei singoli Stati membri e tanto in aperto contrasto con la maggiore attenzione riservata invece al *public enforcement*⁸⁶.

In ambito comunitario, ad esempio, benché la Corte di giustizia avesse affermato sin dal 1963⁸⁷ il principio della diretta applicabilità dei diritti conferiti ai singoli dal Trattato⁸⁸, il tema del risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust è stato a lungo trascurato, fatta eccezione per la pubblicazione nel 1966 di uno studio sul risarcimento dei danni per violazione degli artt. 85 e 86 TCE⁸⁹ e nel 1997 di uno studio sull'applicazione di tali norme da parte dei giudici nazionali⁹⁰.

La ragione principale del ritardo nello sviluppo del sistema di *private enforcement* si deve probabilmente al fatto che l'Unione, pur prevedendo diritti in capo ai singoli, lascia tuttavia a ciascun Stato membro le forme di tutela da apprestare in ordine alla loro concreta attivazione nonché i rimedi in caso di loro violazione. Come si è già osservato (par. 4 cap. 1), ogni Stato è libero di individuare il meccanismo di tutela più adeguato purché siano rispettati i principi di effettività ed equivalenza. Sicché, accanto al rimedio espressamente previsto della nullità delle intese (101.2 TFUE), spetta a ciascuno di essi, alle indicate condizioni, prevedere i rimedi maggiormente capaci di garantire l'attuazione dei diritti di matrice comunitaria.

⁸⁶ 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*, 2, 2006, 321 e segg.

⁸⁷ Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*.

⁸⁸ Rispetto al tema dell'efficacia delle norme contenute nei Trattati europei, le disposizioni attributive di situazioni giuridiche attive in capo a persone fisiche e giuridiche producono sempre effetti diretti cd. verticali, vale a dire che tali diritti sono sempre azionabili nei confronti dello Stato membro; quanto invece all'efficacia diretta cd. orizzontale, consistente nella invocabilità diretta di una data norma del trattato da parte di un singolo rispetto ad altra persona fisica o giuridica, tale effetto discende dalle sole previsioni a carattere assoluto e incondizionato, quindi immediatamente precettive.

⁸⁹ Commissione CEE, *Il risarcimento dei danni per violazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE*, Serie Concorrenza, Bruxelles, 1966.

⁹⁰ Commissione CE, *L'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri*.

Dalla Corte di Giustizia provengono indicazioni sul punto. Già con il celeberrimo *leading case Francovich e Bonifaci*⁹¹ i giudici europei hanno sottolineato l'importanza di riconoscere in capo ai singoli il potere di domandare il risarcimento dei danni subiti per violazione della normativa comunitaria (anche nel caso in cui l'autore dell'illecito sia il legislatore nazionale), in quanto sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario.

Come già anticipato, con specifico riferimento alle controversie antitrust il principio sancito dalla sentenza *Fancovich* ha stentato ad affermarsi. Il pieno riconoscimento di esso è lo sbocco di un percorso scandito da una serie di *seminal decisions* che costituiscono il sostrato da cui oggi il legislatore europeo ha preso le mosse per mettere a punto gli aspetti salienti dell'azione risarcitoria come articolata nella direttiva 104/2014.

Nello specifico, l'iter risulta tracciato dalle sentenze *BRT v. Sabam* (1974), *Courage Crehan* (2001), *Manfredi* (2006), *Pfeiderer* (2011), *Otis* (2012), *Donau* (2013) e infine, *Kone* (2014).

Soffermando l'attenzione su quelle principali, nella sentenza *BRT v. Sabam*⁹² la Corte di Giustizia ha affermato la diretta efficacia delle norme sostanziali antitrust negli ordinamenti degli Stati membri. In particolare, i giudici europei hanno affermato che gli artt. 81 e 82 TCE producono effetti

⁹¹ Corte Giust., 19 novembre 1991, C 6/90, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 145, con nota di A. Barone e R. Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore*, e di G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*. Più in generale, si veda L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; E. Scoditti, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2005, 5 e segg. Nel cd. caso *Franco*, la Corte di Giustizia ha riconosciuto la responsabilità dello Stato italiano per la mancata trasposizione nel proprio ordinamento di una direttiva che obbligava gli Stati membri ad assicurare, attraverso un meccanismo di garanzia, la liquidazione dei crediti dei lavoratori non pagati da datori di lavoro insolventi. Poiché nel caso di specie la direttiva da attuare non era *self executing*, la Corte ha dichiarato responsabile lo Stato per i danni subiti dai lavoratori che, a seguito dell'inadempimento dello Stato, non avevano potuto far valere un proprio diritto come previsto dalla normativa comunitaria.

⁹² Corte Giust., 30 gennaio 1974, C 127/73; negli stessi termini anche Corte Giust., 18 marzo 1997, C 285/95, *Guérin automobiles*.

diretti anche orizzontali, ovvero nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono a questi ultimi diritti soggettivi da poter azionare, in caso di violazione, dinanzi ai giudici nazionali.

Nella pronuncia *Courage c. Crehan*⁹³ del 2001 la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni subiti da una impresa “debole” che abbia aderito ad un’intesa restrittiva della concorrenza per ragioni di “necessità economica”, ha affermato apertamente che «la piena efficacia dell’art. 81 del Trattato e, in particolare, l’effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza [...]. Un siffatto diritto rafforza [...] il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest’ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità».

Tale pronuncia oltre a tale affermazione di principio, che si colloca nel solco della sentenza *Francoovich*, si segnala altresì per l’enunciazione di due regole fondamentali: da un lato si afferma che «un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, qualora quest’ultimo sia accertato»; dall’altro e nel contempo, «l’azione di danni va riconosciuta anche in capo a chi si sia trovato in posizione di inferiorità grave, nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e perfino da annullare, la sua libertà di negoziare». La dottrina trae da ciò, tra gli altri, il seguente insegnamento: il diritto comunitario impone il riconoscimento della legittimazione ad agire per i danni a favore del soggetto, ancorché impresa, che abbia negoziato in condizioni di dipendenza economica nei confronti dell’altra e, solo per tale ragione di dipendenza, sia divenuto complice di un

⁹³ Corte Giust., 20 settembre 2001, C 453/99 in *Foro it.*, 2002, IV, 75 e segg. con nota di Palmieri, Pardolesi, Scoditti, Rossi.

illecito antitrust commesso dalla parte contrattuale forte⁹⁴. Si allarga dunque l'ambito soggettivo dell'azione da illecito antitrust.

Un ulteriore passo in avanti viene compiuto con la sentenza *Manfredi*⁹⁵. Si discuteva della legittimazione ad agire del consumatore finale per danni derivanti da un illecito antitrust. La Corte di giustizia ha sciolto affermativamente la questione, ritenendo che anche il consumatore finale è soggetto attivo del gioco della concorrenza e pertanto, direttamente tutelato dalle norme che vietano comportamenti anticoncorrenziali.

L'ultima tappa più significativa nel percorso compiuto dalla giurisprudenza europea è segnata dalla recente pronuncia *Kone*⁹⁶ in cui ai giudici è stato chiesto se la responsabilità civile per danni subiti a causa di un'intesa si estenda anche ai cd. *umbrella effects* o prezzi guida, ovvero quel fenomeno per cui, secondo la scienza economica, le imprese non partecipanti all'intesa, nella scia delle manovre di tale intesa- «sotto l'ombrello dell'intesa»-, fissino i propri prezzi, consapevolmente o meno, ad un livello superiore a quello altrimenti possibile in condizioni di concorrenza».

Qui il quesito si incentra sulla possibilità per i clienti delle imprese estranee all'intesa- che tuttavia hanno rimodulato i propri prezzi proprio per via dell'intesa *inter alios acta*- di rivolgersi al giudice nazionale per chiedere il risarcimento del danno nei confronti dei partecipanti all'intesa. Tale questione, la cui soluzione –come si vedrà nel proseguo del capitolo- si appunta sull'elemento del nesso di causalità, ha trovato risposta affermativa. Tanto perché il divieto di intese anticoncorrenziali, applicabile direttamente nei rapporti tra privati, fa sorgere, in forza della primazia del diritto europeo, obblighi in capo a tutte le imprese che operano sul mercato interno e può essere fatto valere da chiunque. L'effetto utile del divieto sarebbe allora compromesso se non si garantisse a chiunque di chiedere il risarcimento del danno alle imprese che ne sono artefici.

⁹⁴ Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 467.

⁹⁵ Corte Giust., 13 luglio 2006, C 295/04.

⁹⁶ Corte Giust., 24 ottobre 2013, *Kone Oyj, Kone GmbH, Kone BV/ Commissione europea*, C 510/11.

Tali elaborazioni giurisprudenziali hanno avuto ampia eco anche a livello politico-legislativo, con l'avvio di una serie di studi che porteranno in ultimo, come si vedrà, al licenziamento del testo della direttiva 104/2014.

È invece interessante analizzare le posizioni giurisprudenziali interne in materia di illecito antitrust nazionale, come evolutesi nel tempo anche grazie alle acquisizioni europee.

Giova subito premettere che quando è entrata in vigore la legge 287/1990 si intuì presto che essa si sarebbe insinuata come una novità di decisivo rilievo nel panorama normativo in tema di concorrenza, tributaria peraltro delle disposizioni antitrust di matrice europea. Ciò nondimeno, a lungo tale normativa è stata interpretata tenendo conto della logica codicistica dell'atto di concorrenza sleale e dunque, per lo più intesa come volta a fornire tutela al solo imprenditore contro l'attività scorretta del concorrente.

Tale approccio era foriero di conseguenze pratiche di notevole rilievo poiché, tra l'altro, da esso discendeva la carenza di *legitimitas ad causam* in capo al consumatore che si dolesse di eventuali danni subiti a causa del comportamento anticoncorrenziale. Si riteneva, infatti, che l'art. 1 della legge antitrust, nel richiamare espressamente l'art. 41 Cost., non faceva altro che confermare la finalità della legge in parola come volta ad assicurare il libero esplicarsi dell'iniziativa economica privata delle imprese. Dal che derivava che l'eventuale lesione cagionata al consumatore dall'illecito anticoncorrenziale poteva trovare riparo solo nell'alveo della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. con l'ulteriore conseguenza che in punto di competenza, valessero le ordinarie regole processuali e non la competenza funzionale della Corte d'Appello ex art. 33 l. 287/'90.

L'emancipazione dall'originaria lettura cui è stata ancorata la legge antitrust, frutto di una incrostazione storico-sistematica ormai inattuale, si è resa necessaria dinanzi ad una più coerente interpretazione della stessa alla luce della Costituzione (art. 41 Cost.) e soprattutto dei Trattati europei. In particolare, diviene centrale il concetto di mercato, inteso come luogo in cui si esplicita la pretesa all'autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa (art. 41 Cost.); esso dunque è *in primis* luogo della competizione, cosicché è illecito ogni comportamento che nel mercato riduce

tale competitività perché diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria autodeterminazione economica.

Ma non solo. Ad un attento esame della *lettera legis*, altresì intesa alla luce dei canoni europei che pure l'hanno ispirata, la legge 287 tutela il libero esplicarsi dell'autonomia privata sul mercato ma non come limitato al circoscritto ambito dei *competitors*. Se così fosse, non si comprenderebbe il rilievo che la legge assegna al dato quantitativo della distorsione alla concorrenza: sono, infatti, vietate quelle intese che abbiano per effetto o per oggetto di impedire, restringere o falsare «in maniera consistente» il gioco della concorrenza «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante». Se ad essere tutelato fosse l'interesse individuale di ciascun soggetto economico alla leale concorrenza, vi sarebbe lesione anche fuori i limiti segnati dalla legge.

Si comprende bene che l'interesse a cui l'ordinamento assegna protezione perché ritenuto meritevole di tutela è allora molto più ampio e coincide con il buon funzionamento del mercato, cosa che impone la rimozione di tutti quegli ostacoli che si frappongono non solo alla concorrenza tra imprese ma anche alla libera determinazione degli individui che vengono riconosciuti, al tempo stesso, destinatari e “ispiratori” degli atti di concorrenza. Di qui la necessità di garantire una generale correttezza del funzionamento dei rapporti che determinano il mercato, sanzionando ed inibendo quei comportamenti che sono fonte di pregiudizio per i diversi soggetti economici nel mercato.

Questa riscrittura del perimetro della legge 287 emerge in maniera nitida in una nota pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione in materia (sent. n. 2207/2005)⁹⁷, la quale, allineandosi con la giurisprudenza comunitaria

⁹⁷ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 440. La vicenda era la seguente: accertata dall'Autorità della concorrenza e del mercato l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale fra imprese assicuratrici, e comminata relativa sanzione in capo ad una delle imprese partecipanti, un assicurato conveniva davanti al Giudice di pace la società assicuratrice per sentirla condannare al pagamento di quanto dovutogli per via del fatto che la polizza da lui conclusa era stata stipulata «secondo le condizioni determinate dal cartello delle società assicuratrici, il cui effetto era stato di aumentare i prezzi in modo uniforme per tutto il mercato nazionale, in violazione della legge n. 287 del 1990, dei principi di correttezza e di buona fede e con pregiudizio di essa parte, più debole in

in materia, segna un importante *revirement* rispetto al precedente assetto pretorio, giungendo ad affermare che «la legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

Oggetto immediato della tutela non è dunque il pregiudizio del concorrente- nonostante anche a questi possa essere finalizzata la repressione dell'intesa anticoncorrenziale-, ma un più generale bene giuridico. Il comportamento anticoncorrenziale vietato, secondo le Sezioni Unite, costituisce un illecito plurioffensivo sia sotto il profilo della violazione del divieto anticoncorrenziale effettuato con l'intesa restrittiva a monte, sia sotto il profilo del pregiudizio subito a valle dal consumatore, il quale -proprio per effetto dell'intesa restrittiva-, subisce «la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente». Basta scorrere infatti le diverse fattispecie di illecito antitrust per comprendere come il bene tutelato non sia certo il rapporto concorrenziale tra imprenditori, ma, appunto, il complessivo gioco economico a cui la generalità dei consociati può prendere parte, consentendosi così la competizione e l'autoaffermazione economica ma solo se tale gioco economico si venga a svolgere correttamente e liberamente⁹⁸.

Traendo le debite conclusioni, i giudici di legittimità affermano che la legge 287/1990 regola un contesto nel quale anche al fruitore dell'atto d'impresa è riconosciuta una situazione soggettiva attiva meritevole di tutela diretta. Anch'egli è soggetto del mercato, e come tale l'ordinamento deve

quanto obbligata a contrarre». La società convenuta contestava la competenza del Giudice di pace affermando competente (soltanto) la Corte d'appello ai sensi dell'art. 33 della legge 287/1990. Il Giudice di pace si riconosceva invece competente sicché la sua sentenza veniva impugnata con ricorso alla Corte di Cassazione.

⁹⁸ In verità, che l'attività anticoncorrenziale possa provocare danni ingiusti ai consumatori, legittimati per conseguenza all'azione risarcitoria non è certamente conclusione nuova. Così già T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 164; Toffoletto A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

tutelare il suo diritto di scelta fra offerte che siano rese in un corretto antagonismo concorrenziale.

Ubi jus, ibi remedium. Il comportamento restrittivo della concorrenza è dunque idoneo a cagionare un danno ingiusto-lesivo di un interesse meritevole di protezione- e la norma di riferimento in materia individuata dall'ordinamento a tal fine è l'art. 33 legge 287/1990, la quale detta la disciplina processuale dell'azione di nullità e di risarcimento danni che ne conseguono.

Alla luce di tutto ciò, possono allora enunciarsi due regole. In primo luogo, si afferma il pieno riconoscimento della legittimazione dei singoli, non solo delle imprese, ad utilizzare la tutela prevista dalla legge in parola per ottenere la riparazione del pregiudizio subito nella violazione del libero gioco della concorrenza.

In secondo luogo, la tutela risarcitoria del consumatore deve essere trovata all'interno della disciplina della legge antitrust. Tanto ha comportato l'attribuzione della speciale competenza della Corte d'appello anche rispetto alle pretese del consumatore per il pregiudizio subito dalla rottura della concorrenza- cui poi ha fatto seguito il già citato d.l. 24 gennaio 2012, art 2, co. 2.

3. I caratteri dell'azione risarcitoria da illecito antitrust: ambito soggettivo di applicazione e struttura. In particolare, l'elemento soggettivo.

La legge antitrust italiana all'art. 33 comma 2 ha inteso affiancare al complesso sanzionatorio pubblicistico un rimedio risarcitorio, devolvendo alla Corte d'Appello le azioni di risarcimento del danno⁹⁹. Norma laconica con cui

⁹⁹ È opportuno interrogarsi sul valore dell'art. 33 legge 287/1990 sì da giustificare l'intero discorso che si andrà a compiere. In realtà, la norma dell'art. 33 ha carattere processuale, disponendo la competenza della Corte d'appello, quale giudice funzionalmente competente per materia a conoscere le azioni di risarcimento del danno. La istituzione di un solo grado di giudizio presso un unico giudice si spiega con la esigenza di assicurare celerità e soprattutto specializzazione, derivante dalla stessa concentrazione del contenzioso. L'idea è che si tratti di un contenzioso non molto esteso ma con casistica omogenea, per il quale è consigliabile la concentrazione dell'esame in un numero limitato di

l'interprete è chiamato a confrontarsi, a partire dai soggetti legittimati ad avvalersene.

Su tale questione, la Corte di Cassazione, come poc'anzi visto, è oggi giunta ad affermare che la legge antitrust è legge di tutti gli operatori del mercato perché diretta a proteggere il suo corretto funzionamento; non solo le imprese, dunque, ma anche i consumatori sono riguardati dalla normativa sulla concorrenza poiché essi nutrono un interesse giuridicamente qualificato e protetto che si specifica nella libera determinazione contrattuale e nel godimento dei benefici che la concorrenza offre. La lesione, *non iure e contra ius*, di questo interesse per effetto di contrattazioni inique mette in moto la clausola di cui all'art. 2043 c.c. sicché la responsabilità da illecito anticoncorrenziale ha natura extracontrattuale¹⁰⁰.

In verità, proprio in ordine al problema della forma giuridica da dare al danno che i consumatori possono subire in conseguenza di un illecito antitrust, è sorto un vivace dibattito, specie dottrinale, il quale ha visto contrapposte due opinioni: quella minoritaria di chi ritiene che la tutela del consumatore, lungi dal ricercarsi in sede aquiliana, sia da rinvenirsi nel contratto concluso con l'impresa collusa in attuazione della iniziativa anticoncorrenziale¹⁰¹ e quella prevalente, secondo cui trattasi di responsabilità extracontrattuale, riconnettendosi il danno ingiusto direttamente all'iniziativa anticoncorrenziale¹⁰².

Corti, le quali potranno più agevolmente confrontare la casistica e l'evoluzione interpretativa in una materia che può avere così dirette implicazioni e proiezioni nei rapporti di massa.

¹⁰⁰ Cass. civ., 02 febbraio 2007 n. 2305 in *Danno e resp.*, 2007, 7, 755 e segg. con nota di Afferni, ove viene precisato il carattere aquiliano dell'azione risarcitoria e si prende posizione sul bene leso, consistente nella libertà contrattuale ultra individuale ovvero il diritto a godere dei benefici della concorrenza, ai sensi dell'art. 41 Cost e L. 287/1990.

¹⁰¹ Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 e segg; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165 e segg.; in giurisprudenza, Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, 1134.

¹⁰² Tra gli altri, si veda Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, 237 e segg.

La prima impostazione muove dalla concezione per cui la legge n. 287/1990 sia normativa del solo imprenditore¹⁰³ sicché la competenza che essa attribuisce rispetto alle azioni di risarcimento del danno e di nullità si riferisce ai soli soggetti le cui condotte la legge intende regolare e per il danno che a taluno di essi possa derivare dalla violazione della disciplina medesima contenuta nella legge¹⁰⁴. Diversamente, il consumatore finale, non essendo riguardato dalla legge antitrust, non ha alcuna legittimazione in fatto di concorrenza. Gli unici strumenti di cui questi può utilmente avvalersi per reagire all'imposizione di condizioni onerose, prima di "scomodare" la responsabilità aquiliana, si rinvengono esclusivamente nella disciplina di diritto comune del contratto. Il ragionamento sarebbe il seguente: il consumatore trova tutela- prima ancora che nel sistema aquiliano- nel contratto che ha stipulato e che per l'altra parte costituisce lo strumento precipuo di attuazione di una intesa vietata. Se proprio tramite quel contratto (finale) si dà corso a una prestazione che costituisce esito della violazione di una norma imperativa, «affermare la validità di tale contratto, che è lo strumento con il quale si dà esecuzione alla violazione del divieto, significa privare di senso il divieto stesso». Sicché il contratto stipulato dal consumatore è- parzialmente- nullo, dischiudendosi così per esso la tutela che l'ordinamento prevede in esito alla nullità.

Come meglio si dirà quando si esaminerà la problematica della sorte del contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale, basti qui osservare che secondo questa impostazione, ad essere nulla è la - parte della - clausola riguardante il prezzo in eccesso, in quanto posto in essere in violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287 e, nella misura in cui è strumento di attuazione dell'intesa vietata, è esso stesso illecito.

Secondo la dottrina in parola, dunque, il contratto sarebbe nullo per l'illiceità dell'oggetto del contratto ma solo per la parte corrispondente al

¹⁰³ Afferma Castronovo, cit., che la legge antitrust all'art. 1 non lascia margini di dubbio giacché testualmente fissa l'ambito di applicazione «alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese» sicché la responsabilità civile, di cui all'art. 33, comma 2, può riguardare soltanto i soggetti ai quali la disciplina così individuata fa riferimento e perciò in linea di massima non i consumatori ma le imprese.

¹⁰⁴ Castronovo, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, cit., 1165.

surplus illecito, con la conseguenza che coloro che hanno pagato la quota indebita di prezzo hanno legittimazione alla ripetizione di essa. Pertanto, come rimedio alla nullità parziale dell'oggetto non si fa seguire la sostituzione automatica della clausola nulla- in quanto si afferma che non esiste e non si saprebbe come trovare la disposizione da sostituire a quella invalida- ma l'azione di indebitato del prezzo pagato in eccedenza¹⁰⁵.

A questa ricostruzione sono state mosse diverse obiezioni¹⁰⁶. In verità, questa tesi, se affascina per l'intento che muove l'analisi, ossia la perimetrazione dei giusti confini delle categorie giuridiche onde evitare indebiti sconfinamenti, pare tuttavia esporsi all'obiezione per cui, proprio nel rispetto della categoria della responsabilità civile, il diritto del consumatore alla correttezza di comportamento dell'impresa «offerente» sul mercato esiste «prima e fuori del contratto»¹⁰⁷.

Il consumatore, proprio alla luce della *ratio* della normativa antitrust, finisce per risultare titolare di un interesse individuale al rispetto delle regole del confronto concorrenziale, poiché è dal rispetto delle stesse che egli ottiene la possibilità di compiere un'effettiva scelta tra alternative diverse. Dalla violazione di tale interesse meritevole di protezione discende un profilo di responsabilità in capo all'impresa contraente, di natura aquiliana. Non vale l'obiezione per cui l'ingiustizia del danno verrebbe surrettiziamente a coincidere con il carattere illecito della condotta dell'impresa contraente¹⁰⁸: qui l'antigiuridicità del comportamento dell'impresa- stigmatizzata con sanzione amministrativa- non colora di ingiustizia il danno subito dal consumatore ma funge piuttosto da fatto - sia pure qualificato - lesivo di un interesse che è meritevole di protezione ancor prima di essere leso e che proprio dal

¹⁰⁵ Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., 473.

¹⁰⁶ Su tutti si vedano le osservazioni critiche mosse da Libertini in *Ancora sui rimedi civilistici*, cit., 237-241; Inzitari, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana*, in *Danno e resp.*, 2005, 498 e segg., il quale, osserva che già sotto un profilo tecnico-giuridico, la tesi in parola tiene a patto di contraddirsi e cioè di presupporre una sostituzione legale automatica del prezzo.

¹⁰⁷ Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 482 e segg.

¹⁰⁸ Castronovo, *Responsabilità civile antitrust*, cit., 1166.

confronto con l'interesse antagonista risulta vincente, secondo il "test" del giudizio sintetico-comparativo.

Non si tratta, come pure si è detto, di un interesse indimostrato o carente di sostrato giuridico: la qualifica di danno ingiusto secondo l'art. 2043 c.c. discende sia dalla rilevanza che la legge n. 287/1990 conferisce agli interessi del mercato e del consumatore, sia dai principi costituzionali di solidarietà di cui agli artt. 2 e 41, secondo comma¹⁰⁹.

Della "rilettura" della legge antitrust e della emersione degli interessi sottesi alla stessa, non più circoscritti a quelli dei soli imprenditori, si è già detto (*retro*, par. 2). Va qui invece argomentata la rilevanza costituzionale dell'interesse del consumatore nel mercato che è possibile rintracciare, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 2 e 41, co. 2 Cost, nel potere di iniziativa economica e nel diritto di autonomia negoziale, che qui viene in rilievo nella sua dimensione negativa¹¹⁰.

L'intesa restrittiva della concorrenza comprime, se non addirittura rende impossibile, l'esercizio per il consumatore della possibilità di una effettiva scelta nel mercato tra alternative diverse, possibili solo se manca l'illecito. Per questa via, il danno ingiusto risiede proprio nella privazione della possibilità di effettuare la scelta economica tipica della funzione del consumo. Il potere di scelta costituisce infatti l'elemento centrale che muove e giustifica il mercato¹¹¹. L'assegnazione di vantaggi e svantaggi ai consumatori e naturalmente alle imprese, trova la sua giustificazione nel presupposto che consumatori e imprese, quali protagonisti del mercato, abbiano potuto effettivamente esercitare un libero potere di scelta nella allocazione delle risorse e nella modalità di soddisfazione dei bisogni espressi nel mercato. La libertà di iniziativa economica si snoda, infatti, con le stesse esigenze e la stessa intensità, tanto nella iniziativa produttiva ed organizzativa degli imprenditori, quanto nella iniziativa dei singoli destinatari dei beni e dei servizi i quali, appunto, consumano la loro iniziativa economica destinando le risorse

¹⁰⁹ Libonati, *Responsabilità extracontrattuale per violazione delle norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2005, 506 e segg.

¹¹⁰ Inzitari, *Abuso da intesa anticoncorrenziale*, cit., 505.

¹¹¹ Libonati, *Responsabilità*, op. cit.

individuali ad una o ad un'altra offerta, secondo elementari criteri di preferenza e convenienza¹¹².

Il consumatore non solo realizza la libera soddisfazione dei propri bisogni, ma contemporaneamente, al pari di ogni soggetto economico che partecipa al mercato, corre il rischio della migliore utilizzazione ed impiego delle risorse di cui dispone. La restrizione o esclusione della concorrenza comporta, pertanto, immediatamente la privazione proprio di questo potere, determinando quindi, quale effetto per il consumatore quello di dovere partecipare ai rischi del mercato senza però avere la possibilità di percorrere scelte alternative rispetto a quelle imposte da coloro che sono riusciti a rompere il corretto gioco del mercato.

La lesione investe, quindi, una libertà economica e il pregiudizio consiste nel non poter bilanciare la sopportazione del rischio e degli oneri del mercato con la libertà di optare per scelte allocative delle proprie risorse che consentano di controllare o forse anche dominare tali rischi ed oneri¹¹³.

È dunque un pregiudizio di una libertà economica che incide sul patrimonio del singolo perché lo priva della possibilità di operare con le proprie scelte patrimoniali innanzitutto una difesa del proprio patrimonio. Si tratta dunque di una lesione alla libertà negoziale, che si sostanzia nella deviazione dalla direzione che egli avrebbe ragionevolmente seguito se non si fosse verificato un tale condizionamento.

Chiarito che l'azione risarcitoria da illecito antitrust ha carattere aquiliano e può essere esercitata anche dai consumatori¹¹⁴, può passarsi ad analizzare uno fra gli elementi strutturali più controversi della fattispecie: l'elemento soggettivo.

¹¹² Vettori, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 330 e segg.

¹¹³ Inzitari, op. cit., 504.

¹¹⁴ Quanto alla legittimazione passiva si ammette, in una prospettiva di responsabilità aquilana, l'applicabilità dell'art. 2055 c.c. sulla responsabilità in solido, estesa a tutti i membri dell'intesa nei confronti dei terzi danneggiati. Così Libertini, *Diritto della concorrenza*, cit., il quale sul punto riflette peraltro sulla possibilità che, nell'ottica di implementare l'effetto deterrente in materia, sia da preferirsi la strategia di un allargamento dei legittimati passivi dinanzi al danneggiato piuttosto che quella di ampliare la platea dei legittimati attivi. È comunque di tutta evidenza che il reale problema di fondo, come pure osserva l'Autore, resta quello - nell'ambito dell'abuso di posizione dominante - del concorso dei terzi nell'illecito - proprio - altrui, qual è l'illecito anticoncorrenziale.

In particolare, oggetto di dibattito è il ruolo della colpa nella fattispecie di illecito antitrust *ex art. 33 comma 2* ove la difficoltà dell'interprete sta nell'orientarsi dinanzi al bivio che viene a profilarsi: se trattasi di colpa in senso stretto ovvero di un'ipotesi di *strict liability*. Rinviano al quarto capitolo la riflessione sul rilievo dell'elemento soggettivo in ordine alla funzione che si accorda all'azione risarcitoria in materia antitrust, può qui ricostruirsi il panorama di opinioni che sono sorte sul punto.

Secondo una prima ricostruzione, il legislatore, «subordinando la responsabilità ed il conseguente obbligo risarcitorio al mero presupposto della violazione di norme antitrust», parrebbe aver creato una ipotesi di responsabilità *sine culpa*, basata sulla mera esistenza del nesso causale fra fatto illecito e danno¹¹⁵. L'ipotesi di cui all'art. 33 comma 2 fungerebbe da *lex specialis* rispetto all'illecito civile di diritto comune, con regole sull'imputabilità peculiari rispetto al regime comune.

Non poche le obiezioni sollevate in dottrina rispetto a tale lettura.

In primo luogo si osserva che se la fattispecie della responsabilità oggettiva da tempo è equiparata alla più tradizionale ipotesi di responsabilità colpevole, tendenzialmente connessa all'ipotesi del rischio d'impresa e più in generale alla funzione compensativa della tutela aquiliana, dimostrare la natura di *strict liability* dell'illecito antitrust diventa particolarmente difficoltoso. Infatti, pur volendo avallare le argomentazioni d'equivalenza fra i due modelli di responsabilità, occorrerebbe applicare all'antitrust i principali criteri della responsabilità oggettiva, ad esempio il rischio d'impresa e, per tale via, a tacer d'altro, non sarebbe semplice far rientrare l'attività economica rilevante ai sensi della legge antitrust nel concetto di attività pericolosa o d'esercizio d'impresa tenuta a subire i relativi rischi¹¹⁶. Peraltro, coerentemente alle tesi sul legame fra responsabilità obiettiva e funzione compensatoria del risarcimento del danno, occorrerebbe dimostrare l'eventuale primaria o esclusiva finalità di *compensation* dell'azione in parola, la quale, se annichilita nel

¹¹⁵ Bastianon, *Il diritto antitrust e la responsabilità civile: alcune osservazioni a proposito della normativa italiana*, 23 e segg.

¹¹⁶ Caruso, *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 1998, 127.

suo ruolo di deterrenza, non appare coerente con la filosofia generale dell'antitrust.¹¹⁷

In secondo luogo, avverso una ricostruzione in termini oggettivi della responsabilità da illecito antitrust, si adduce il carattere processuale e non sostanziale dell'art. 33, co. 2. Infatti, l'art. 19 del d.l. Rossi n. 1202 della XI legislatura, ideale progenitore dell'art. 33 comma 2, affermava che «Chiunque abbia subito un danno a causa dell'attuazione di un'intesa... può agire.. », manifestando un chiaro collegamento fra violazione della legge e risarcimento del danno. Diversamente dal suddetto progetto di legge, il legislatore del 1990 non ha espressamente disciplinato sul piano sostanziale l'azione di danni, ma solo sul piano processuale senza ricollegare l'effettivo obbligo di risarcimento *tout court* alla violazione di una certa norma.

Infine, si espone un argomento di coerenza sistematica. La lettura dell'art. 33 comma 2 in chiave di responsabilità può provocare una disparità illegittima ai sensi del diritto comunitario oltre che ingiustificata, fra l'azione di danni ex l. n. 287/1990 e l'azione risarcitoria per violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato UE. Dal confronto con l'analoga azione risarcitoria prevista in caso di illecito antitrust comunitario, rientrando pacificamente nell'ambito della responsabilità (soggettiva) aquiliana ex 2043 c.c., si avrebbe che una medesima infrazione darebbe luogo ad una diversa forma di responsabilità a seconda della estensione geografica degli effetti anticoncorrenziali¹¹⁸.

Una seconda ricostruzione del ruolo della colpa nella fattispecie in esame propone invece di leggersi una colpa presunta, derivante dall'applicazione analogica alla legge 287/1990 dell'art. 2600, ult. co., c.c. Si afferma che tale norma la quale, nell'ambito della concorrenza sleale inverte l'onere della prova relativa all'elemento psicologico dell'illecito, è parte integrante del regime di tutela speciale tipico dei rapporti tra "commercianti" e l'evento generatore del danno risarcibile; essa si colloca sempre all'interno di un conflitto imprenditoriale *stricto sensu*, per quanto diversamente caratterizzato e valutato dalla legge. Tale norma, peraltro, è cristallizzazione di

¹¹⁷ *Ut supra*, Caruso, *Colpa*, cit.

¹¹⁸ Di tale criticità dà conto lo stesso Bastianon, *Il diritto antitrust e la responsabilità civile: alcune osservazioni a proposito della normativa italiana*, cit.

presunzioni giudiziarie sedimentatesi nei giudizi antitrust ove la colpevolezza sembra “autoevidente”¹¹⁹. Pertanto, sulla scorta dell’analisi delle fattispecie *ex* artt. 2 e 3, emergerebbe una compatibilità fra presunzione di colpa e “torto anticoncorrenziale” tale da giustificare un’applicazione analogica della presunzione di colpa di cui all’art. 2600 c.c.¹²⁰

Anche tale lettura si espone a varie obiezioni. In primo luogo, si ritiene fuori fuoco il ricorso all’*analogia legis* non essendoci alcuna lacuna sul punto nell’ordinamento; al contrario, l’art. 2043 c.c. assurge a clausola generale nel sistema risarcitorio, dando indicazioni sulla consistenza dell’elemento soggettivo richiesto¹²¹.

Non solo. L’art. 2600 c.c. è concepito a mente del peculiare contesto in cui opera, fortemente intriso della clausola di “correttezza” a tutela del concorrente che agisce all’interno della stessa classe mercantile. In altri termini, in questo ambito, la concorrenza si preoccupa di sanzionare, in chiave privatistica, il rispetto delle regole “statiche” di quel determinato mercato, a differenza della disciplina antitrust ove ci si occupa di scegliere la politica economica e il grado di concorrenza di un determinato mercato in un’ottica dinamica¹²². La ricaduta pratica è di tutta evidenza: se il dovere di diligenza che grava su ogni *competitors* si sostanzia nel rispetto della sfera giuridica del concorrente prossimo, nell’ambito della legge antitrust la regola dell’agire si modella intorno a parametri e contesti economici spesso dominati da nozioni quali la *workable* o *second, third best competition*.

Dal che emerge allora che l’inversione probatoria di cui all’art. 2600 c.c. assume un significato del tutto peculiare: la presunzione di colpa, operante al solo fine del risarcimento del danno di atti sleali accertati, si spiega in ragione del fatto che l’atto sleale è già intriso di colpevolezza, spesso al limite dell’*animus nocendi*. Ferma allora la possibilità di fornire prova contraria, si

¹¹⁹ Così Libertini, *Il diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, cit., 490.

¹²⁰ Nivarra, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani e Aa., Bologna, 1994, II, 1455 e segg.; Libertini, *Il ruolo del giudice nell’applicazione della norma antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 669 e segg.; Tavassi e Scuffi, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 331.

¹²¹ Così Bastianon, op. cit., 36.

¹²² Traccia bene i confini tra disciplina antitrust e concorrenza sleale Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, 1967, Milano, 201 e segg.

ritiene una inutile duplicazione concettuale e pratica richiedere la prova della componente soggettiva¹²³.

Infine, secondo un'ultima impostazione¹²⁴, quand'anche le norme della legge antitrust fossero interpretate nel senso di privilegiare in ultima istanza una rigida protezione della concorrenza, imprescindibile è la rilevanza dell'elemento soggettivo, così ai fini della sanzione pecuniaria come ai fini della responsabilità *ex art. 33 comma 2*. Si ritiene che affermare ciò non comporta un depotenziamento dell'*enforcement* antitrust, esistendo altri strumenti, come quello inibitorio, che non richiedono una valutazione della colpa. In ogni caso, una soluzione può derivare dalla constatazione che l'illecito antitrust presenti forti analogie con un'altra figura di illecito, quella comportante la responsabilità dello Stato per violazione delle regole comunitarie. Mutuando il ragionamento seguito in quella sede, nell'ottica di pervenire ad una soluzione che in tema di colpa porti al rispetto del delicato equilibrio fra le nozioni di prevedibilità, evitabilità e esistenza di divieti normativi può farsi ricorso al criterio obiettivo della grave violazione, richiamato anche dall'art. 15 l. n. 287/1990 per le sanzioni pecuniarie.

3.1 Segue. Il nesso causale

Prima di esaminare il nesso causale nella specifica fattispecie dell'illecito antitrust, giova tracciare, sia pur sinteticamente, le coordinate di riferimento in tema di causalità nell'illecito civile più in generale.

È noto come l'art. 2043 c.c. faccia capo a due tipologie di danno: da un lato, nell'espressione "*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona un danno ingiusto*" il legislatore evoca il cd. danno evento ossia il danno ingiusto, lesivo del bene giuridico o dell'interesse giuridico protetto dall'ordinamento; dall'altro, nell'inciso "*...obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*" si fa riferimento al cd. danno-conseguenza, per significare l'insieme delle

¹²³ Caruso, op. cit., 128.

¹²⁴ Caruso, op. cit., 135.

conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali e morali, risarcibili conseguenti all'evento lesivo.

E' parimenti assodato, accogliendo l'impostazione ricostruttiva più seguita¹²⁵, che a tale distinzione si colleghi rispettivamente quella tra cd. causalità materiale e cd. causalità giuridica: la prima esprime il collegamento naturalistico tra la condotta, attiva od omissiva, e la causazione dell'evento; la seconda invece seleziona, tra le conseguenze lesive, quelle risarcibili. Tale ricostruzione rispecchia la duplice funzione cui assolve la causalità civilistica e cioè quella di fornire all'interprete non solo un procedimento razionale di spiegazione degli eventi, ma anche di distribuzione della responsabilità, selezionando le conseguenze lesive da addebitare all'autore dell'illecito da quelle che resteranno allocate in capo al danneggiato.

L'ubi consistam dei concetti menzionati non trova enunciati nel dato normativo; pertanto, è toccato alla giurisprudenza e alla dottrina ricostruirne la portata.

Partendo dalla ricostruzione del nesso di causalità materiale, si è innescato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai criteri di accertamento del nesso stesso e più in particolare, rispetto alla necessità di accogliere in sede civile i medesimi criteri elaborati in ambito penalistico ex artt. 40 e 41 c.p.

L'orientamento tradizionale, a lungo seguito in giurisprudenza ma avversato dalla dottrina, inferisce dall'assenza di regole causali nel codice del '42 la necessità di far capo al regime espresso dagli artt. 40 e 41 c.p. i quali, alla luce della celeberrima sentenza *Franzese*¹²⁶ in tema di causalità omissiva,

¹²⁵ Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 406 e segg.; Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto illecito*, Torino, 1959, 184 e segg.; Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 13 e segg.; Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 19; Busnelli, *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 17; id., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, 119 e segg.; Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, 367 e segg.; Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 48 e segg.; Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 639; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 84 ss. e 762 ss.

¹²⁶ Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328 in *Riv. pen.*, 2002, 885; in *Corriere Giur.* 2003, 348 con nota di Di Vito; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 1, 246, con nota di Capeccchi; in *Cass. pen.*, 2003, 1175, con nota di Blaiotta; in *Riv. pen.*, 2002, 885; in *Foro it.*, 2002, 2, 601 con nota di Di Giovine.

esprimono il criterio della *condicio sine qua non* coordinato con quello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura e temperato dalla causalità adeguata di cui all'art. 41 co. 2 c.p. La verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale, da compiersi *ex post* ossia dopo e rispetto all'evento così come verificatosi *hic et nunc*. Esso si sostanzia nella eliminazione mentale della condotta umana data per condizionante onde verificare se, tolta questa, l'evento si sarebbe ugualmente prodotto. In tal caso, la condotta può dirsi causa dell'evento.

La pronuncia in questione, tuttavia, ha precisato un concetto importante, sul quale poi la giurisprudenza civile opererà in seguito un *revirement*. In particolare, i giudici della Suprema Corte hanno affermato che allorquando la legge di copertura sia non di tipo universale ma statistica- come normalmente accade-, non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne l'attendibilità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile. In altri termini, una volta rintracciata la legge scientifica di copertura, il coefficiente di probabilità- laddove non si tratti di legge universale- enuncia solo una ipotesi, la quale andrà corroborata nel caso di specie tenendo conto di tutte le ulteriori circostanze che connotano la vicenda. Questo secondo *step*, che segna il passaggio dalla cd. probabilità statistica alla probabilità logica, richiede l'individuazione in giudizio delle possibili cause eziologiche alternative e la loro confutazione nel caso di specie, così da poter avallare l'ipotesi enunciata dalla legge statistica, quand'anche connotata da un basso coefficiente, con un elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Chiaramente, in ambito penalistico, i principi che fanno da sfondo all'intera materia esigono che l'accertamento processuale del nesso nei termini anzidetti sia compiuto con il massimo rigore possibile, sì da condurre ad un risultato che sia tale "oltre ogni ragionevole dubbio".

Il recepimento *tout cour* di tale orientamento, che postula l'accertamento del nesso in chiave penalistica di "certezza processuale", ha subito in ambito civilistico un drastico ripensamento giurisprudenziale, passando attraverso la valorizzazione delle peculiarità e delle diverse esigenze cui risponde il sistema

civile. Corollario fondamentale di questa diversa prospettiva è che la causalità civile può accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale: “*ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell’evidenza o “del più probabile che non”, stante la diversità di valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l’identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale*”¹²⁷.

Rispetto alla causalità giuridica, invece, è pressoché pacifico in giurisprudenza (meno in dottrina) il principio per cui occorre far riferimento, ai sensi dell’art. 1223 c.c., al criterio della cd. regolarità causale secondo cui sono risarcibili non solo i danni diretti, ma anche quelli indiretti e mediati, purché siano un effetto *normale* del fatto illecito¹²⁸.

Tali essendo le coordinate di riferimento per la ricostruzione in sede nazionale del nesso causale, giova saggiare le stesse nell’ambito dell’illecito antitrust. Invero, le peculiarità dell’illecito anticoncorrenziale, per la sua ontologica interazione con il mercato e le sue regole, connota di specialità l’accertamento di ambo gli aspetti della causalità.

Con riguardo alla causalità materiale, l’accertamento del nesso eziologico richiede l’utilizzo di leggi di copertura mutate dalla teoria microeconomica, in grado di indicare al giurista gli effetti negativi di un comportamento anticoncorrenziale sul mercato¹²⁹. Proprio in questo ambito si coglie la migliore interazione tra diritto ed economia cui si è accennato nella premessa alla presente trattazione (*retro*, par. 1): così, ad esempio, nel caso di offerta di un bene ad un prezzo superiore a quello concorrenziale, gli strumenti dell’analisi economica rilevano che, se la domanda è elastica, una simile

¹²⁷ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581 in *Danno e Resp.*, 2008, 10, 1011 con nota di Simone; in *Resp. civ.*, 2008, 12, 984 con nota di Romeo; in *Danno e Resp.*, 2009, 6, 667 con nota di Oliari; in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 5, 1, 623 con nota di Querci.

¹²⁸ Cass. civ., 4 luglio 2006, n. 15274, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass. civ., 15 giugno 2005, n. 12823, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass. civ., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16163, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 2200.

¹²⁹ Cintoli, *Il diritto dell’Unione europea. Concorrenza, Istituzioni e servizio pubblico*, 2010, 126 e segg.

condotta costringerà alcuni consumatori ad acquistare il prodotto al prezzo maggiorato - ciò che comporterà una diminuzione del loro benessere-, ed indurrà altri a rinunciare all'acquisto, con una conseguente alterazione delle risorse sociali¹³⁰.

Invero, il giudizio antitrust sul punto si connota per talune peculiarità; ed infatti, il giudice, quando è chiamato a verificare la relazione causale tra un comportamento anticompetitivo ed i suoi effetti sul mercato (generalmente in sede di controllo dell'analisi compiuta dall'Agcm) non utilizza uno standard probatorio probabilistico come descritto nelle regole del *più probabile che non* o *dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, rispettivamente usate nel nostro ordinamento dal giudice civile e dal giudice penale. Ciò che diverge nella valutazione che compie il giudice è l'assunto di partenza, consistente nel fatto che i comportamenti tenuti dalle imprese sul mercato sono dati tutti per comportamenti razionali sicché può legittimamente presumersi che determinati comportamenti provino già di per sé una finalità anticompetitiva. In altri termini, la stessa autorità deputata all'accertamento dell'illecito, nella descrizione degli effetti sul mercato di un accordo o di un abuso di posizione dominante, utilizza un modello controfattuale basato su una teoria economica astratta, per sua natura opinabile, che deve essere contestualizzata nella realtà¹³¹. Da qui, lo standard probatorio probabilistico che utilizza non corrobora una regola scientifica- come normalmente accade-, ma un postulato teorico sicché mentre l'illecito civile esige la prova del danno e della inferenza causale tra causa ed effetto dannoso, quello anticoncorrenziale esige quella, ben diversa, della probabilità, sotto il profilo economico, del pregiudizio¹³². Sull'entità poi del sindacato del giudice sul provvedimento di accertamento dell'illecito da parte dell'Agcm si rinvia al capitolo successivo (cap. 3, par. 4.3).

¹³⁰ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Hulen, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, 21 ss.; M. Polo, F. Ghezzi, D. Preite, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998, 365 ss.; R. Pardolesi, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998, 382 ss.; F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, 2002, 16 ss.

¹³¹ Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2002 n. 2199 in *Foro amm. CDS*, fasc.4, 2002, 1007 e segg. con nota di Rangone; in *Giur. comm.*, fasc.2, 2003, 170 e segg., con nota di Caranta.

¹³² Simonini, *Causalità nelle fattispecie di illecito concorrenziale*, in *Contratto Impr.*, 2015, 3, 777 e segg.

Così, una volta individuata, attraverso il ricorso alle leggi economiche, la sussistenza di un rapporto di causalità materiale, occorre verificare quali delle conseguenze dannose siano risarcibili.

Anche con riguardo alla causalità giuridica l'illecito antitrust presenta delle peculiarità. La dottrina ha proposto di far ricorso alla teoria cd. dello scopo della norma violata, piuttosto che della regolarità causale, essendo essa più confacente al caso di specie. Siffatto criterio, sviluppatosi in seno alla dottrina tedesca, individua la sussistenza del nesso causale tra un fatto e quelle conseguenze dannose che rientrano nello scopo protettivo della norma. In particolare, la responsabilità è da escludere ogni qualvolta il bene leso non rientri nell'ambito di protezione della norma, o comunque vi sia incongruenza tra scopo della norma e modalità di verifica del danno¹³³.

Facendo applicazione di tale teoria alla materia antitrust si osserva che alla luce degli interessi che la legge 287 si propone di tutelare - e cioè non solo l'interesse degli imprenditori, ma di qualunque soggetto che tragga beneficio dalla conservazione del carattere competitivo del mercato-, fuoriescono dall'area della risarcibilità quei pregiudizi che non costituiscono concretizzazione di quello specifico rischio che si propone di scongiurare la normativa antitrust, sicché sono esclusi quei pregiudizi ai quali un operatore di mercato sarebbe stato comunque esposto, anche in assenza del fatto illecito¹³⁴.

Così tracciato lo stato dell'arte interno in tema di causalità, occorre ora esporre le indicazioni che provengono in materia dalla giurisprudenza europea, considerata la valenza sovranazionale della tematica. Sul punto anche il legislatore europeo non detta regole *ad hoc*- e sarà così, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, anche nella direttiva 104/2014- lasciando liberi gli Stati di rinviare ai modelli di illecito tradizionalmente regolati oppure di dettare regole specifiche al riguardo, sempre a condizione che si consenta al danneggiato un risarcimento pieno e nel rispetto dei principi di efficacia e di equivalenza. Ciò nondimeno, è importante qui ricapitolare gli indirizzi

¹³³ P. Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 52 e segg. Nello stesso senso Libertini, *Ancora sui rimedi civilistici*, cit.

¹³⁴ Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 11, 1049 e segg.

espressi dalla Corte di Giustizia: essa detta le linee da seguire nell'interpretazione del diritto comunitario sicché è rilevante tenere in considerazione i suoi pronunciamenti perché è ad essi che attinge per verificare la rispondenza delle regole nazionali a quelle comunitarie.

Una pronuncia che merita indubbia attenzione in materia, oltre alla già esaminata sentenza *Manfredi*¹³⁵, è costituita dalla pure già citata sentenza *Kone AG vs OBB Infrastruktur AG* del 5 giugno 2014¹³⁶. La questione di diritto sollevata all'attenzione del giudice europeo era la seguente: "Se il diritto dell'Unione preveda che i clienti dei soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa possano, per i prezzi eccessivi praticati da tali soggetti, chiedere il risarcimento del danno nei confronti dei membri dell'intesa dinanzi ai giudici nazionali. Ovvero se, al contrario, un siffatto obbligo di risarcimento del danno possa essere escluso nell'ambito del diritto civile nazionale, trattandosi di danni troppo remoti, se non indiretti".

Nel caso specifico, il sovrapprezzo oggetto di domanda di risarcimento è stato fissato da un'impresa estranea al cartello e quindi all'illecito. Tanto non sorprende alla luce delle dinamiche economiche nella fissazione del prezzo dei beni. Infatti, nella determinazione di esso, il venditore non considera solo elementi interni all'azienda ma si confronta con i propri concorrenti e prende a riferimento il prezzo medio offerto dal mercato per lo stesso bene. Se l'esistenza di un cartello altera il prezzo di base, l'impresa estranea all'accordo terrà conto di quel valore, sia pure illecitamente determinato, e a sua volta aumenterà il prezzo del proprio bene¹³⁷.

¹³⁵ Invero, nella sentenza *Manfredi* la Corte di Giustizia si limita a delegare agli Stati membri il compito di fissare la definizione del nesso causale e fissa come unico limite il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Sempre con riguardo al nesso causale vanno per completezza citate le seguenti pronunce: Corte di Giust., *Roquette v. Commissione*, 21 maggio 1976, C 26/74, ove si afferma che spetta all'attore dimostrare la sussistenza del nesso causale, senza potersi riferire a dati statistici; Corte di Giust., *Dumortier Frères v. Consiglio*, cause riunite 64 e 113/76, 167, e 239/78, 27-28 e 45/79, 1979 ove si afferma il carattere diretto del nesso causale.

¹³⁶ Per gli estremi si rinvia alla nota n. 11.

¹³⁷ Su potere di mercato determinante che esercita un cartello si veda Pardolesi, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Concorrenza*, a cura di Frignani e Pardolesi, in *Trattato di diritto privato comparato dell'Unione europea*, diretto da Ajani e Benacchio, VII, Torino, 2006, 25.

Secondo il giudice austriaco remittente, il nesso causale tra il comportamento anticoncorrenziale e il danno subito dall'attore non sussisterebbe perché interrotto dal fatto del debitore che ha liberamente stabilito il prezzo di vendita dei beni. Da qui la richiesta del giudice alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 101 TFUE postuli una nozione autonoma di causalità adeguata e di antigiuridicità che permetta di superare quella dell'ordinamento interno.

Sul punto sono di particolare interesse le conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Kokott che giova qui richiamare. In particolare, si muove dalla premessa che “il principio in forza del quale chiunque può esigere il risarcimento del danno subito, se fra tale danno e un'infrazione delle regole di concorrenza sussiste un nesso di causalità, risulta dal diritto dell'Unione stesso e, più precisamente, dal divieto di intese di cui all'art. 81 CE ovvero all'art. 85 del Trattato C(E)E (divenuto art. 101 TFUE). Tale collocazione diretta nel diritto dell'Unione è comune alla responsabilità civile delle imprese per le loro violazioni del divieto di intese e alla responsabilità degli Stati membri per le loro violazioni del diritto dell'Unione, nonostante tutte le differenze che, sotto il profilo concettuale, possono altrimenti sussistere fra questi strumenti”.

“La circostanza che, nel caso specifico dell'obbligo risarcitorio dei partecipanti ad un'intesa, si sia in presenza di un tipico principio di diritto dell'Unione, è riconducibile non da ultimo, come correttamente sottolineato dal governo italiano, alla natura giuridica e all'importanza del divieto de quo: siffatto divieto è applicabile direttamente nei rapporti fra privati, fa sorgere, in forza del diritto primario, obblighi in capo a tutte le imprese che operano sul mercato interno e può essere fatto valere da chiunque. La piena efficacia pratica – l'“*effet utile*” – del divieto di intese risulterebbe compromessa se non fosse garantita a chiunque la possibilità di chiedere il risarcimento del danno arrecatogli da violazioni dell'art. 81 CE ovvero dell'art. 85 del Trattato C(E)E (divenuto art. 101 TFUE) commesse da imprese”.

Con specifico riferimento al nesso causale, si discute se sussista una nozione di causalità giuridica autonoma del diritto europeo giacché non c'è uniformità nei vari modelli nazionali. Infatti, vi sono sistemi in cui non

sussiste una differenziazione tra 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 prevedibilità¹³⁸. Per questa ragione, l'Avvocato Generale si è particolarmente dilungata sul nesso causale in materia antitrust, affermando che: “32. Come mostra già l'espressione “chiunque” impiegata dalla Corte, l'obbligo di risarcimento dei danni incombente ai partecipanti all'intesa non può essere interpretato restrittivamente. Le intese sono in grado di causare danni economici considerevoli non solo nella cerchia più ristretta dei partecipanti all'intesa, bensì ben oltre. Sarebbe pertanto inopportuno restringere in termini tali la cerchia di soggetti legittimati ad agire da consentire a priori solo a determinati operatori del mercato – come, ad esempio, le controparti contrattuali dei partecipanti all'intesa o gli acquirenti diretti o indiretti delle loro merci o dei loro servizi – di chiedere il risarcimento dei danni. Una siffatta restrizione non garantirebbe, infatti, la piena efficacia del divieto di intese previsto dal diritto dell'Unione.

33. D'altra parte, è senz'altro legittimo, in sede di esame del nesso di causalità, fissare criteri che garantiscano che non si giunga ad un obbligo infinito di risarcimento del danno in capo ai partecipanti all'intesa per tutti i possibili danni, anche lontani, la cui causa, nel senso di una *conditio sine qua non* (nota anche come “causalità equivalente” oppure causalità “but-for”) possa essere ravvisata nel loro comportamento anticoncorrenziale.

34. Così, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni dell'Unione ai sensi dell'art. 340, par. 2, TFUE, una costante giurisprudenza esige un *nesso di causalità sufficientemente diretto* fra la condotta lesiva e il danno asserito. Proprio tale criterio dovrebbe essere trasposto, per ragioni di coerenza, a tutti gli altri casi aventi ad oggetto pretese risarcitorie fondate sulla violazione del diritto dell'Unione, a prescindere dalla questione se tali pretese possano essere sollevate dai singoli nei confronti di Stati membri o – come nella specie – fra soggetti privati, al fine di far valere la

¹³⁸ Alpa, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 6, 1227.

responsabilità civile dei partecipanti all'intesa per i danni causati da questi ultimi sul mercato.

35. Anche il summenzionato criterio del carattere diretto deve naturalmente essere precisato. Al fine di specificare cosa si debba concretamente intendere per “nesso di causalità sufficientemente diretto”, occorre in definitiva procedere ad una valutazione normativa, come è usuale anche negli ordinamenti giuridici nazionali in relazione alle rispettive norme sulla responsabilità extracontrattuale. Le nozioni che possono essere impiegate al riguardo (“*legal causation*”, “causalità adeguata” etc.), possono divergere a seconda dell'ordinamento giuridico. Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, siamo in presenza delle stesse considerazioni sottese anche alla nozione di nesso di causalità sufficientemente diretto.

36. Occorre anzitutto sottolineare, al riguardo, che il nesso di causalità diretto non può essere equiparato ad un nesso causale esclusivo. La circostanza, sottolineata dal giudice del rinvio e da alcune parti nel procedimento, secondo cui la formazione dei prezzi di un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa poggia sulla libera decisione imprenditoriale di quest'ultimo non può, pertanto, di per sé, acquisire rilevanza al fine di negare l'imputazione ai partecipanti all'intesa di eventuali danni dovuti ai prezzi guida. Piuttosto, per assumere un nesso di causalità diretto, è sufficiente che l'intesa abbia perlomeno *contribuito a causare* i prezzi guida”.

Alla luce di ciò, dunque, è chiaro che colui che paga il sovrapprezzo imposto “per contagio” da un cartello, subisca un danno che è il medesimo di quello patito da chi ha acquistato direttamente dai partecipanti all'intesa: in entrambi i casi viene lesa l'interesse alla competitività del mercato. Ora, di tale danno non può dirsi responsabile l'alienante del bene, il quale, essendo estraneo agli illeciti anticoncorrenziali a monte, si è lecitamente orientato in base agli *umbrella effects* nella determinazione del prezzo del proprio bene. Il problema piuttosto riguarda la possibilità per l'acquirente di chiedere il risarcimento dei danni subiti ai partecipanti dell'intesa. In questo accertamento, le difficoltà derivano dal fatto che tra l'illecito e la lesione si inserisce il fatto volontario di del terzo venditore di cui occorre verificare la capacità interruttiva del nesso. Una certa dottrina ritiene spezzato il nesso

allorquando la condotta del terzo sia qualificata da colpa¹³⁹ ovvero dal dolo¹⁴⁰. Altri ritengono che il danno provocato a chi compra dall'impresa non collusa è conseguenza probabile del cartello, a prescindere dal fatto del terzo, il quale potrebbe non sapere affatto dell'accordo illecito a monte¹⁴¹.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha affermato che ove l'accertamento di un nesso di causalità nel caso dei prezzi guida secondo il diritto nazionale conduca al rigetto della domanda di risarcimento del danno provocato da un illecito antitrust, il giudice deve chiedersi se il principio di effettività non sia stato leso.

In particolare, i giudici europei affermano che « *spetta, in linea di principio, all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire i principi relativi all'applicazione della nozione di «nesso di causalità».* Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte [...] emerge che tali norme nazionali devono garantire la piena effettività del diritto dell'Unione in materia di concorrenza. In tal senso, tali norme devono tener specificamente conto dell'obiettivo perseguito dall'articolo 101 TFUE, volto a garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva e non falsata del mercato interno e, quindi, di prezzi fissati in base al meccanismo della libera concorrenza. È su tali premesse che la Corte ha dichiarato che le normative nazionali devono riconoscere a chiunque il diritto di richiedere il risarcimento del pregiudizio subito.

Orbene, la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza.

Conseguentemente, la vittima di un prezzo di protezione («umbrella pricing») può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non

¹³⁹ Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 57.

¹⁴⁰ Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 116, nt. 99.

¹⁴¹ Lombardi, *E piove anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno e Resp.*, 2014, 7, 715.

abbia intrattenuto vincoli contrattuali con il medesimo, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima».

4. La (difficile) prova del danno

A mente delle ordinarie regole di ripartizione dell'onere probatorio in materia extracontrattuale, chi agisce per il risarcimento del danno derivante da illecito antitrust è tenuto a rendere la prova non solo dell'esistenza dell'illecito stesso, ma anche del danno subito nonché del nesso di diretta derivazione causale tra quest'ultimo e il primo.

Non vi è dubbio che, date le peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale, proprio il terreno probatorio risulti quello maggiormente irto di ostacoli per il danneggiato-attore, sia esso imprenditore o vieppiù consumatore, venendo così fortemente minacciata la stessa effettività dell'*enforcement* privatistico. L'approccio utilizzato dalla giurisprudenza è stato quello di semplificare quanto più l'*onus probandi*. Su questo solco, si colloca la distinzione tra azioni *stand alone* e *follow-on*.

Si definiscono “stand alone” le azioni in cui l'attore che agisce per il ristoro del pregiudizio subito deve provare l'illecito antitrust, non essendoci un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità antitrust di cui egli possa avvalersi in giudizio. Si tratta, come è di tutta evidenza, di una prova estremamente difficoltosa giacché, normalmente, gli elementi di prova decisivi sono in possesso del convenuto o di terzi. La Commissione europea, già nel Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust comunitarie¹⁴², evidenzia tale asimmetria informativa e propone “un

¹⁴² Commissione europea, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 2.4.2008, COM (2008) 165, 8. Si tratta di un documento in cui, come si dirà nel terzo capitolo, si suggeriscono una serie di interventi legislativi ritenuti utili al fine di rimuovere quegli ostacoli giuridici e procedurali che si frappongono nello sviluppo effettivo del *private enforcement*.

livello minimo di divulgazione *inter partes*”, affidando al giudice il potere di ordinare alle parti o a terzi, in circostanze tassative, di esibire determinate categorie di prove.

Fuori questa ipotesi, gli strumenti ordinari che il nostro sistema processuale civile offre al danneggiato sono: l’istanza al giudice di ordinare l’esibizione di documenti alla parte o ad un terzo (art. 210 c.p.c.) ovvero alla P.A. (art. 213 c.p.c.), le prove testimoniali, l’interrogatorio formale della controparte, il deferimento del giuramento decisorio e la richiesta di espletamento della consulenza tecnica.

Si tratta tuttavia di strumenti “spuntati”, se si tiene conto delle caratteristiche dell’illecito da provare. Con riguardo alle intese, infatti, il danneggiato dovrà fornire la prova dell’intercorsa concertazione illecita e della partecipazione ad essa del convenuto ma è chiaro che si tratta di una *probatio diabolica* se si considera che tali accordi sono spesso non scritti ma informali, non pubblici ma segreti.

Ancor più difficile è la prova di un abuso di posizione dominante. Al riguardo la giurisprudenza, la quale muove da un approccio particolarmente severo vista la possibilità di approfittamento da parte dei competitors nella proposizione di tali azioni¹⁴³, richiede un onere probatorio a carico dell’attore particolarmente stringente poiché egli dovrà dimostrare che il comportamento additato non rientri nella cd. *competition on the merits*- ovvero comportamenti aggressivi ma leciti, che pure consistono nel cercare di escludere i rivali dal mercato- ma che si tratti di un effettivo abuso¹⁴⁴.

Proprio di tali difficoltà si fa carico la direttiva 104/2014, la quale introduce delle innovazioni estremamente significative, come si vedrà nel terzo capitolo cui si rinvia.

Diverso è lo scenario che si prospetta all’attore allorché l’illiceità del comportamento del proprio convenuto sia stata accertata e sanzionata dall’Agcm. In questo caso, il danneggiato potrà fornire la prova dell’illecito

¹⁴³ Il rischio che si paventa è che le imprese concorrenti siano indotte a lamentare che una qualsiasi loro difficoltà discenda da un abuso di posizione dominante, al fine di ottenere il risarcimento di un danno in realtà non subito.

¹⁴⁴ Prosperetti, Pani, Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, 63 e segg.

attraverso l'allegazione del provvedimento dell'Autorità garante nonché la decisione del Giudice amministrativo che eventualmente abbia confermato o riformato la decisione dell'Agcm, le quali costituiscono prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso (cd. azioni *follow on*). La valenza di "prova privilegiata", peraltro, non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento ovvero ad esso contrarie¹⁴⁵.

Quest'ultimo aspetto merita alcune considerazioni. Innanzi tutto, il "peso" di prova privilegiata del provvedimento dell'Agcm si risolve in una sorta di presunzione relativa di illiceità della condotta contestata: in assenza di prova contraria fornita dalle imprese convenute, il fatto illecito si intende "relativamente" acclarato. Viceversa, laddove il convenuto fornisca elementi di prova per contestare le risultanze provvedimentali del Garante, il giudice è tenuto a valutarli, normalmente mediante ricorso ad un consulente tecnico. La soluzione esposta ha una sua ragionevolezza e tenuta alla luce del sistema: l'Autorità Garante è dotata di mezzi e competenze tecnico-specialistiche nell'accertamento degli illeciti antitrust. Ove i risultati del procedimento amministrativo che essa ha condotto – e che vede la partecipazione in contraddittorio dei soggetti dei cui comportamenti si discute – non vengano contestati, non v'è ragione di svolgere una nuova indagine su fatti già accertati in sede amministrativa.

L'onere probatorio, tuttavia, non può essere ulteriormente attenuato. Come ha precisato la giurisprudenza di legittimità riportando ad unità il diverso indirizzo seguito da una certa giurisprudenza di merito¹⁴⁶, il danno derivante da un illecito antitrust non può mai dedursi *in re ipsa* dal provvedimento che ha accertato l'illecito stesso, se non operando una

¹⁴⁵ Di recente si veda, in senso estremo, Cass., IV, 11 settembre 2015 n. 17996, la quale, afferma che la decisione dell'Autorità Antitrust costituisce "prova privilegiata, quando non presunzione, del danno patito dal singolo" e Cass., III, 26 maggio 2011 n. 11610 in cui si afferma che il provvedimento sanzionatorio copre di presunzione relativa quella del nesso eziologico tra fatto e danno, la cui prova contraria non può fondarsi su circostanze generiche o già prese in esame nel procedimento sanzionatorio; Cass. Civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Massimario Giur. It.*, 2009.

¹⁴⁶ G. d. P. Lecce, 30 gennaio 2003, in *Arch. Giur. circolaz.*, 2003, 222; G. d. P. Roma, 21 marzo 2003, n. 13683 in *Contr.*, 2003, 900.

inammissibile coincidenza tra il danno risarcibile, *id est* danno conseguenza, e danno evento¹⁴⁷. D'altronde, come pure si è osservato in dottrina, ammettere un danno *in re ipsa* comporterebbe una sovrapposizione tra il piano del *public enforcement*, volto alla tutela pubblicistica della concorrenza intesa come buon funzionamento dei mercati, con quello del *private enforcement*, teso alla tutela intersoggettiva¹⁴⁸.

Se così è, una ricostruzione analitica della vicenda, preso atto della plurioffensività dell'illecito antitrust, richiede di isolare la posizione dei danneggiati a seconda dell'illecito di cui trattasi- se di sfruttamento¹⁴⁹ o escludente¹⁵⁰-, sì da procedere ad individuare lo specifico onere probatorio su di essi gravante.

a) Illeciti di sfruttamento

Rispetto a tale tipologia di illecito, che si concreta nella imposizione di prezzi eccessivi, i possibili danneggiati sono: gli acquirenti del bene, finali e "intermedi"; coloro che hanno dovuto rinunciare all'acquisto del bene; i produttori di beni complementari a quello oggetto di condotta illecita, i quali, per effetto della diminuzione della domanda di quest'ultimo, abbiano subito a loro volta una contrazione nella richiesta del proprio prodotto¹⁵¹.

La prima categoria di danneggiati subisce un danno emergente pari al sovrapprezzo moltiplicato per le quantità di beni acquistati. La prova di tale danno, come conseguenza dell'illecito a monte, può rendersi, secondo l'orientamento della Suprema Corte per presunzione semplice. In particolare, si afferma che il consumatore deve solo produrre il contratto riconducibile

¹⁴⁷ Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, 755.

¹⁴⁸ Così Castelli, *Violazione delle norme antitrust e risarcimento del danno*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., 352.

¹⁴⁹ Si parla di illeciti di sfruttamento con riguardo alla fissazione, mediante un abuso di posizione dominante o un'intesa, del prezzo di un bene al di sopra del proprio livello competitivo, così che l'evento dannoso da essi prodotto consiste nel sovrapprezzo pagato dall'acquirente del bene. Castelli, *La causalità*, cit.

¹⁵⁰ 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*. Così Castelli, *Causalità*, cit; Roma, *Abuso escludente mediante contratto*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà, E. Gabrielli, Torino, 2011, 243 segg.

¹⁵¹ Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, cit., 1053.

all'intesa anticoncorrenziale, nonché il provvedimento di condanna dell'Agcm dell'intesa «a monte» del contratto; tali elementi consentono alla parte che agisce in giudizio di ritenere altresì provato il nesso di causalità, essendo questo presunto dall'esistenza del cartello sanzionato¹⁵².

Con riguardo agli acquirenti intermedi, ovvero coloro che acquistano per rivendere ovvero per utilizzare quel bene nella produzione di un altro bene, occorre distinguere a seconda che essi riescano o meno a traslare, in tutto o in parte, il sovrapprezzo sugli acquirenti finali. Nell'ipotesi di mancata traslazione, il danno anche in questo caso è quello danno emergente da sovrapprezzo pagato per le merci acquistate per rivenderle o per fabbricare il prodotto finale. Nel primo caso invece, se l'acquirente riesce parzialmente a traslare il danno, esso sarà pari al lucro cessante, dato dalla differenza tra i guadagni ottenuti prima dell'illecito e quelli conseguiti successivamente ad esso. Diversamente, se riesce a traslare totalmente il danno sull'acquirente finale, non ci sarà alcun danno, a meno che non si dimostri che l'innalzamento del prezzo come inglobante il sovrapprezzo pagato, abbia determinato la perdita di quote di mercato in termini di lucro cessante.

La seconda categoria è costituita da coloro che hanno dovuto rinunciare all'acquisto del bene. In tal caso, «le difficoltà che essi riscontreranno sul piano probatorio derivano dal fatto che non è semplice dimostrare di essere stati acquirenti del prodotto, e di non esserlo più. Tale prova potrebbe essere fornita dimostrando di aver acquistato prodotti sostitutivi, proprio al fine di mitigare il danno patito a causa della rinuncia al bene che si desiderava: la percorribilità di una simile via risulta però altamente condizionata dalla elasticità della domanda rispetto al prezzo, dal momento che solo nel caso in cui essa risulti alta non vi sarebbero difficoltà nel sostituire il bene venduto con sovrapprezzo con uno simile; in caso invece di elasticità bassa, questa probabilità si avvicinerrebbe allo zero¹⁵³.

Pertanto, nel caso in cui chi ha rinunciato al bene si sia orientato verso prodotti succedanei, l'ammontare del danno equivarrà normalmente alla

¹⁵² Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

¹⁵³ Così Castelli, *La causalità giuridica*, cit., 1054; Prosperetti, Pani, Tomasi, op. cit., 21 ss. Tarantino, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Trattato breve*, 843.

differenza tra il prezzo che prima dell'illecito pagava per il bene e quello pagato per il bene succedaneo¹⁵⁴. Nell'ipotesi invece di prova della rinuncia all'acquisto del bene, la possibilità di stimare il danno deriva dal fatto che il prezzo che si pagava per il bene, al quale si è poi rinunciato, era “una misura del valore economico che il consumatore gli attribuiva”¹⁵⁵. Tale misura funge da guida per una valutazione equitativa, indispensabile per evitare una *overcompensation* in capo al danneggiato¹⁵⁶.

In ultimo, possibili danneggiati da un illecito di sfruttamento possono essere coloro che, producendo beni complementari a quello oggetto di sovrapprezzo, subiscono una contrazione della richiesta per via della diminuzione della domanda del bene finale. Sempre a mente del criterio dello scopo della norma violata, anche costoro hanno subito un danno risarcibile in quanto portatori dell'interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato, scopo della normativa antitrust. Ammessa dunque in astratto la risarcibilità di tale pregiudizio, le difficoltà si appuntano sulla prova del danno in questione, che nel caso di specie consiste nella dimostrazione che, in assenza di illecito, la richiesta del bene sarebbe stata maggiore.

Si propone al riguardo di procedere secondo un ragionamento presuntivo: la prova del danno può inferirsi dalla dimostrazione che la domanda del bene complementare sia normalmente allineata a quella del bene oggetto di condotta predatoria e che, dunque, presumibilmente, la diminuzione nella produzione del bene sia una diretta conseguenza della diminuzione del bene oggetto del prezzo anticoncorrenziale¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Castelli, *La causalità giuridica*, cit., 1055, la quale osserva che anche in questi casi è necessario il ricorso alla valutazione equitativa, considerato che la differenza di prezzo tra i due prodotti si rivela in grado di esprimere il *surplus* del consumatore solo tendenzialmente. L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, cit., 225.

¹⁵⁵ L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, cit., 225.

¹⁵⁶ Chiarisce Castelli, cit., 1055: “se da un lato infatti il prezzo per il bene che si è scelto di non acquistare è una misura del valore economico conferito allo stesso dal consumatore, dall'altro rinvenire nell'intero prezzo la lesione subita significa trascurare il fatto che, rinunciando a tale bene, non si è speso denaro, aspetto che deve al contrario essere tenuto in considerazione in sede di valutazione del danno”.

¹⁵⁷ Castelli, op. cit., 1057, la quale precisa che sarà risarcibile sia il danno emergente, pari ai costi che non si sarebbero dovuti sopportare in assenza della pratica illecita, sia il lucro cessante, consisterebbe

b) Illeciti escludenti

Rispetto a tale tipologia di danni, “vittima” per eccellenza è l'imprenditore concorrente, il quale viene escluso dal mercato o perché l'illecito ne provoca la fuoriuscita o l'impossibilità di accesso ad esso o perché le condizioni artatamente imposte in quel mercato hanno indotto il *competitor* a riallocare la propria offerta su altro mercato con relative perdite.

Il problema della risarcibilità del danno che qui si pone attiene da un lato, alla necessità di selezionare le domande risarcitorie realmente meritevoli, stante il rischio di una abusiva strumentalizzazione dello strumento per ottenere indebiti risarcimenti¹⁵⁸, dall'altro alla giusta individuazione delle poste risarcibili.

Sotto tale secondo aspetto, il danno subito dall'imprenditore che operava sul mercato e che, a causa dell'illecito, è stato escluso dallo stesso o si è ritrovato a rivestire una posizione meno soddisfacente rispetto a quella che possedeva in precedenza, è pari alla differenza tra i profitti che sarebbero stati presumibilmente realizzati se non ci fosse stata la violazione e i profitti che sono stati realizzati in presenza dell'intesa o della pratica restrittiva. Questo criterio presuppone una comparazione globale tra la posizione in cui la vittima si trova a causa della violazione e la posizione in cui essa si sarebbe trovata se non ci fosse stata la violazione¹⁵⁹.

Diversamente, nel caso di imprenditore a cui l'accesso al mercato sia stato precluso per via dell'illecito, il discorso si sposta sulla *chance* la quale, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, va intesa in termini di perdita di un'occasione e dunque come danno emergente e per tale via quantificata.

invece nella differenza tra i guadagni che si sarebbero realizzati ove la produzione non fosse stata ostacolata dalla condotta illecita e quelli effettivamente conseguiti. Andranno poi decurtati gli eventuali costi variabili risparmiati, i quali, in proporzione al calo di produzione, varranno come somme risparmiate da sottrarre all'ammontare del *quantum* da risarcire.

¹⁵⁸ Il rischio è che imprenditori non virtuosi, i quali sarebbero comunque fuoriusciti dal mercato per l'incapacità di permanervi, approfittino dell'illecito per ottenere il ristoro di pregiudizi non dipendenti dall'illecito, lucrando su di esso. Più in generale, P. Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 56 e segg.

¹⁵⁹ Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 26 e segg.

5. La traslazione del danno

La traslazione del danno- *rectius* del sovrapprezzo- è quel fenomeno che presuppone una filiera in cui operano a diversi livelli più soggetti, tale per cui la consumazione di un illecito antitrust ad un certo livello di essa, iniziale o intermedio, può propagarsi sugli altri anelli attraverso uno “scivolamento” successivo del danno, fino all’acquirente finale. In pratica, si ha traslazione del danno quando la vittima dell’illecito, diretta controparte dell’impresa collusa, riesca a far ricadere il pregiudizio economico subito su soggetti terzi, generalmente suoi clienti, riducendo così il danno patito in prima battuta.

I problemi qui sono legati sia alla individuazione dei danneggiati e quindi legittimati ad agire - se cioè solo gli acquirenti diretti o anche gli acquirenti indiretti dell’autore della violazione-, sia alla prova del danno.

Interessanti risposte provengono dall’esperienza statunitense, ove da tempo il cd. *passing on* ha trovato una sua soluzione, sia pur diversa a livello federale e a livello statale. In particolare, a livello federale la Corte Suprema ha affermato che l’impresa convenuta non può difendersi dall’accusa di aver arrecato un danno per la commissione di un illecito antitrust, opponendo il *passing on* ovvero sostenendo che l’attore abbia riversato sul suo contraente il danno; né quest’ultimo, acquirente indiretto, può agire contro l’impresa a monte, lamentando un danno derivatogli per traslazione dal suo dante causa, diretto acquirente del danneggiante. In tal modo, dunque, si è negato l’utilizzo del *passing on* sia a scopo difensivo che a scopo offensivo, ammettendo il solo acquirente diretto ad agire in giudizio. Tale soluzione ha varie spiegazioni: si ritiene che il danno si produca - a carico di chi e - nel momento in cui siano venute a determinarsi concretamente le condizioni anticoncorrenziali, restando irrilevanti i comportamenti successivi della vittima; per altro verso, ragioni di efficienza economica portano ad individuare nella vittima diretta il soggetto maggiormente in grado di interloquire in giudizio perché in possesso di più informazioni sull’illecito di cui è stato diretto danneggiato.

Diversamente, la maggior parte degli Stati federali ha riconosciuto legittimazione attiva anche agli acquirenti indiretti, ammettendo così la possibilità di agire in giudizio proprio asserendo un danno per traslazione.

Negli altri Paesi europei, così come in Italia¹⁶⁰, risulta invece alquanto consolidata l'idea che in una filiera di produzione e commercializzazione di un prodotto l'acquirente diretto dell'impresa danneggiante riversi normalmente il danno sul suo avente causa. Questa premessa produce due corollari:

a) si ritiene che siano legittimati ad agire non solo gli acquirenti diretti¹⁶¹ ma anche quelli indiretti¹⁶², i quali sopportano l'effettivo peso del danno;

b) presumendosi fondata la difesa del danneggiante sulla traslazione del danno, si assume che sia l'acquirente diretto a dover provare di non aver trasferito a valle il danno provocato dal primo. Ove non si fornisca tale prova, la domanda dell'attore-acquirente diretto deve essere respinta perché si ritiene effettuato il *passing on*.

Diametralmente opposta è la soluzione che accoglie la Corte di Giustizia, la quale, al contrario, oltre ad ammettere una tutela allargata agli acquirenti indiretti, distribuisce l'onere probatorio in modo da far gravare il rischio del mancato raggiungimento della prova sul danneggiante e non sulla vittima dell'illecito.

Con tale ultima soluzione concorda anche dottrina, la quale sostiene che, considerate le difficoltà normalmente esistenti nel provare l'avvenuta (o meno, a seconda del soggetto su cui si sceglie di far gravare l'onere) traslazione del danno sui successivi anelli della catena, risulta dubbia l'ammissibilità di un criterio che faccia gravare il rischio dell'impossibilità della prova sull'acquirente diretto - potenziale danneggiato, e non invece sull'autore

¹⁶⁰ C. App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 46; C. App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. It.*, 2000, 346.

¹⁶¹ Nivarra, *Diritto antitrust italiano*, cit., 1455 e segg. La legittimazione dell'acquirente diretto è di tutta evidenza sotto un profilo formale; da un punto di vista sostanziale, essa si spiega nel senso che il *passing on* non sempre solleva del tutto il danneggiato immediato dal pregiudizio patito. Nel contempo, è da escludere che questi sia corresponsabile dell'illecito per aver traslato a valle il danno, dal momento che tale comportamento è invece rispondente ai normali criteri di gestione di impresa. Così Castronovo, *Antitrust e abuso*, cit., 472.

¹⁶² Si veda in giurisprudenza Cass., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2499; Cass., sez. III, 12 settembre 2005, n. 18094, in *Danno e resp.*, 2006, 518. Si veda in dottrina Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 321 e segg.; Libertini, *Diritto della concorrenza*, cit., 486 e segg, il quale esclude la legittimazione plurima, poiché essa comporterebbe uno snaturamento della funzione risarcitoria, di stampo riparatorio.

dell'infrazione¹⁶³. Pertanto, si ritiene maggiormente coerente la soluzione secondo cui spetti al convenuto provare la traslazione, anche mediante presunzioni semplici; dal canto suo, l'acquirente diretto potrà dimostrare in giudizio che, nonostante la traslazione, la sua attività ha subito comunque un pregiudizio¹⁶⁴.

Anche su tale aspetto, come si vedrà nel capitolo che segue, la direttiva 104/2014 detta una specifica disciplina, codificando per lo più le acquisizioni della giurisprudenza europea.

6. La sorte del contratto “a valle” dell'intesa vietata

Come già visto più volte, l'art. 2 della legge n. 287 del 1990, oltre a vietare le intese anticoncorrenziali, stabilisce espressamente al co. 3 che “le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”. Ciò che la legge “non dice” è quale sia la sorte dei contratti esecutivi dell'intesa anticoncorrenziale stipulati fra l'imprenditore che prende parte all'accordo illecito e la generalità dei consumatori.

Prima di entrare *in medias res*, giova preliminarmente rendere qualche precisazione sulla nullità dell'intesa a monte. Si tratta di una nullità speciale, testuale e “politica”: di fonte extracodicistica, essa mira alla regolazione del mercato nel perseguimento di obiettivi di efficienza ed equità¹⁶⁵. Per quel che qui interessa, due sono le questioni da affrontare: una attinente alla giusta perimetrazione della intesa e dunque della nullità, l'altra relativa alla causa della nullità dell'intesa, seppur testuale e quindi espressamente sancita dalla legge.

¹⁶³ Castelli, *Violazione delle norme antitrust*, cit., 342.

¹⁶⁴ Libertini, *Diritto della concorrenza*, cit., 488, il quale, inoltre, a ragione nega la possibilità che il convenuto possa opporre all'attore, suo diretto contraente, l'eccezione di evitabilità del danno, ai sensi dell'art. 1227, co. 2, dimostrando che questi avrebbe potuto evitare il danno trasladolo sui suoi aventi causa poiché l'evitabilità del danno- osserva l'Autore- non ricomprende il trasferimento dello stesso su terzi incolpevoli.

¹⁶⁵ Roppo, *Il contratto*, cit., 706-707.

Rispetto alla prima questione, la Corte di Cassazione¹⁶⁶ ha affermato che la nullità delle intese antitrust non è una normale nullità negoziale poiché essa ricomprende anche i comportamenti di fatto attuativi dell'intesa e le pratiche concordate. Tale assunto troverebbe conferma nel dato normativo laddove il legislatore sancisce la nullità dell'intesa ad ogni effetto, riferendosi così anche alle pratiche concordate.

Questa interpretazione, che pure ha avuto un seguito in qualche opinione dottrinale, è tuttavia avversata da altra e prevalente dottrina la quale sottolinea come il giudizio di nullità non può che esprimersi rispetto alla sola fattispecie che sia titolo di qualificazione di altri fatti¹⁶⁷. Lo stesso argomento letterale è superabile opponendo ad esso la *lettera legis* di cui all'art. 81, par. 2, Trattato CE, che espressamente limita la sanzione di nullità agli accordi e alle decisioni di associazioni d'impresе, escludendo le pratiche concordate.

Passando alla successiva questione, una indagine sulla causa della nullità ha motivo di porsi nonostante si tratti di nullità comminata *expressis verbis* dalla legge dal momento che le intese, normalmente vietate, sono ex art. 4 legge 287 autorizzate quando, seppur violative della concorrenza, producono gli effetti benefici indicati dalla stessa legge. Si tratta di una disciplina dall'impatto assolutamente dirompente rispetto alla ordinaria categoria della nullità codicistica: siamo dinanzi ad un'intesa anticoncorrenziale di regola nulla la quale, tuttavia, se in concreto assistita da determinate giustificazioni tali da bilanciare il carattere anticoncorrenziale di cui è avvinta alla luce di un interesse generale, è valida ed efficace.

Sulla causa della nullità in parola si è conferito di una nullità per violazione di norme imperative, di nullità per illiceità dell'oggetto, ed infine, di nullità per illiceità della causa.

Le prime due tesi muovono da un'analisi strutturale del contratto per mezzo della quale approdare, nella prima soluzione, alla illegalità dello stesso per contrarietà a norma certamente imperativa laddove la concreta situazione

¹⁶⁶ Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Resp. e Danno*, 2000, 57, annotata da Bastianon e Nivarra.

¹⁶⁷ Così Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., 245, ove l'Autore legge nella pronuncia della Corte una "forzatura" necessaria per dare soluzione alla questione della sorte delle intese precedenti all'emanazione della legge 287, la quale non detta regole di tipo transitorio.

di mercato porti a tale effetto¹⁶⁸; per la seconda soluzione, invece, deve discorrersi di illiceità dell'oggetto dell'accordo, essendo questo violativo delle norme che perseguono l'effetto di tutelare la concorrenza.

Secondo un terzo approccio, che si ritiene qui di condividere, la soluzione al problema invece passa necessariamente attraverso un esame non già strutturale, ma funzionale dell'intesa anticoncorrenziale: se così non fosse non si spiegherebbe la liceità di quelle intese, di per sé lesive della concorrenza, ma ciò nondimeno autorizzate alla luce degli effetti indicati dal legislatore all'art. 4 l. 287. Proprio tale disposizione- art. 4 legge 287/1990- fa comprendere che l'esame da compiersi deve appuntarsi sulla portata dell'accordo come concretamente pregiudizievole per la concorrenza. In altri termini, è per l'illiceità della causa dell'intesa, ovvero per la funzione economica concretamente perseguita con quel patto che viene assegnata allo stesso la sanzione della nullità¹⁶⁹.

Delineato dunque il perimetro della nullità dell'intesa e la causa che la determina, è possibile passare all'esame della tanto dibattuta questione attinente alla sorte del contratto "a valle" dell'intesa vietata a monte e di cui il primo costituisce diretta attuazione. Le soluzioni che emergono dal dibattito dottrinale, con varie prese di posizione della giurisprudenza, possono essere raccolte su due fronti: quello della invalidità del contratto e quello della validità del contratto, fonte di risarcimento.

Sul fronte della invalidità del contratto, la dottrina è divisa sulla causa della nullità dello stesso, prospettando varie ricostruzioni: nullità derivata o "a cascata"; nullità strutturale per illiceità della causa ovvero per illiceità dell'oggetto; nullità virtuale.

L'opinione dottrinale che sostiene la nullità derivata o a cascata è nel senso che come l'accordo anticoncorrenziale a monte è colpito da nullità per contrasto con un divieto di legge (ex art. 2 legge 287/'90) , del pari risulta "contagiato" il contratto che a valle attua il primo. La ragione è di ordine

¹⁶⁸ Schininà, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 424 e segg.

¹⁶⁹ Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 497; Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., 245-246; id., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. comm.*, 2002, I, 433 e segg.; Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 492 e segg.

pubblico economico e di coerenza con le finalità della legge antitrust: se non si ammettesse la nullità derivata dei contratti corrispondenti al programma d'azione del cartello, sarebbero gravemente depotenziati i divieti antitrust e la stessa azione repressiva dell'Autorità Garante¹⁷⁰. Invero, avverso tale ricostruzione si osserva che da un lato, l'esigenza di tenuta del sistema antitrust non è alterata dalla negazione della nullità del contratto attuativo poiché anche rimedi come quello riparatorio e non caducatorio possono sortire effetto di deterrenza sugli autori dell'illecito. In secondo luogo, poi, si ritiene che la norma che commina la nullità dell'intesa guarda specificatamente a quella e non al contratto a valle il quale, di per sé, non è in contrasto con alcuna norma imperativa, salvo nell'ipotesi in cui si ponga in linea di continuità ed identità con l'intesa a monte, come nei casi di boicottaggio a catena¹⁷¹.

Una tesi che pure si muove nel solco della nullità derivata è quella che sostiene la nullità del contratto esecutivo per illiceità dell'oggetto¹⁷². Nello specifico, secondo questa opinione l'illiceità del prezzo, siccome riproduttivo di quello concertato nel cartello, determina l'illiceità del contratto con riguardo al suo oggetto. La dottrina in parola afferma che non tutto il prezzo, e quindi non tutto l'oggetto sarebbe nullo, ma solo la parte che eccede quella che sarebbe stata pattuita in assenza di illecito. Peraltro, il rimedio alla nullità parziale dell'oggetto non dovrebbe consistere nella sostituzione automatica della clausola nulla¹⁷³ ma nell'indebito del prezzo pagato che il consumatore

¹⁷⁰ Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 420; Bertolotti, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, 351 e segg.; Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, 269; Schininà, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., 424 e segg.; Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 473; Lo Surdo, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 175 e segg.; Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008.

¹⁷¹ Libertini, *Ancora sui rimedi civilistici*, cit. In giurisprudenza si veda Cass., sez. civ., 11 giugno 2003 n. 9834 in *Danno e Resp.*, 2003, 1067 e segg.; Cass. civ., 4 marzo 1999 n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 221 e segg.

¹⁷² Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., 473. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 259 e segg.

¹⁷³ Così invece Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., secondo il quale l'azione di nullità darebbe luogo alla sostituzione automatica di clausola,

dovrebbe azionare limitatamente all'eccedenza. Anche avverso questa tesi si è obiettato che in realtà il contratto a valle resta valido e lecito quand'anche il suo oggetto sia riproduttivo di quanto concordato illecitamente a monte. Si osserva infatti che per essere illecito l'oggetto (qui inteso, non senza criticità, come cosa) deve trattarsi di cosa incommerciabile o di cui è vietata la produzione per effetto di una qualche norma giuridica. Con riguardo ai prezzi, una tale situazione può verificarsi quando si ha un prezzo amministrato, nel qual caso peraltro opera immediatamente l'art. 1339 c.c. Per quanto riguarda invece i prezzi «ingiustificatamente gravosi», non esiste una norma generale e astratta che ne vieti l'inserimento in contratto¹⁷⁴.

Un'altra tesi invece fa leva sulla causa del contratto a valle, ritenendola illecita perché collegata a quella- questa sì illecita- del cartello a monte. Anche questa soluzione sembra non cogliere nel segno: come è stato criticamente osservato, il contratto a valle ha una propria funzione economica, diversa e priva di profili anticoncorrenziali; essa coincide con quella di volta in volta perseguita concretamente da tale contratto (e dunque quella della vendita, dell'assicurazione, dell'appalto, ecc.). D'altronde, l'intento illecito dell'operatore colluso non può assurgere a causa del contratto essendo unilaterale e da relegarsi nella sfera dei motivi meri¹⁷⁵.

Ritenute insuperabili le osservazioni critiche mosse alle varie posizioni in tema di invalidità del contratto¹⁷⁶, altro filone dottrinale propende per ritenere valido il contratto il quale però, siccome condizionato da un comportamento scorretto di una delle parti, la quale ha artatamente imposto prezzi o altre

sulla base dell'art. 1419, co.2 c.c., del prezzo ritenuto equo con quello arbitrariamente fissato nel contratto.

¹⁷⁴ Proprio in questi termini si esprime Libertini, op. cit., in un acceso dibattito in replica alle posizioni sostenute da Castronovo.

¹⁷⁵ Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67 e segg.

¹⁷⁶ Osserva giustamente Febbrajo in *Contratti "a valle"*, cit., che il consumatore che paga un sovrapprezzo per via di un'intesa anticoncorrenziale a monte non ha interesse alla eliminazione del contratto. Quest'ultima soluzione piuttosto intercetta un interesse dell'impresa che potrebbe non avere convenienza a mantenere in vita un contratto le cui condizioni economiche, dopo un eventuale riconduzione ad equità da parte del giudice- soluzione quest'ultima propugnata dall'Autore- sono divenute meno vantaggiose rispetto a quelle originarie.

condizioni in attuazione di condotte anticoncorrenziali, risulterà iniquo e dunque fonte di un obbligo risarcitorio¹⁷⁷.

Più da vicino, la validità del contratto risulta confermata accedendo alla “rispolvera” dicotomia regole di validità/regole di comportamento laddove si ascriva a tale secondo ordine di norme quelle che vietano, con riferimento alle imprese dominanti, l'imposizione di prezzi non equi ex art. 3, legge 287/1990 e art. 82, Trattato CE.

Questa soluzione, a mente dell'insegnamento in materia della Suprema Corte¹⁷⁸, porta ad escludere quella della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ex art. 1418 c.c.¹⁷⁹. Nella tormentata vicenda dell'interpretazione di questa disposizione, infatti, può dirsi ormai acquisito che la nullità non è conseguenza della violazione di una qualsiasi norma imperativa, comunque interferente con la formazione del contratto o con il suo contenuto. La nullità si verifica solo nel caso in cui la norma imperativa di divieto investa l'intero contratto, o un suo elemento essenziale, o un'intera clausola.

Tanto non accade nel caso del prezzo iniquo determinato, ad esempio, dall'impresa dominante: qui il divieto di legge si dirige verso una certa strategia imprenditoriale- ergo comportamento-, volta a sfruttare una rendita di posizione senza alcun ritorno in termini di efficienza del mercato. Siamo dunque dinanzi alla violazione di regole che impongono una certa condotta,

¹⁷⁷ Libertini, *Ancora sui rimedi civilistici*, cit., 247-248; Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 374 ss; Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 161. In giurisprudenza si veda Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, 11, con nota di Bastianon; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Danno e resp.*, 2007, 755 con nota di Afferni.

¹⁷⁸ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 in *Danno e Resp.*, 2008, 536, con nota di Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*. Si veda tuttavia quanto- clamorosamente- affermato dalla Corte cost. nelle pronunce nn. 248/2013 e 77/2014 (nota n. 100) secondo cui la buona fede è regola strutturale intrinseca, con copertura costituzionale la cui violazione porta alla nullità del contratto. Si veda tra gli altri Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.* 2014, I, 2038.

¹⁷⁹ Per la tesi della nullità virtuale ex art. 1418 co. 1 c.c. per violazione dell'art. 2 legge antitrust, considerata una norma imperativa proibitiva, si vedano Selvaggi, *Abuso di posizione dominanti*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 134; G. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle “norme bancarie uniformi”*, in *Giur. it.*, 1996, 220; Bastianon, *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, 1075.

non tenendo la quale la sanzione comminata dall'ordinamento è quella risarcitoria, di tipo precontrattuale. Superando l'impostazione tradizionale restrittiva, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la responsabilità precontrattuale trova spazio anche in caso di contratto valido ma pregiudizievole per la parte della vittima del comportamento scorretto¹⁸⁰.

Qui il danno risarcibile sarà pari non all'interesse negativo, come a lungo si è inteso quello derivante da responsabilità *in contrabendo* e consistente nelle spese sostenute e nelle occasioni perse per via delle infruttuose trattative; esso sarà piuttosto pari al danno differenziale dato dal «minor vantaggio» o dal «maggior aggravio economico» determinato dal comportamento scorretto¹⁸¹, che nel caso di specie equivale a risarcire la differenza tra il prezzo monopolistico e quello ipotetico o competitivo, ricostruito virtualmente in un mercato concorrenziale¹⁸².

Va infine dato conto di un ultimo orientamento che, sempre nel solco dell'opinione che propende per ritenere valido il contratto “a valle”, prospetta come rimedio non già quello risarcitorio per equivalente ma quello della reintegrazione in forma specifica attuata mediante riconduzione ad equità della clausola. Tale soluzione, suggerita dalla Cassazione nella più volte citata sentenza sul cartello assicurativo del 2005¹⁸³, si appunta direttamente sulla clausola squilibrata attraverso un intervento “chirurgico” del giudice di riconduzione ad equità¹⁸⁴, anziché di condanna al risarcimento del differenziale in via equitativa. Questo tipo di rimedio, di carattere manutentivo, seppur avallato dalla soft law europea – in particolare, il Draft Common Frame of Reference nonché i Principi Unidroit all'art. 6.2.3-, trova non pochi ostacoli ad affermarsi nel nostro ordinamento, dovendosi contemperare con regole di fondo che precludono al giudice di correggere il

¹⁸⁰ Nel caso di imposizione di prezzi iniqui come derivante da accordo anticoncorrenziale, tale condotta, rientrando tale ipotesi nell'art. 3 legge antitrust, è sicuramente contraria a buona fede ex art. 1337 c.c., trattandosi di una valutazione legale di illiceità.

¹⁸¹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725, cit.

¹⁸² Cass., III, 18 agosto 2011 n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, 7; Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 28.

¹⁸³ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005 n. 2207, cit., su cui più diffusamente al par. 2.

¹⁸⁴ Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nei contratti “a valle”*, Napoli, 2009; Febbrajo, *Contratti “a valle” dell'intesa antitrust e riduzione ad equità del corrispettivo*, in *Giur. it.*, 2012, 7.

regolamento negoziale, quand'anche iniquo¹⁸⁵. Non v'è dubbio che si muovono forze nuove avverso tale baluardo ma lo stato dell'arte sembra negare al giudice poteri di intervento "ortopedico" sul contratto.

¹⁸⁵ La sindacabilità giurisdizionale del contratto iniquo è tema molto dibattuto. È noto che di esso non vi fossero margini di discussione sotto la vigenza del codice civile del 1865, ove l'ideologia liberale sottesa al concetto di negozio giuridico consegnava alla teoria del contratto regole quali il dogma della volontà, "*pacta sunt servanda*" nonché conseguentemente, l'assoluta insindacabilità del regolamento diviso dalle parti. Con il codice del 1942, in un mutato quadro di riferimento, l'intangibilità del contratto ad opera del giudice conosce delle eccezioni tassative e normative quali quelle di cui agli artt. 1447, 1448 e 1467 c.c. Qui l'intervento giudiziale tuttavia è contornato da diverse cautele: esso è subordinato all'iniziativa della parte che vuole evitare lo scioglimento del contratto e il ruolo del giudice è circoscritto ad una valutazione successiva di adeguatezza dell'offerta presentata dalla parte. Qualche spiraglio di riflessione offre l'art. 1384 c.c. sulla riduzione ad equità della clausola penale ma i tempi non sono ancora maturi. Le cose cambiano radicalmente con l'avvento delle normative speciali di settore di matrice europea con riguardo a quelli che saranno poi denominati contratti asimmetrici ovvero con posizioni contrattuali squilibrate. L'esigenza di prendere in carico la posizione della parte debole ispira una serie di norme che stridono con quelle del "primo contratto" ovvero del contratto disciplinato dal c.c. L'interrogativo che si è posto allora è se le discipline di settore dettino regole specifiche e speciali o se alla luce di esse, taluni capisaldi del sistema interno, in primis quello della insindacabilità dell'autonomia negoziale possa dirsi superato o almeno attenuato. La giurisprudenza che si è confrontata col tema in occasione della questione legata alla riduzione d'ufficio della clausola penale eccessiva - Cass. Sez. un. , 13 settembre 2005 n. 18128- ha affermato che il giudice ha un potere di controllo sul modo in cui le parti fanno uso della loro autonomia contrattuale. Tale potere è nell'interesse non della parte debole ma dell'ordinamento perché posto nell'ottica di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui la tutela delle posizioni soggettive appare meritevole, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga mediamente tutelato. Tanto ex art. 2 Cost e 1175 e 1375 c.c. Per opinione prevalente, tale enunciato non si traduce, in punto di rimedi e fuori dal 1384 c.c., nella attribuzione di poteri manutentivi, i quali restano eccezionali e non applicabili in via analogica. Gli unici rimedi praticabili sono non la nullità del contratto ex art. 1418, co.1 per contrasto con i succitati principi (solidarietà e buona fede), ma il rimedio risarcitorio precontrattuale e l'*exceptio doli generalis*. Va tuttavia segnalata la recente posizione assunta dalla Corte cost. (C. cost. 248/2013 e 77/2014) in materia di *reductio ad aequitatem* della caparra confirmatoria ove la Corte ha affermato che le parti non possono dar luogo ad un accordo iniquo con conseguente potere del giudice di dichiarare la nullità per diretta violazione dell'art. 2 Cost e della buona fede, consacrando la buona fede a regola-con copertura costituzionale- di validità.

CAPITOLO III

LA DIRETTIVA 2014/104/UE E LA SUA ATTUAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La direttiva 2014/104/UE: contesto e finalità – 3. L’attuazione della direttiva 2014/104/UE: il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 e il micro-sistema della responsabilità da illecito antitrust – 3.1 La legittimazione attiva. In particolare, le azioni collettive – 3.2 Dalla “divulgazione” delle prove alla “esibizione” delle prove – 3.2.1 Segue. La divulgazione/ esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell’autorità garante della concorrenza – 3.3 L’art. 9. Le azioni *follow on* e il carattere vincolante del provvedimento dell’autorità garante della concorrenza – 3.4 Nesso causale e *passing on* – 3.5 La quantificazione del danno – 4. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Nelle more della stesura del presente lavoro è sopraggiunta l’attuazione della direttiva 2014/104/UE con decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017.

Il *novum* legislativo arricchisce di un tassello importante lo studio del tema e consente, sia pure solo a prima lettura, di procedere con un approccio ancora più concreto e stimolante alle riflessioni che ci si proponeva di rassegnare in ordine alle disposizioni della direttiva e alle aspettative di recepimento.

Con questo intento, si analizzeranno i principali aspetti di novità nonché di consolidamento che il nuovo quadro normativo ha consegnato all’interprete, con l’obbligo di dar conto dello *ius positum* volta per volta.

In particolare, trattandosi di un approdo, quello legislativo qui in esame, frutto di un lungo percorso evolutivo giurisprudenziale e dottrinale, interno ed europeo - come si è cercato di ricostruire nel precedente capitolo, le riflessioni che seguono procederanno da un lato, tenendo conto delle acquisizioni pregresse, dall’altro dando atto dei profili inediti della disciplina nonché

dell'impatto di sistema che la nuova normativa sembra determinare. Proprio sotto quest'ultimo aspetto può anticiparsi fin d'ora come il decreto di recepimento della direttiva delinei una fattispecie risarcitoria eccentrica e singolare: come meglio si dirà, trattandosi di una disciplina fortemente intrisa di aspetti pubblicistici, il rimedio privatistico, nel "soccorrere" il *public enforcement antitrust*, ne resta piegato e conformato alle esigenze di fondo, finendo tuttavia col raccordarsi con maggiore difficoltà alla - sia pure elastica - categoria della responsabilità civile.

2. La direttiva 2014/104/UE: contesto e finalità

Il 26 novembre 2014 è entrata in vigore la direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio "*relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*", con obbligo di recepimento da parte degli Stati membri entro il 27 dicembre 2016.

Tale direttiva è stata preceduta da ampie discussioni a livello europeo segnate da due tappe importanti: il Libro verde del 2005¹⁸⁶ e il Libro bianco del 2008¹⁸⁷.

In essi la Commissione aveva individuato le principali criticità del sistema di *private enforcement*, pur segnalandone l'imprescindibilità e anzi, la necessità di incentivarne il ricorso finanche attraverso la previsione di un meccanismo di deterrenza diretta, sul modello americano. Ed infatti, avviata una indagine su impulso del Libro verde, la Commissione aveva proceduto ad adottare un Libro bianco in cui erano state vagliate diverse misure specifiche

¹⁸⁶ Libro verde- Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 19 dicembre 2005 COM(2005) 672 def.

¹⁸⁷ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2 aprile 2008 COM(2008) 165 def.

atte a garantire l'introduzione di sistemi di tutela per tutti i danneggiati da violazione delle norme antitrust¹⁸⁸.

Con questo retroterra, la direttiva 104 costituisce il punto di arrivo di anni di discussioni e pronunce giurisprudenziali e si pone a completamento di un quadro normativo in parte coperto dal Regolamento n. 1/2003 poiché con essa si disciplina l'ipotesi in cui la condotta anticoncorrenziale di rilievo europeo sia oggetto di una decisione non già della Commissione, ma delle Autorità Antitrust nazionali. Per questa via, viene concretizzato quel ruolo di soggetto della *European Antitrust Network* che, come si è già avuto modo di vedere (cap. primo, par. 3), valorizza la posizione delle *Authorities* nazionali anche nel contesto europeo.

Alla luce del suo quadro di riferimento, sono allora facilmente intuibili anche le finalità precipue della direttiva: da un lato, rafforzare l'azione risarcitoria da parte del danneggiato- alla quale si guardava da tempo e a cui la giurisprudenza già aveva provveduto dal canto suo a darvi corso- e dall'altro, migliorare l'interazione tra *public* e *private enforcement*.

Più da vicino, la regolamentazione puntuale dell'azione di risarcimento del danno antitrust con un regime spesso di *favor* per il danneggiato e derogabile *in melius* da parte degli Stati membri persegue l'obiettivo di rendere effettiva la tutela del danneggiato e nel contempo, di sortire un indiretto effetto di deterrenza che passa attraverso un accesso più facile che nel passato alla giustizia e una predisposizione di mezzi atti a superare l'asimmetria informativa anche in sede processuale.

Come meglio si dirà, infatti, i correttivi che la direttiva introduce per rafforzare la tutela del danneggiato attengono proprio al piano probatorio, perché è in esso che emerge quel forte divario conoscitivo rispetto alla prova degli elementi fondanti la pretesa azionata. Sullo sfondo, dunque, si erge il principio della effettività della tutela giurisdizionale, che discende dall'art. 19,

¹⁸⁸ Sul dibattito che ha preceduto la direttiva 104/2014 si veda Bellia M.- Bellomo G. A. M., *Tutela cautelare antitrust e prospettive europee: il contributo del giudice ordinario*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 255; Benacchio G. A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzioni e risultati*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 16 e segg.; Bastianon S., *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?*, In *Resp. Civ. prev.*, 2012, 5, 1421 e segg.

par. 1 co. 2 Tue¹⁸⁹ e dall'art. 47, co. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹⁰, come affermato esplicitamente al considerando 4 della direttiva, i quali collimano sul piano interno, con le disposizioni di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

A livello di sistema, non sfugge poi al legislatore europeo che per una maggiore efficacia della tutela della concorrenza occorre correggere lo squilibrio esistente tra *public* e *private enforcement* quali strumenti della politica della concorrenza¹⁹¹. Ed anzi, l'impressione che si coglie dal rafforzamento della prospettiva privatistica è quella di una normativa che "affida" ai privati, supportati da nuovi poteri conferiti al giudice, i meccanismi di correzione a valle delle violazioni antitrust, nella consapevolezza che questa soluzione possa sortire l'effetto di disincentivare la commissione a monte degli illeciti stessi, in una sorta di circolo virtuoso premiante del sistema.

Queste, dunque, le due direttrici della novella, le quali rendono chiara la specificità della materia antitrust e fungono da faro nell'interpretazione delle disposizioni dettate dalla nuova normativa al fine di una corretta attuazione da parte degli Stati membri.

Infatti, l'armonizzazione delle varie legislazioni nazionali si è resa necessaria proprio perché molti Stati membri apprestano in materia antitrust livelli estremamente differenziati di tutela, spesso al di sotto dell'aspettativa europea. Questo dato, che espone al forte rischio del *forum shopping*, esige di essere superato attraverso la predisposizione di regole omogenee e certe, con

¹⁸⁹ Art. 19, par. 1 co. 2 : "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

¹⁹⁰ Art. 47, co. 1 : "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni del presente articolo." Nello specifico, come ha avuto modo di chiarire Corte di Giustizia 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis*, a proposito della giusta interpretazione della norma citata, il principio della tutela giurisdizionale effettiva "è costituito da diversi elementi, ovvero i diritti della difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice nonché la facoltà di farsi consigliare, difendere, rappresentare". Si rammenta che questi principi sono altresì proclamati dall'art. 6, par. 1, Cedu.

¹⁹¹ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 4, 2016, 314 e segg. il quale, in particolare afferma che lo sforzo compiuto dal legislatore è nel senso di «coordinare due modalità di applicazione delle regole di concorrenza al fine di preservare l'efficacia e la coerenza di un sistema unico di *enforcement*, articolato su diversi livelli e con diversi attori, Commissione, autorità nazionali di concorrenza e giudici nazionali».

l'obiettivo di realizzare un sistema perfettamente livellato e organizzato che assicuri ad imprese e consumatori pari opportunità nel mercato interno¹⁹².

Peraltro, ancor prima della sua attuazione da parte del legislatore interno, le istanze di fondo della direttiva in parola sono state pienamente recepite dalla nostra giurisprudenza, la quale ha colto le peculiarità dell'illecito antitrust legate alla necessità di temperare il rigore *in subiecta materia* della regola probatoria di cui all'art. 2697 c.c. In particolare, la Suprema Corte di Cassazione in un recente arresto ha ritenuto che "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 (...) anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza. E' 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"¹⁹³.

¹⁹² Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE*, cit., 316, il quale sottolinea lo sforzo compiuto dal legislatore europeo con la direttiva 104 nel senso di garantire una maggiore certezza giuridica creando un *level playing field* per imprese e consumatori nel mercato interno.

¹⁹³ Cass. Civ., I, 4 giugno 2015 n. 11564 in *Dir. Industr.*, 2015, 6, 537 con nota di Geraci. Nel caso di specie era stata rigettata una domanda risarcitoria *stand alone* per danni da abuso di posizione dominante per mancato assolvimento dell'*onus probandi*, ritenendosi generici i riferimenti forniti per provare l'esistenza di un "mercato dominante". Tale conclusione è stata censurata in sede di legittimità alla luce delle peculiarità delle *private antitrust litigations* e dei principi cardine affermati dalla direttiva 104, compendiati nella necessità di garantire l'effettività del diritto al risarcimento del danno antitrust.

Da tale pronuncia è possibile cogliere l'autonoma collocazione che occupa nel sistema dell'illecito civile quello relativo al danno antitrust, il quale si colora di connotati così spiccati da esigere regole proprie sotto il profilo sia sostanziale che processuale.

3. L'attuazione della direttiva 2014/104/UE: il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 e il micro-sistema della responsabilità da illecito

Con decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017, il legislatore italiano ha dato corso all'obbligo di attuazione della direttiva 2014/104/UE, con entrata in vigore a partire dal 3 febbraio 2017.

Tale decreto legislativo è stato emesso in attuazione della delega contenuta nell'articolo 2 della legge di delegazione europea 9 luglio 2015 n. 114, la quale prevede l'estensione delle disposizioni adottate alla luce della direttiva 2014/104/UE alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi dei predetti articoli 2 e 3 applicati in parallelo agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Le nuove norme, dunque, si applicheranno alle violazioni della normativa antitrust europea (artt. 101 e 102 TFUE), nonché della normativa antitrust nazionale (artt. 2, 3 e 4 Legge 287/1990) sia che quest'ultima venga applicata "*autonomamente*", sia "*nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione*" (art. 2 lett. b) d. lgs. 3/2017).

Sul punto, in realtà, la direttiva 104 si riferisce espressamente alle sole ipotesi in cui i giudici nazionali siano chiamati ad applicare gli artt. 101 o 102 del TFUE ovvero ad occuparsi di intese o abusi di posizione dominante che interessino il mercato europeo. Al contrario, nessun obbligo di adeguamento sussiste con riguardo alle discipline nazionali aventi ad oggetto le violazioni interne ai confini degli Stati membri, le quali potrebbero continuare ad essere regolate dalla sola normativa statale.

La scelta compiuta dal nostro legislatore in sede di recepimento è stata nel senso di evitare un “doppio binario” risarcitorio a seconda che si tratti di una violazione interna o europea, così uniformando la disciplina applicabile. Questa soluzione pare opportuna (oltretutto richiesta, come detto, dalla legge di delegazione europea 2015); invero, un approccio minimalista alla direttiva su tale versante avrebbe portato ad una ingiustificabile discriminazione delle azioni di danno basate esclusivamente sulla legge 287/1990 - così saggiamente scongiurata dalla normativa in esame-, oltre alla verosimile pretestuosità di eccezioni atte a contestare l'applicazione della nuova legge più favorevole al danneggiato, sì da ingenerare confusione e incertezze applicative.

Pertanto, in coerenza con questo nuovo assetto, l'art. 17 del d. lgs. 3/2017 sostituisce il co. 2 dell'art. 1 della legge 287/1990, stabilendo che l'Agcm «[...] applica anche parallelamente in relazione ad uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del TFUE e gli artt. 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante».

Così chiarita la portata applicativa della nuova disciplina, sotto il profilo soggettivo la tutela prevista dal decreto può essere invocata sia da persone giuridiche che da persone fisiche, siano essi professionisti o consumatori, questi ultimi anche attraverso un'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo.

In particolare, il soggetto danneggiato può corrispondere sia al cd. acquirente diretto, ossia il soggetto che ha acquistato direttamente da un autore della violazione di beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza (art. 2, lett. u), sia al cd. acquirente indiretto, ossia il soggetto che ha acquistato non direttamente dall'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 (art. 2, lett. v).

Quanto invece ai soggetti autori della violazione, il decreto in parola, recependo il disposto di cui all'art. 11 della direttiva 104, ha previsto una importante ipotesi di limitazione della responsabilità solidale da violazione della concorrenza, in favore delle piccole piccole o medie imprese (PMI) e di

coloro che hanno beneficiato di un'immunità nell'ambito di un programma di *leniency*.

Nello specifico, in deroga all'art. 2055 c.c., l'art. 9 del decreto afferma che se coinvolta nella violazione è una PMI, allora essa sarà responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti a due condizioni: i) se la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al 5 % per il tempo in cui si è protratta la violazione e ii) se l'applicazione piena dell'art. 2055 c.c. determinerebbe un pregiudizio irreparabile alla sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. La predetta deroga tuttavia non trova applicazione se "i danneggiati diversi" dagli acquirenti diretti e indiretti "propri" della PMI non riescono ad ottenere il risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte, oppure nel caso in cui la PMI abbia svolto un ruolo guida o abbia costretto terzi a partecipare alla violazione della concorrenza ovvero, infine, nel caso di reiterazione dell'illecito, avendo la PMI già commesso una precedente violazione del diritto della concorrenza.

Per chi ha beneficiato dell'immunità, invece, il decreto prevede che tale soggetto sarà responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti e nei confronti di altri danneggiati, quando questi ultimi non riescono ad ottenere il risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte. Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 9 del decreto stabilisce che *«il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti»*.

Il diritto al risarcimento del danno in questione soggiace al termine di prescrizione di cinque anni (art. 8). Recependo l'approdo giurisprudenziale formatosi al riguardo (*amplius*, cap.2), la normativa prevede che tale termine non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o possa presumersi che sia a conoscenza dei 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, se l'autorità antitrust avvia anche solo un'indagine o un'istruttoria, il termine di prescrizione rimane

sospeso fino ad un anno dopo la decisione definitiva o dopo che il procedimento si sia chiuso in altro modo.

Tanto posto, nei paragrafi a seguire ci si soffermerà con più attenzione sui profili di maggior impatto e rilievo della direttiva 104 e del decreto attuativo interno, concernenti in particolare:

- a) la legittimazione attiva, con specifico riferimento alle azioni collettive;
- b) l'attività istruttoria in seno al giudizio risarcitorio, caratterizzata dall'introduzione dell'«ordine di esibizione» delle prove;
- c) l'efficacia vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust nell'ambito dei giudizi risarcitori in parola;
- d) l'accertamento del nesso di causalità e il cd. *passing on*;
- e) le regole in tema di quantificazione del danno.

Prima di passare all'esame di ciascuno di tali aspetti, giova da ultimo dar conto della disciplina in tema di composizione consensuale delle controversie in materia (Capo VI, artt. 15 e 16 d. lgs. 372017) e dell'articolo 18 del decreto, riguardante la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

L'art. 15 del decreto dispone che il giudice, su istanza delle parti, possa sospendere fino a due anni il processo pendente per il risarcimento del danno da illecito antitrust quando le medesime parti abbiano fatto ricorso ad una procedura di composizione consensuale della controversia. Se la conciliazione non riesce, il processo deve essere riassunto dalle parti nel termine perentorio di trenta giorni dalla formalizzazione della mancata conciliazione.

Tanto posto, il legislatore disciplina l'ipotesi in cui la transazione si concluda positivamente nei confronti di alcuno soltanto dei condebitori, con riguardo alla propria quota di responsabilità. In questo caso, il soggetto danneggiato che ha partecipato all'accordo che compone la controversia non può chiedere la parte di danno imputabile al coautore della violazione che vi ha partecipato ai coautori che non vi hanno partecipato. Nel contempo, i coautori della violazione che non hanno partecipato all'accordo non hanno regresso nei confronti dei coautori della violazione che vi hanno partecipato per la parte di danno a questi imputabile. Peraltro, nell'eventualità che i condebitori che non abbiano transatto la lite siano insolventi, il danneggiato

può chiedere il risarcimento ai coautori della violazione che hanno partecipato all'accordo, salvo che le parti che abbiano partecipato all'accordo lo abbiano espressamente escluso.

Quest'ultimo aspetto desta qualche perplessità poiché porrebbe nel nulla il vantaggio che si otterrebbe dalla transazione della lite, in controtendenza con la finalità di incentivazione degli accordi conciliativi che muove il legislatore sul punto. Questa deriva potrebbe tuttavia essere arginata proprio valorizzando il patto di esclusione come fatto oggetto dalla clausola di salvezza in chiusura della disciplina in parola.

Infine, l'art. 18, *Competenza dei tribunali per le imprese*, modifica le competenze delle Sezioni specializzate in materia di impresa, in esecuzione del criterio stabilito dalla Legge n. 114/2015, garantendo così la concentrazione inderogabile delle controversie per risarcimento del danno antitrust nei tre uffici giudiziari di Milano (per il Nord Italia), Roma (per il Centro) e Napoli (per il Sud).

3.1 La legittimazione attiva. In particolare, le azioni collettive

In ordine ai soggetti attivi, la direttiva UE, codificando un orientamento giurisprudenziale affermatosi nel tempo e ormai pienamente consolidato (si veda cap. 2, par. 2), stabilisce all'art. 1, *Oggetto e ambito di applicazione*, che il diritto al pieno risarcimento del danno antitrust è riconosciuto a “chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese”.

Pertanto, ogni persona fisica o giuridica - consumatori, imprese, pubbliche autorità- può agire in giudizio e tanto a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa danneggiante e dall'esistenza o meno di un provvedimento di un'autorità che accerti la violazione antitrust.

In parte qua tale disposizione, siccome mera ricognizione di una soluzione già raggiunta in passato, è di immediata percezione. Risulta invece di maggiore interesse ciò che tale disposizione omette di riferire e cioè, con

riguardo alla posizione dei consumatori, il mancato – e quantomai opportuno – riferimento alla *class action*.

Sotto tale profilo, invero, la scelta compiuta dal legislatore europeo è stata quella di non intervenire in maniera vincolante e tanto alla luce delle difformità esistenti nei vari Stati membri rispetto ai ricorsi collettivi¹⁹⁴. Le istituzioni europee hanno adottato un approccio più accorto sul punto, rimettendo ad una Raccomandazione della Commissione europea l'individuazione dei principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione¹⁹⁵. Ivi la Commissione auspica l'introduzione di azioni collettive generali, indicando agli Stati membri le linee guida da seguire.

Tuttavia, il sentore che sia stata persa l'occasione per dettare una opportuna se non necessaria disciplina uniforme della *class action* in materia antitrust sembra fondato; l'impatto concreto di tale omissione pare di rilievo se si assume che la prospettiva di fondo della direttiva è quella di rafforzare la posizione di soggetti danneggiati, le cui pretese, seriali ed omogenee oltreché accomunate da una ontologicamente asimmetria informativa, sono avanzate in situazioni in cui l'azione di classe troverebbe terreno d'elezione per il suo esercizio. Peraltro, va osservato che probabilmente, anche alla luce di tale omissione, il legislatore europeo ha cercato di riequilibrare l'assetto così determinato facilitando ancor di più l'accesso alla prova da parte del ricorrente *uti singuli*, in una logica, per così dire, di “pesi e contrappesi”.

Tanto posto, in sede di attuazione il nostro legislatore, nell'individuare l'ambito di applicazione della nuova normativa, ha invece fatto espresso riferimento alla *class action* consumeristica, stabilendo all'art. 1 che “Il presente decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'art. 140 bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa

¹⁹⁴ Villa G., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giur.*, 3, 2015, 304-305.

¹⁹⁵ Commission recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, C(2013) 3539.

di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese”.

In realtà, anche se il legislatore europeo non ha fatto richiamo al ricorso collettivo, la direttiva fa comunque salve le legislazioni nazionali e, dunque, nel nostro caso, l'art. 140 bis cod. cons., il quale al co. 2 lett. c già prevede che l'azione di classe tutela “i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”. Il riferimento all'azione di classe, dunque, vale a chiarire l'applicabilità delle nuove norme sostanziali e processuali anche laddove il giudizio sia promosso in forma collettiva.

L'opportunità del richiamo- semmai se ne fosse dubitato- è però depotenziata dalle risapute problematiche che attanagliano l'istituto nel nostro ordinamento e che, proprio in materia antitrust, si fanno ancora più vistose.

L'inciso inserito dal legislatore non sposta, invero, i termini della questione e anzi, trascina con sé tutte le problematiche, ormai annose, cui si espone l'azione di classe dei consumatori, prima fra tutte la limitata legittimazione all'esperimento della *class action*.

Come noto, l'azione di classe nasce con il nobile intento di rendere effettiva la tutela risarcitoria in tutti quei casi in cui la modesta entità del danno seriale sarebbe difficilmente risarcibile (in mancanza di ricorsi collettivi), con l'imperdonabile effetto di lasciare in capo ai danneggiati le conseguenze dell'illecito. La previsione di una legittimazione ultraindividuale, per tale via, rende non solo effettive le enunciate istanze rimediale ma opera anche una incisiva azione di deterrenza rispetto al compimento di illeciti che, viceversa, le imprese seguirebbero a commettere, vista l'impraticabilità di azioni di condanna nei loro confronti.

Tale ultima constatazione, resa ovvia dalla diffusione della contrattazione di massa e dall'aumento dei danni plurioffensivi su situazioni omogenee, ha indotto il legislatore ad intervenire, introducendo uno strumento modulato per alcuni versi sulla falsariga dell'azione di classe americana (da qui *class action*) e pensato per il solo utilizzo dei consumatori¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. Dir. civ.*, 1993, I, 617 e segg; Guissani, *Azioni collettive*

Tuttavia, fin da subito la disciplina positiva (art. 140 bis) è stata oggetto di molteplici “aggiustamenti” da parte del legislatore fino all’attuale testo vigente¹⁹⁷, il quale, per come congegnato, rende tuttora poco accessibile e pratico tale strumento.

In particolare, l’art. 140 bis prevede che la legittimazione attiva spetti a ciascun consumatore o utente appartenente alla classe, il quale agisce *ex lege* nell’interesse della categoria di appartenenza oppure mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa.

I diritti fatti valere devono presentare il carattere della omogeneità ovvero l’illecito a monte e il nesso causale devono avere carattere seriale di modo che la liquidazione del danno possa a sua volta avvenire tramite la determinazione di una somma base e di eventuali multipli della stessa¹⁹⁸. Le situazioni sostanziali protette sono tassativamente indicate dal legislatore, il quale al co. 2 specifica che tali diritti devono essere fondati su un contratto o essere connessi a danni da prodotto difettoso o a pregiudizi subiti a causa di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali da parte dell’impresa. Quanto alla procedura, essa consta di vari passaggi tra cui, in particolare, una fase in cui il giudice valuta l’ammissibilità della domanda e un peculiare meccanismo di adesione degli altri danneggiati appartenenti alla classe, basato sul cd. *opt in*.

risarcitorie nel processo civile, Bologna, 2008, 29 e segg.; D’Alfonso, *sub art. 140 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro- Zaccaria, Padova, 2010, 966 e segg.; Alpa G., *L’art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2010, 379 e segg.; Demarchi (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 1 e segg.

¹⁹⁷ Il tormentato *iter* compiuto dall’azione di classe consumeristica è noto: introdotto con l’art. 2, co. 445-449 della L. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) nel codice del consumo, l’art. 140 bis (“azione collettiva risarcitoria”) è stato prima riguardato da una proroga quanto alla sua entrata in vigore (sino al 1° gennaio 2010) e poi, nelle more, sostituito nel testo e nella rubrica con una nuova disciplina intitolata “azione di classe” ad opera dell’art. 49 della l. 23 luglio 2009 n. 99. Successivamente, il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni nella l. 24 marzo 2012 n. 27, ha modificato in maniera incisiva l’istituto. Da ultimo, sono al vaglio del Parlamento due proposte di legge (proposte di L. nn. 1335- 3017) le quali prevedono l’abrogazione dell’art. 140 bis cod. cons. e la sua generalizzazione nell’ambito del codice di procedura civile. Tra le modifiche prospettate, emergono quelle volte ad estendere la legittimazione attiva nonché l’allargamento dei tempi di adesione.

¹⁹⁸ Libertini, *Il diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, cit., 470 e segg.

Le maggiori criticità rispetto alla esperibilità di tale azione in ambito antitrust si colgono proprio con riguardo al profilo della limitata *legitimatio ad causam*.

Posta la limitazione dei soggetti attivi ai consumatori ed utenti, da soli o conferendo mandato ad un'associazione di categoria o a comitati, della *class action* possano avvalersi soltanto costoro e non anche le altre categorie di danneggiati che versano nelle stesse condizioni nel processo, come le imprese di minori dimensioni che hanno subito gli effetti di una pratica anticoncorrenziale¹⁹⁹. Queste ultime, le quali possono trovarsi in una situazione di squilibrio sostanziale identica ai primi perché la loro posizione è parimenti contrassegnata da asimmetria informativa, non potrebbero avvalersi di tale strumento, con una vistosa alterazione delle ragioni di eguaglianza sostanziale²⁰⁰.

Oltre a tale sfasatura, anche laddove la *class action* venga esperita nei limiti di cui alla normativa, occorre segnalare altri aspetti critici che valgono comunque a rendere meno incisiva- rispetto alle sue vere potenzialità- la possibilità di procedere con un'azione collettiva nella delicata materia antitrust.

¹⁹⁹ Bruzzone- Saija, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 263; Villa G., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, cit., 305.

²⁰⁰ In realtà, la scelta di limitare il campo di azione della *class action* ai soli consumatori e utenti, col filtro di cui al co. 2, è stata oggetto di molte riflessioni critiche, fino al punto di dubitarsi della stessa legittimità costituzionale della disciplina in esame; più in generale, con le medesime perplessità già sulla nozione di consumatore, si vedano Bin M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, II, 437 e segg.; Bigliuzzi Geri, sub 1469 bis, comma 1, in C. M. Bianca- F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XVI bis, Dei contratti dei consumatori*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 794 e segg.; Alpa G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 42 e segg.; Chiné G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, 444 e segg. Peraltro, come si diceva, proprio l'esigenza di superare siffatta limitazione è alla base delle proposte di riforma dell'art. 140 bis attualmente al vaglio del Parlamento, rispetto alla quale si prospetta un accesso esteso tanto alle situazioni "caratterizzate da pretese risarcitorie modeste causate da illeciti plurioffensivi", quanto per gli altri casi in cui "pur non essendo la pretesa modesta né la debolezza strutturale acclarata, si intenda comunque agire in forma aggregata per convenienza processuale" (Relazione di presentazione della proposta di legge n. 1335).

In particolare, anche nei casi in cui venga esperita da consumatori o utenti, da un lato resta critica la mancanza di una legittimazione diretta in capo alle associazioni e dall'altro, il meccanismo dell'*opt in*, restringendo gli effetti della sentenza di condanna ai solo aderenti, svincola nella pratica l'effetto di deterrenza che dovrebbe sortire in teoria l'azione di classe.

Sotto il primo aspetto, da tempo la dottrina segnala l'incongruenza di sistema con riguardo alla legittimazione attiva delle associazioni iscritte negli elenchi di cui all'art. 137 cod. cons. ad esperire l'azione inibitoria ai sensi dell'art. 140 cod. cons.²⁰¹. Per tale via, l'accesso alla giustizia per le associazioni è circoscritto ad interventi inibitori ed emendativi di comportamenti lesivi degli interessi della categoria, mai in chiave risarcitoria diretta.

Questa limitazione non raccoglie il dato dell'esperienza applicativa secondo cui le azioni di classe più efficaci sono soprattutto quelle programmate da associazioni e studi professionali e intestate a un consumatore danneggiato ma simbolico. Inoltre, una legittimazione diretta delle associazioni consentirebbe di superare un importante rischio in cui incorre il singolo consumatore ricorrente e che talora lo induce ad arrestare la propria azione, vale a dire i costi e le spese processuali. Infatti, a mente del principio della soccombenza, l'attore che abbia visto rigettata la propria domanda è esposto al rischio del rimborso delle spese legali sostenute dal convenuto nonché, se la domanda viene dichiarata inammissibile dal giudice, all'ulteriore spesa della pubblicità dell'eventuale ordinanza negativa.

Non meno problematico è il risvolto pratico della scelta del meccanismo dell'*opt in* secondo cui, ai sensi dell'art. 140 bis co. 9, il giudice con ordinanza di ammissione della domanda fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla data di scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro cui gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Così individuati gli aderenti, il co.14 afferma che la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti.

²⁰¹ Consolo C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140 bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1297; Porreca P., *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, 541 e segg.; Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 469; Libertini M.-Maugeri M., *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, nota adesiva a Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, parte I, 869 e segg.

Ebbene, se si tiene conto della tendenziale inerzia del consumatore all'adesione, l'efficacia non *erga omnes* della sentenza di condanna riduce notevolmente l'effetto di deterrenza che nel contrasto agli illeciti antitrust andrebbe invece particolarmente valorizzata, proprio alla luce delle già esaminate finalità del legislatore europeo come codificate nella direttiva 104²⁰².

Alla luce di tali criticità, il richiamo all'art. 140 bis che il legislatore dell'attuazione compie è sì opportuno ma, trapiantato nella complessa materia antitrust senza i dovuti accorgimenti, rischia di non asservire le istanze di effettività di tutela e di deterrenza agli illeciti antitrust che il legislatore europeo reclama.

3.2 Dalla “divulgazione” delle prove alla “esibizione” delle prove

La direttiva 104 ha dedicato apposite norme al problema della asimmetria informativa di cui il danneggiato soffre in sede processuale, proponendosi di risolverlo attraverso l'attribuzione di appositi poteri alle parti di cd. divulgazione delle prove. Il terreno elettivo dell'esercizio di tali facoltà è di certo quello delle azioni *stand alone*, ma non v'è dubbio che le stesse possano avere rilievo anche rispetto alle azioni *follow on* le volte in cui l'attore non abbia preso parte al procedimento amministrativo pur essendoci un provvedimento dell'Autorità.

Il sistema delle disposizioni in materia è compendiato nel capo II, *Divulgazione delle prove*, e si compone di quattro articoli; di essi l'art. 5 funge da disposizione generale in materia di divulgazione, mentre gli artt. 6 e 7 regolamentano una *species* di divulgazione, quella attinente alle prove incluse nel fascicolo di una autorità garante della concorrenza. Chiude il quadro l'art.

²⁰² Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 473, il quale individua come ulteriore *vulnus* all'effetto deterrente dell'azione di classe la disciplina in tema di transazione secondo cui le rinunce e transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Pertanto, in caso di mancato assenso, il consumatore non ha altra strada che quella individuale.

8 in tema di sanzioni per l'ipotesi in cui il destinatario dell'ordine di divulgazione sia inadempiente.

Si tratta di disposizioni di estrema rilevanza e interesse, le quali, insieme agli artt. 9 e 17, di cui si dirà, costituiscono le principali novità dell'intervento legislativo europeo. Esse sono di primaria importanza nel realizzare concretamente una tutela giurisdizionale effettiva nonché un processo equo, in cui consentire alle parti di potersi confrontare ad armi pari. Va inoltre sottolineato che tali articoli scolpiscono un sistema di tutela minimo, derogabile *in melius* dai legislatori nazionali, come emerge dal par. 8 art. 5 in cui si afferma che “fermi restando i paragrafi 4 e 7 e l'articolo 6, il presente articolo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove”.

Principiando dall'art. 5, il legislatore europeo dispone che “(...) su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali possono ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti che rientrano nel controllo di tale soggetto, alle condizioni precisate nel presente capo. Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali possano, su richiesta del convenuto, ingiungere all'attore o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti”.

Può sostenersi che questa norma, quanto ai soggetti richiedenti, vada reinterpretata alla luce del principio di parità delle armi, ricomprendendo quindi anche il convenuto. Rispetto all'ambito oggettivo, il riferimento generico alle “prove” va inteso come riferito a quei documenti preesistenti, muniti di una propria materialità e suscettibili per tale ragione di essere oggetto di un ordine di esibizione.

A fronte dell'iniziativa di parte, la direttiva chiama in gioco il giudice, al quale si chiede di compiere una delicata valutazione prognostica volta a verificare che l'iniziativa istruttoria sia fondata su “fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno”. A corredo di tale disposto, il co. 2 specifica che l'ordine di divulgazione deve pertenerne elementi di prova

“specifici” o “rilevanti categorie di prove”, “definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base di fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata”. Con riguardo alla categoria di prove, in particolare, il Considerando n. 16 chiarisce che la descrizione in modo preciso e circoscritto avviene “attraverso il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, l’oggetto o il contenuto dei documenti di cui è richiesta la divulgazione, il periodo durante il quale sono stati redatti o altri criteri”.

Un principio centrale che deve guidare il giudice in materia di divulgazione delle prove, espressamente enunciato e concretizzato in criteri di orientamento del giudicante, è il principio di proporzionalità.

Il par. 3 dell’art. 5, infatti, espressamente stabilisce che i giudici nazionali limitano la divulgazione a quanto sia proporzionato e, a tal fine, essi devono prendere in considerazione “gli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati”, *id est* interessi meritevoli di protezione. Infatti, il principio di proporzionalità, di matrice eminentemente europea, si atteggia a criterio guida ogni qualvolta siano in gioco più interessi di segno opposto ma tutti meritevoli di protezione, sì che non si dia luogo ad una eccessiva ed ingiustificata lesione dell’uno a indebito vantaggio dell’altro ma ad una compromissione dell’uno strettamente funzionale alle ragioni dell’altro.

Per meglio guidare l’interprete, la direttiva enuncia tre criteri espressione del principio in questione; “in particolare [i giudici]: a) esaminano in quale misura 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) esaminano la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento; c) valutano se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate” (par. 3 art. 5).

In altri termini, il giudice, quando valuta la domanda di divulgazione, deve *in primis* interrogarsi sulla “plausibilità” della domanda di risarcimento (lett a) e, alla luce di tale valutazione determinarsi rispetto alla richiesta di

divulgazione. Con riguardo ad essa, in particolare, il legislatore europeo indica agli Stati membri di stabilire che i giudici tengano conto della portata e dei costi della divulgazione (lett. b), vale a dire del tempo occorrente all'individuazione del materiale richiesto ai fini dell'esibizione (si pensi alle grandi multinazionali) nonché delle risorse umane da impiegare per tale attività. Tanto anche al fine di evitare di attivare ricerche generiche che vadano fuori dal tracciato della normativa ossia quello di individuare quelle prove atte a confermare le ipotesi ricostruttive già dimostrate, sia pure in termini di plausibilità o verosimiglianza²⁰³.

L'ultimo criterio (lett. c) richiama il giudice a tenere in conto le esigenze di riservatezza dei destinatari dell'ordine di divulgazione, adottando specifiche accortezze in loro favore, specie ove si tratti di terzi, i quali sono interpellati nell'ottica di un generale dovere di collaborazione con la giustizia.

Quest'ultima disposizione consente di esaminare il par. 4, ove è disposto che "Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali dispongano del potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate ove le ritengano rilevanti ai fini delle azioni per il risarcimento del danno. Gli Stati membri provvedono affinché, allorquando ordinano la divulgazione di siffatte informazioni, i giudici nazionali dispongano di misure efficaci per tutelarle".

Dalla lettura congiunta del par. 3 lett. c e del par. 4 art. 5 emerge che l'interesse alla riservatezza del destinatario del provvedimento di divulgazione non può mai ostacolare quello del richiedente l'ordine di ostensione; della contrapposizione il giudice dovrà tener conto nel senso di procedere all'ordine impartendo modalità tali- e proporzionate- da proteggere le istanze di riserbo avanzate dal depositario della prova²⁰⁴.

²⁰³ Finocchiaro G., *La divulgazione delle prove*, in *Il dir. industriale*, 3, 2016, 228 e segg.

²⁰⁴ Chiarissimo è in tal senso il Considerando n. 18, il quale propone diverse soluzioni, talune delle quali, come si vedrà, recepite all'interno della legge di attuazione: "Seppure le prove pertinenti che contengono segreti aziendali o altre informazioni riservate dovrebbero, in linea di principio, essere disponibili nell'ambito di azioni per il risarcimento del danno, tali informazioni riservate devono essere adeguatamente protette. I giudici nazionali dovrebbero quindi avere a disposizione una serie di misure per tutelare tali informazioni riservate contro ogni divulgazione nel corso del procedimento. Tali misure possono comprendere la possibilità di non rendere visibili parti riservate di un

Va infine dato conto del par. 7, parimenti di grande rilievo nell'economia della norma tanto che, si rammenta ancora, esso, insieme al par. 4, costituisce disposizione inderogabile da parte degli Stati membri ex par. 8 art. 5.

Dispone tale norma che “Gli Stati membri provvedono affinché coloro ai quali è chiesta la divulgazione abbiano la possibilità di essere sentiti prima che il giudice nazionale ordini la divulgazione a norma del presente articolo” (par. 7 art. 5).

La norma introduce un tassello importante nel compito affidato al giudice circa l'esame della richiesta di divulgazione perché impone allo stesso di non poter prescindere a tal fine dall'acquisizione diretta delle posizioni e delle eventuali difese degli interessati. Invero, la disposizione acquista maggior pregio se si considera che i destinatari dell'ordine di divulgazione non sono soltanto le parti del giudizio, ma anche terzi estranei al processo; per tale via costoro avranno assicurata *ex lege* la possibilità di essere ascoltati dal giudice, pur restando estranei alla vicenda processuale perché non acquistano la qualità di parte.

Così ripercorso il disposto dell'art. 5, può osservarsi come il legislatore europeo abbia lasciato diversi spazi di azione agli Stati membri in sede di attuazione, richiamando concetti come la proporzionalità e la riservatezza che necessitano di puntuale specificazione in sede di recepimento, sì da evitare derive nell'incertezza e pregiudizi per terzi estranei alla lite.

Invero, la divulgazione delle prove conosce nel nostro sistema un referente affine, vale a dire l'esibizione delle prove di cui agli artt. 210- 213 c.p.c., strumento processuale di acquisizione al giudizio di prove documentali²⁰⁵; tuttavia, rispetto a quest'ultimo, l'ordine di divulgazione appare molto più ampio e articolato, poiché su di esso si gioca la “partita”

documento, condurre audizioni a porte chiuse, limitare il numero delle persone autorizzate a prendere visione delle prove e conferire ad esperti l'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Le misure che tutelano i segreti aziendali ed altre informazioni riservate non dovrebbero comunque impedire l'esercizio del diritto al risarcimento”.

²⁰⁵ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 134; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 664; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1997, 116; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2009, 249.

della effettività di tutela nei giudizi in materia antitrust²⁰⁶. In particolare, l'ordine di cui agli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att., inteso per lo più in senso restrittivo, riguarda solo un documento o altra cosa- secondo taluni, comune al richiedente e alla controparte²⁰⁷- di cui il giudice, su istanza di parte, ritenga necessaria- *id est* indispensabile²⁰⁸- l'acquisizione al processo; l'indicazione deve essere specifica così da rendere possibile al giudice l'indagine sulla rilevanza del mezzo istruttorio e, nel contempo, impedire che la parte si serva del provvedimento esibitorio a scopi meramente esplorativi, trasformandolo in uno strumento per cercare la prova a sostegno delle proprie pretese. Ai sensi dell'art. 94 disp. Att., l'istanza di esibizione deve anche contenere, quando è necessario, la prova del possesso della *res exhibenda*.

²⁰⁶ In realtà, l'art. 5 della direttiva evoca una pluralità di strumenti affini presenti nel nostro ordinamento; infatti, oltre all'art. 210 c.p.c. e all'art. 213 c.p.c. con riguardo alla richiesta di documenti alla P.A., è possibile richiamare l'art. 156 bis della l. aut. e gli artt. 121 e 121 bis del codice di proprietà industriale, non a caso anch'essi di derivazione europea a seguito dell'attuazione delle cd. Direttiva *Enforcement* del 2004. In realtà, sulla conferenza in materia di siffatti istituti da più parte si dubita, osservandosi che l'ordine di esibizione a terzi è legato, nei casi richiamati, al fatto che il terzo sia coinvolto nell'attività del responsabile. Cfr. Villa, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust*, cit., 305; Muscolo, *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 288.

²⁰⁷ Secondo parte della dottrina, l'ordine non può riferirsi a qualunque documento rilevante, ma soltanto al documento in qualche modo comune al richiedente e alla controparte nel senso di "originaria destinazione probatoria, o per legge o per il modo come è formato, del documento richiesto"; sicché si esclude che possano costituire oggetto di un ordine di esibizione documenti formati per uso proprio o privato o comunque interno (es. documento relativo a rapporti tra la controparte e un terzo). Così Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959, 153; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 252.

²⁰⁸ Non già semplice rilevanza, come nel caso dell'ammissione delle prove costituente poiché si ritiene che il legislatore ammetta il sacrificio della libertà e autonomia della parte o di un terzo solo in presenza di un'esigenza "qualificata" di acquisizione del documento. Da ciò deriva che il documento deve essere indispensabile ovvero che non sia comunque possibile acquisire *aliunde* la prova del fatto. Così la prevalente dottrina. Cfr. Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 576; Lancellotti, *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 551. Anche la giurisprudenza tende ad interpretare in senso restrittivo il requisito della necessità nei termini in cui la situazione processuale sia tale che la prova non possa essere fornita con altro mezzo di prova o in altro modo se non tramite l'esibizione.

In questo panorama, il d.lgs. 3/2017, abbandonando la dicitura di “divulgazione” e seguendo il tracciato della già nota “esibizione”, al capo II disciplina l’esibizione delle prove.

In particolare, l’art. 3, *Ordine di esibizione*, afferma che “nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, su istanza motivata della parte, contenente l’indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno e della difesa, il giudice può ordinare alle parti o al terzo l’esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità a norma delle disposizioni del presente capo” (art. 3 co. 1).

A livello sistematico, emerge la propensione del legislatore a rimanere fedele alla sua disciplina interna, optando per la creazione di uno strumento che non stravolga i tratti tipici della già nota esibizione; in questo modo, è confermata la scelta di rimettere all’iniziativa di parte la richiesta motivata di esibizione, come già ex art. 210 c.p.c. e, *in parte qua*, adottando l’approccio minimo di armonizzazione richiesto dalla direttiva²⁰⁹.

Viene dunque disposto che il giudice compia una valutazione in ordine a due aspetti della domanda di esibizione: da un lato, la ragionevole disponibilità delle prove in capo alla controparte o a terzi; dall’altro, l’idoneità dei fatti e prove di cui si chiede l’esibizione a sostenere la fondatezza della domanda di risarcimento del danno o della difesa. Su questo aspetto, la norma ripercorre una valutazione che si chiede al giudice di compiere già ai sensi dell’art. 210 c.p.c.; in particolare, ai sensi dell’art. 94 disp. att., è disposto che l’istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo contenga la specifica indicazione del documento o della cosa da esibire così da consentire al giudice di avere contezza della rilevanza o meno della prova di cui si chiede ostensione. Nel contempo, l’istanza di esibizione deve anche contenere, quando è necessario, la prova del possesso della *res*

²⁰⁹ In realtà, l’opzione di procedere d’ufficio all’ordine di esibizione non è estranea al nostro ordinamento, come emerge dall’ipotesi contemplata dall’art. 2711, 2° co. c.c. secondo il quale il giudice può ordinare, anche d’ufficio, che si esibiscano i libri per estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso e può ordinare altresì l’esibizione di singole scritture contabili, lettere, telegrammi o fatture concernenti la controversia.

exhibenda in capo al destinatario dell'ordine, la quale può essere anche di carattere presuntivo ovvero essere fornita attraverso il richiamo a risultanze istruttorie già precedentemente acquisite oppure a nozioni di comune esperienza²¹⁰.

Quando la richiesta di esibizione ex art. 3 sia tale da convincere il giudice in ordine ai due predetti profili, il co. 2 afferma che il giudice possa procedere a individuare “specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prova oggetto della richiesta dell’ordine di esibizione”.

Dal confronto con la disciplina dell’art. 210 c.p.c., appare più ampio l’ambito operativo della norma in parola, specie laddove si ammette il giudice ad ordinare l’esibizione di “rilevanti categorie di prove”, per la cui individuazione il legislatore dell’attuazione fa mera trasposizione dei criteri suggeriti nel Considerando 16° di cui alla Direttiva. Ed infatti, la seconda parte del co. 2 specifica che la categoria di prove è individuata con riguardo alle caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi quali la natura, l’oggetto, il contenuto dei documenti di cui si chiede esibizione nonché il periodo durante il quale sono stati redatti. Il riferimento a categorie di prove, tuttavia, non costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento, se si pone mente al già citato art. 2711 co. 2 c.c. in cui si fa riferimento alla esibizione di libri di commercio, *ergo* ad una categoria di prove.

Il “cuore” dell’intera valutazione che si richiede al giudice è tuttavia contenuto nel delicato equilibrio da un lato, tra esibizione e la sua stretta funzionalità alla decisione e, dall’altro, tra esibizione e tutela delle ragioni dei depositari delle prove.

Riproponendo la soluzione contenuta nella direttiva, il nostro legislatore ha previsto che il giudice deve innanzi tutto interrogarsi sulla rilevanza specifica che le prove di cui si chiede esibizione esplichino sulla domanda risarcitoria (co. 3 lett a). Su questa premessa, egli è tenuto ad esaminare portata e costi dell’esibizione, con particolare riguardo alla posizione dei terzi interessati (co. 3 lett b). Infine, deve interrogarsi sul carattere riservato delle

²¹⁰ Sul punto la giurisprudenza è alquanto rigorosa nel richiedere la certezza dell’esistenza del documento di cui si chiede l’esibizione e la prova del possesso della documentazione richiesta in capo al destinatario dell’ordine.

informazioni che si vogliono apprendere, adottando all'uopo specifici accorgimenti (co. 3 lett c).

Su quest'ultimo punto, il comma 4 dispone che “quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali 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 ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali”.

La soluzione resa dal legislatore si presta a diverse considerazioni, suscitate ancora una volta dal raffronto con l'art. 210 c.p.c. il quale, inevitabilmente, funge da parametro per saggiare l'innovatività del neo introdotto strumento processuale.

In primo luogo, la lett. b del terzo comma introduce un aspetto peculiare e nuovo rispetto all'ordinaria esibizione codicistica perché, a mente dell'art. 210 co. 3, se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere anticipata dalla parte che ha proposto l'istanza di esibizione. Diversamente, la nuova normativa prevede che della portata e dei costi dell'esibizione, soprattutto quelli prospettati a carico dei terzi destinatari dell'ordine, il giudice debba tener conto nello stesso giudizio di proporzionalità dell'esibizione rispetto alla decisione. In altri termini, dalla lettura della norma di nuovo conio sembra che il giudice possa giungere finanche ad escludere la richiesta di esibizione se dalla stessa derivino costi eccessivi, *rectius* sproporzionati con riguardo alla decisione. Questa soluzione non trova riscontro nell'esibizione ordinaria: lì piuttosto si ritiene che la mancata anticipazione delle spese da parte del richiedente valga ad esimere il possessore del documento dall'obbligo di esibirlo²¹¹, nella logica della decadenza di cui all'art. 208 c.p.c.

²¹¹ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 135; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1992, 371.

In secondo luogo, con riguardo alla riservatezza del documento, in sede di attuazione, il legislatore ha fatto capo alle indicazioni contenute nel Considerando 18°, indicando al giudice talune modalità per dar corso alle esigenze di riservatezza del depositario della prova.

Sul punto, specularmente, giova sottolineare che il richiamo compiuto dall'art. 210 c.p.c. alla disciplina dell'art. 118 c.p.c. consente di ritenere che l'ordine di esibizione sia soggetto agli stessi limiti di ammissibilità previsti dal legislatore per l'ordine di ispezione e cioè a condizione che possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo e senza costringerli a violare un segreto professionale, d'ufficio o di Stato di cui agli artt. 351, 352 del vecchio c.p.p., ora artt. 200-202 del nuovo c.p.p.²¹². Il “grave danno” di cui si discorre nell'art. 118 c.p.c. è in genere individuato proprio nella lesione del diritto alla riservatezza che può discendere dalla pubblicazione di fatti di carattere strettamente personale che i soggetti hanno interesse a mantenere riservati, nonché dalla rivelazione e divulgazione di segreti d'azienda o di metodi industriali²¹³. A questo proposito va considerato che ai sensi dell'art. 210, 2° co., l'ordinanza deve contenere anche le opportune indicazioni relative al tempo, al luogo e al modo dell'esibizione. Per quel che qui rileva, la discrezionalità del giudice verterà proprio sulla determinazione delle modalità di ispezione- e della esibizione- tali da garantire la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti²¹⁴.

Una disposizione importante che fa da sfondo a tali regole è quella di cui al co. 5, secondo il quale la parte o il terzo cui è rivolta l'istanza di esibizione hanno diritto di essere sentiti prima che il giudice provveda all'ordine di esibizione.

²¹² Si ritiene che tale indicazione sia tassativa, con la conseguenza che tale limite non possa ritenersi esteso né all'obbligo del segreto derivante da leggi e/o convenzioni riguardanti soggetti esercenti professioni diverse da quelle previste dalle norme penali richiamate, né al segreto bancario. Al riguardo, in dottrina si vedano Trisorio Liuzzi, *Ispezione nel processo civile*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, 192; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, 437. Nello stesso senso la giurisprudenza con riguardo al segreto bancario: Cass. civ., I, 7 agosto 1990 n. 7953 in Mass. Giur. it., 1990; App. Milano, 22 luglio 1997 in Giust. civ., 1998, I, 246.

²¹³ Balena, *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *EG*, XVII, Roma, 1989, 222; Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., 577.

²¹⁴ Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., 577.

Questa norma introduce un aspetto interessante con riguardo al principio del contraddittorio, non tanto nei confronti delle parti, quanto dei terzi. Qui viene in gioco l'art. 211 c.p.c. riferito specificatamente alla tutela dei diritti dei terzi in relazione all'esibizione di prove in loro possesso, il quale mostra minore decisività rispetto alla disposizione di matrice europea. Ed infatti, se la prima impone al giudice di procedere sull'istanza istruttoria solo dopo aver acquisito le posizioni e le eventuali difese degli interessati, l'art. 211 c.p.c. stabilisce che il giudice debba sì cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia con il rispetto dei diritti del terzo ma a questo fine è rimessa alla sua piena discrezionalità l'opportunità di convocare preventivamente il terzo per ascoltare le sue ragioni sul merito della richiesta²¹⁵. Nessun diritto del terzo sussiste prima dell'assunzione del provvedimento da parte del giudice; di contro, il co. 2 del medesimo articolo afferma che qualora non sia stato citato in giudizio, il terzo può comunque fare opposizione all'ordine di esibizione, intervenendo spontaneamente nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli per l'esibizione.

Sotto tale profilo, dunque, opportunamente il legislatore in materia antitrust ha reso più pregnante il coinvolgimento del terzo, attesi gli interessi in gioco e soprattutto, la decisività delle acquisizioni in giudizio di *res* nell'altrui possesso.

La valorizzazione del principio del contraddittorio è peraltro di estremo rilievo se si tiene conto delle conseguenze cui dà luogo il contegno di inottemperanza della parte o del terzo rispetto all'ordine di esibizione.

Sul punto il legislatore, nel dar corso alla richiesta del legislatore europeo di disporre sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive per l'ipotesi di inadempimento alla divulgazione, ha elaborato una normativa stringente e di assoluta novità se si tiene conto del fatto che l'inosservanza agli ordini di esibizione non è espressamente stigmatizzata nel codice di rito.

²¹⁵ In questo caso egli dispone che la parte istante provveda a citare il terzo in giudizio entro un termine la cui inosservanza comporta la decadenza dal diritto all'esibizione, se eccetta dalla controparte interessata. Si veda Massari, *Esibizione delle prove*, in *NN.D.I.*, VI, Torino, 1960, pag. 845 e segg.

La norma è di estremo interesse e si segnala per la sua portata spiccatamente dissuasiva rispetto a condotte inadempienti, le quali espongono al serio rischio di intaccare l'effettività dei rimedi escogitati dal legislatore europeo. Tale *ratio* è alla base di una disciplina sanzionatoria costruita intorno a tre capisaldi: a) comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie da euro 15.000 a euro 150.000 a favore dello Stato (Cassa delle ammende); b) eventuale responsabilità penale ove la condotta sia sussumibile nelle pertinenti fattispecie incriminatrici; c) il giudice può assumere come provato il fatto al quale la prova si riferisce.

In particolare, è espressamente disposto che in caso di inadempimento o rifiuto ingiustificato di rispettare l'ordine di esibizione ovvero di distruzione delle prove rilevanti ai fini del giudizio risarcitorio, il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria nei limiti fissati dal legislatore e, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce. Resta ferma la possibilità di procedere penalmente ove la distruzione delle prove assurga a comportamento penalmente rilevante ai sensi della normativa penale. Inoltre, il giudice commina apposta sanzione amministrativa pecuniaria anche nell'ipotesi in cui la parte o il terzo non rispettano o rifiutano di rispettare gli obblighi imposti dal giudice a tutela di informazioni riservate nonché, nel caso di prove ottenute grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante, quando la parte superi i limiti di legge stabiliti all'art. 5, con l'ulteriore conseguenza che qui il giudice ha la facoltà di respingere in tutto o in parte le domande e le eccezioni alle quali le prove si riferiscono.

La portata della disposizione in parola si coglie in tutta la sua innovatività se si considera che l'art. 210 c.p.c. tace in ordine alle conseguenze dell'inottemperanza all'ordinanza del giudice.

Invero, la dottrina prevalente²¹⁶, al fine di scongiurare l'ineffettività del rimedio in assenza di conseguenze sanzionatorie, ritiene che dal

²¹⁶ Minoritaria è l'opinione di chi sostiene che dal silenzio del legislatore sul punto non possa che desumersi la mancanza di qualsiasi sanzione, fatta salva l'azione di risarcimento del danno a favore dell'istante che non riesca ad ottenere l'esibizione e che quindi, in mancanza di altre prove, soccomba; così Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 161.

comportamento inerte della parte richiedente dell'esibizione il giudice possa trarre argomenti di prova applicando analogicamente l'art. 118 c.p.c.²¹⁷ ovvero, e in tal senso si esprime consolidata giurisprudenza, ex art. 116, co. 2 c.p.c.²¹⁸. Per altra impostazione²¹⁹, invece, l'inadempimento del provvedimento esibitorio può essere sostanzialmente equiparato al rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale (art. 232 co. 1 c.p.c.), consentendo così al giudice di «ritenere come ammessi i fatti dedotti».

Più complessa è l'individuazione delle conseguenze che possono prospettarsi a carico del terzo inadempiente; qui la dottrina si divide tra un'impostazione prevalente, secondo cui va esclusa la possibilità di estendere al terzo la pena pecuniaria prevista a suo carico dall'art. 118 per il caso di mancata esecuzione dell'ordine di ispezione - che va da un minimo di euro 250 ad un massimo di euro 1.500 -, ritenendo che l'art. 210 non richiami questo specifico aspetto della disciplina dell'ispezione²²⁰ e l'opinione contraria²²¹. Compatta, invece, sono dottrina e giurisprudenza nel ritenere che il provvedimento esibitorio, in quanto avente la forma di ordinanza istruttoria, non sia suscettibile di esecuzione forzata, mancando una norma che gli attribuisca qualità di titolo esecutivo ai sensi del tassativo disposto dell'art. 474²²².

Ad ogni modo, proprio a fronte del grave *vulnus* che si rinviene nella disciplina generale in materia di esibizione e delle difficoltà di dottrina e

²¹⁷ Lancellotti, *Esibizione di prove e sequestri*, cit., 553.

²¹⁸ Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 54-55; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 680; Comoglio, *Le prove civili*, cit., 406. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 13 agosto 2004 n. 15768 in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass. Civ., 11 agosto 2004 n. 15554 in *Mass. Giur. it.*, 2004.

²¹⁹ Sparano, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961, 435; Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 269 e segg.

²²⁰ La China, *Esibizione delle prove*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 709; Comoglio, *Le prove*, cit., 784; Massari, *Esibizione delle prove*, cit., 844; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto*, cit., 679; Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit., 55

²²¹ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 134; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 371

²²² Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto*, cit., 678; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 135; La China, *L'esibizione*, cit., 285; Lancellotti, *Esibizione di prove e sequestri*, cit. 553; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 162.

giurisprudenza nell'individuare conseguenze afflittive per l'inadempiente al provvedimento istruttorio, non v'è dubbio che l'art. 6 si presenti come una norma da accogliere con positivo giudizio; tuttavia, la settorialità dell'intervento non può che ridimensionare da subito gli "entusiasmi": ancora una volta, l'impressione è che il legislatore abbia perso una buona occasione per "correggere il tiro" nell'ambito della – spuntata- disciplina generale di cui agli artt. 210 e segg.

3.2.1 Segue. La divulgazione/esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza

L'art. 6 della direttiva 104 chiede agli Stati membri di dedicare apposita disciplina, seguendo le disposizioni minime in esso indicate, per l'ipotesi in cui la divulgazione riguardi prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

Come risulta confermato dal Considerando n. 15, la divulgazione di prove in possesso di un'autorità garante rientra nel *genus* dei provvedimenti di divulgazione di cui all'art. 5 e, in specie, di quelli rivolti a terzi. Tanto emerge con evidenza anche dal primo paragrafo dell'art. 6, ove espressamente si fa salva l'applicazione generale della norma in tema di divulgazione, completata dalle regole peculiari di cui alla disposizione in esame.

Sempre in via preliminare, il par. 2 chiarisce che la divulgazione *ope iudicis* "non pregiudica le norme e prassi in materia di accesso del pubblico ai documenti previste dal regolamento (CE) n. 1049/2001", - cd. "regolamento trasparenza", relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Pertanto, l'acquisizione dei documenti di cui al fascicolo delle autorità garanti può avvenire in ambo i modi, divulgazione o accesso amministrativo al fascicolo. Inoltre, sono parimenti fatte salve le norme e prassi previste dal diritto dell'Unione o nazionale sulla protezione dei documenti interni delle autorità garanti della concorrenza e della corrispondenza fra tali autorità.

Tanto posto, la necessità di forgiare una speciale- ed equilibrata- disciplina con riguardo al materiale in possesso di un'autorità garante della

concorrenza deriva dal fatto che qui la divulgazione delle prove può compromettere l'efficace esercizio dell'azione pubblica dell'autorità garante²²³. Il problema più vistoso si pone rispetto alle prove acquisite dall'autorità nell'ambito di programmi di clemenza: in questi casi, infatti, l'impresa partecipante al *leniency programme* trasmette informazioni a corredo della sua domanda all'autorità relative all'illecito commesso. La possibilità da parte del danneggiato di acquisire tali informazioni, se rende più effettiva la tutela risarcitoria di quest'ultimo, pregiudica tuttavia la posizione dell'impresa partecipante, la quale verrebbe a trovarsi in una condizione peggiore rispetto alle altre imprese concorrenti nel medesimo illecito antitrust ma non partecipanti al programma. L'effetto, dunque, sarebbe quello di disincentivare notevolmente il ricorso a tale strumento, in contrasto con la funzione deterrente che si suole attribuirgli e che da più parti viene sollecitata²²⁴.

La soluzione ad esigenze così opposte ma parimenti da perseguire non può che essere di compromesso ed ispirata ai principi di proporzionalità ed equilibrio, nei limiti di un non accettabile sacrificio del *public enforcement antitrust*. Questa sembra essere la linea scelta dal legislatore europeo, come emerge dalla tipizzazione di tre categorie di prove: prove inammissibili (cd. *black list*), ammissibili a certe condizioni (cd. *grey list*), ammissibili *tout court* (cd. *white list*).

La categoria più discussa è quella concernente il divieto di divulgazione degli atti di cui alla *black list*, indicati nel par. 6 dell'art. 6. Ivi infatti è disposto che i giudici non possono mai ordinare a una parte o a un terzo di divulgare dichiarazioni legate a un programma di clemenza²²⁵ o proposte di transazione.

²²³ Considerando n. 23 della direttiva, ove è segnalato il rischio che dalla divulgazione delle prove possa risultare compromessa la strategia d'indagine di un'autorità garante della concorrenza rivelando quali documenti facciano parte del fascicolo ovvero possa derivare "un effetto negativo sul modo in cui le imprese cooperano con le autorità di concorrenza".

²²⁴ Ghezzi, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. mercati*, 2002, 229 e segg.; Pardolesi, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mer. conc. Reg.*, 2011, 436 e segg.

²²⁵ L'art. 2 n. 16 chiarisce che per dichiarazione legata a un programma di clemenza s'intende "una 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

Nel contempo, il par. 2 del successivo art. 7²²⁶ richiama gli Stati membri a prevedere che le prove di cui alla *black list* siano ritenute inammissibili nelle azioni per il risarcimento del danno o “siano altrimenti protette secondo le norme nazionali applicabili per garantire la piena efficacia dei limiti relativi alla divulgazione delle prove di cui all’art. 6”.

Il disposto più interessante attiene proprio ai programmi di clemenza, già segnalati come profilo più delicato dell’intera disciplina in materia di divulgazione.

Dal tenore delle norme introdotte nella direttiva, pare che il legislatore europeo si sia affrancato dalla soluzione giurisprudenziale che la Corte di Giustizia aveva sostenuto quando si è trovata dinanzi al tema della *disclosure* di informazioni attinenti programmi di clemenza; in particolare, secondo i giudici europei, in tali casi dovrebbe procedersi non già con un secco diniego di accesso, ma occorrerebbe una ponderata decisione caso per caso da parte dei giudici nazionali sulla base del diritto nazionale e dei principi generali dell’Unione europea²²⁷.

La scelta di attribuire preponderanza al *public enforcement antitrust* negando l’accesso a tali prove ai fini risarcitori è salutata con favore da taluni, aspramente criticata da altri. Invero, parte della dottrina ha sostenuto come l’art. 6 par. 6 contrasti con lo spirito di fondo della direttiva, minando l’effettività del *private enforcement* proprio con riguardo ad una fattispecie particolarmente difficile da provare e depotenziando il ruolo complementare della tutela giurisdizionale²²⁸. Per tali motivi, forse sarebbe stato più

da essa 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”. Pertanto, nell’ambito della *black list* cade non ogni documentazione prodotta dal *leniency applicant*, ma solo le sue dichiarazioni come sopra definite.

²²⁶ L’art. 7 concerne i limiti nell’uso delle prove ottenute solo grazie all’accesso al fascicolo di un’autorità garante della concorrenza.

²²⁷ C. giust., 14 giugno 2011, C- 360/09, Pfeiderer AG contro Bundeskartellamt; C. giust. 6 giugno 2013, C-536/11, Donau Chemie e altri.

²²⁸ Iannuccelli P., *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Conc. Mercato*, 2014, 98 e segg.; Montanari, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella Direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Conc. Mercato*, 2014, 136.

opportuno seguire la strada segnalata dalla giurisprudenza, rimettendo al giudice soluzioni compromissorie da rendere caso per caso e bandendo soluzioni aprioristiche.

Di contro, altra parte della dottrina ha ritenuto opportuna la scelta compiuta dal legislatore della direttiva; si sostiene, infatti, che il divieto di accesso alle dichiarazioni del *leniency applicant* valga a preservare il rapporto collaborativo tra autorità e giudici nazionali poiché, proprio in un'ottica collaborativa, è necessario attendere che l'autorità di controllo chiuda il procedimento di propria competenza prima di anticiparne gli esiti in sede giudiziaria²²⁹. Nel contempo, tale soluzione vale a scongiurare fenomeni di *forum shopping* a cui invece si esporrebbe la diversa opzione segnalata dalla Corte di Giustizia.

Appartengono invece alla cd. *grey list* e sono dunque oggetto di *disclosure* solo dopo che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il suo procedimento con una decisione o in altro modo: a) le informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) le informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) le proposte di transazione che sono state ritirate.

Tali categorie di informazioni ricevono una tutela solo "temporanea", poiché l'accesso alle stesse è inammissibile nel tempo in cui il procedimento condotto dall'autorità sia ancora pendente (art. 7 par. 2); essi diventeranno accessibili solo al momento della chiusura dello stesso.

Fuori da queste ipotesi (*black list* e *grey list*), gli altri documenti inclusi nel fascicolo dell'autorità possono essere divulgati in ogni momento.

Vale in ogni caso precisare che la delicatezza degli interessi in gioco impone un giudizio di proporzionalità più incisivo rispetto a quello richiesto dall'art. 5 della direttiva, all'esito del quale può disporsi l'inammissibilità, totale o parziale, dell'iniziativa istruttoria. In tal senso, si impone al giudice di

²²⁹ 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*, cit., 247; Cassinis, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto impr. Europa*, 2006, 719 e segg.

verificare, oltre alla imprescindibilità dell'istanza rispetto all'azione risarcitoria proposta (art. 6, par. 4 lett.b), la sua specificità, si da evitare richieste dalle finalità meramente esplorative (par. 4 lett. a); infine, nel senso di non pregiudicare l'efficacia del *public enforcement antitrust*, si richiede ai giudici nazionali di considerare "con riferimento ai paragrafi 5 e 10, o su richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del paragrafo 11, se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza".

In ultimo, la direttiva chiede agli Stati membri di consentire all'autorità antitrust che ha emesso la decisione su cui è basata l'azione di danno di poter presentare, anche d'ufficio, le proprie osservazioni al giudice nazionale cui è richiesto l'ordine di divulgazione.

In sede di attuazione, il legislatore italiano ha regolato l'esibizione delle prove contenute nei fascicoli delle autorità di concorrenza all'art. 4, riproponendo, a mente della direttiva, la distinzione tra *black list*, *grey list* e *white list*. Nel rispetto dei limiti derivanti dalla ricomprensione delle prove nell'una o nell'altra categoria, viene ribadito espressamente il principio cardine della sussidiarietà dell'accesso al mezzo di prova poiché ad esso si dà luogo solo quando né le parti né i terzi siano ragionevolmente in grado di fornire tale prova.

Per lo più, il d. lgs. 3/2017 si pone come riproposizione delle disposizioni contenute nella direttiva, salvo taluni aspetti aggiuntivi. In particolare, una prima divergenza si pone con riguardo alla *black list*. Sul punto, il co. 5 dispone che in ogni caso, l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di programma di clemenza e proposta di transazione.

Al fine di compiere tale accertamento, è prevista l'eventuale apertura di un sub procedimento in cui gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti, mentre in nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando, all'esito di tale accertamento, il giudice conclude che il contenuto delle prove non

corrisponde alle suddette definizioni, ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6.

In questo senso, più che di temperamento²³⁰, trattasi di un procedimento volto a fare chiarezza sulla reale natura dei documenti di cui si chiede ostensione, posto che, nel caso in cui il giudice ne ravvisi la riconduzione alle definizioni di cui all'art. 2 lettere n) e p) in nessun caso sarà disposto l'accesso.

Una specificazione in più è prevista con riguardo alla facoltà della autorità garante di fornire il proprio parere sulla proporzionalità delle richieste di esibizione di atti nella sua disponibilità. Al fine di consentire all'autorità garante della concorrenza di esercitare tale facoltà, il giudice informa la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile. In questo modo, si garantisce la conoscibilità in capo alle parti e la possibilità che esse formino oggetto del contraddittorio.

Absoluta novità della norma, non prevista dalla direttiva, è la facoltà riconosciuta al giudice di sospendere il processo laddove sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza; qui il giudice può sospendere il giudizio dinanzi a sé pendente fino alla chiusura del predetto procedimento quando risulti necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Tale causa di sospensione vale dunque a coordinare *public* e *private enforcement*, in un'ottica di compromesso tra le ragioni sottese, seguendo per questa via lo spirito della direttiva.

La disciplina così tracciata, a livello sistematico, consente, da un lato, di distinguere in maniera netta l'esibizione in parola dall'art. 213 c.p.c., Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione; per altro verso, induce ad una serie di riflessioni in relazione ai concreti meccanismi di operatività della macchina processuale.

²³⁰ In questi termini la relazione illustrativa dello schema di decreto di attuazione della direttiva.

Invero, dal raffronto con l'art. 213 c.p.c. emerge chiaramente la differenza tra i due istituti; in primo luogo, l'esibizione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza richiede l'istanza di parte, diversamente dall'attivazione *ex officio* di cui all'art. 213 c.p.c.²³¹. Inoltre, e più in generale, l'art. 4 è una *species* della esibizione nei confronti di un terzo, soggetto pubblico, il quale ha l'ulteriore facoltà di esprimersi in ordine alla proporzionalità della richiesta di esibizione in un rapporto di collaborazione con il giudice del processo risarcitorio.

Con riferimento invece alla concreta operatività di tale istituto nel contesto del processo, la normativa in esame non detta alcuna disposizione di raccordo con il sistema delle preclusioni processuali; pertanto, trattandosi di mezzi di prova di un fatto, tali richieste seguiranno la scansione temporale dettata dall'art. 183 c.p.c. e art. 153 c.p.c.

Proprio sotto questo aspetto si coglie il vero problema- che taluno già ha segnalato²³², sotteso all'intera disciplina: gli strumenti di esibizione, se soccorrono il danneggiato in ordine alle difficoltà probatorie in cui egli notoriamente incorre, non risolvono a monte l'aspetto più controverso, costituito dall'asimmetria informativa poiché per chiedere l'esibizione occorre sapere esattamente di quali documenti si ha bisogno. Da qui l'*empasse*: l'attore deve dunque formulare la propria richiesta di esibizione con le memorie ex.

²³¹ Proprio l'esperibilità d'ufficio ha consentito alla dottrina di sostenere che l'art. 213 introduca uno strumento probatorio diverso dall'esibizione di cui all'art. 210, disposta solo su istanza di parte ed applicabile sia nei confronti della pubblica amministrazione (parte in causa o terzo) sia nei confronti di qualsiasi altro soggetto. Cfr. La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., 229; Mandrioli, cit., 253. Per la tesi -prevalente- secondo cui vi è un rapporto di contrapposizione fra i due istituti in forza del quale l'utilizzazione della richiesta di informazioni è ammessa solo quando non sia possibile ricorrere all'esibizione, si veda Barone, *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 2; Giardini, *Informazioni della p.a. e convincimento del giudice*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, 1150; Taruffo, *Le prove*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1989, 1086; Satta, cit., 165; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 139. Per la tesi della cumulabilità dei mezzi istruttori si vedano Luiso, *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 490; Graziosi, *L'esibizione istruttoria*, cit., 397 e segg.

²³² Negri M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza II*, Torino, 2006, 340; Id., *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int Lis't*, 2014, 72 e segg.; Osti C., *Un approccio programmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Conc. e mercato*, 2014, 293 e segg.

art. 183, comma sesto, c.p.c. in un momento in cui presumibilmente non è ancora entrato in possesso dell'indice del fascicolo istruttorio; nel contempo, la carenza nella richiesta della esatta indicazione dei documenti di cui si chiede ostensione determina l'inammissibilità dell'istanza.

E' chiaro dunque che l'attore dovrebbe poter entrare in possesso dell'indice del fascicolo istruttorio prima della sua formulazione. Stando così le cose, l'attore dovrebbe valutare se, prima di iniziare l'azione di danno, non sia opportuno effettuare un accesso agli atti amministrativi chiedendo all'AGCM copia dell'indice del fascicolo istruttorio.

3.3 L'art. 9. Le azioni *follow on* e il carattere vincolante del provvedimento dell'autorità garante della concorrenza

Un aspetto centrale della normativa europea in tema di azioni *follow on* è costituito dalla affermata vincolatività *ex lege* della decisione di accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità antitrust nel giudizio civile per il risarcimento del danno.

La norma che se ne occupa è l'art. 9 par. 1, in cui si dispone che "Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza".

In realtà, la portata innovativa di questa previsione non si coglie tanto sul piano della normativa europea, dal momento che *in parte qua* la direttiva 104 costituisce l'apice di una evoluzione in materia in atto già da tempo. Infatti, tale norma è perfettamente speculare all'art. 16 del Reg. n. 1/2003 secondo cui è fatto divieto per il giudice nazionale di emettere decisioni in contrasto con quelle della Commissione, oltre alla possibilità di sospensione del giudizio civile. L'art. 16 è la codificazione di un compatto indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia secondo cui occorre evitare- *rectius*

vietare- che in ambito nazionale i giudici civili emettano decisioni il cui contenuto si ponga in contrasto con quelle adottate dalla Commissione²³³.

In realtà, oltre a questi precedenti, la direttiva è stata altresì anticipata, sotto tale aspetto, dal Libro Bianco, in cui, al fine di fare applicazione coerente del Trattato da parte dei diversi organismi nazionali e nel senso di rendere più efficaci ed efficienti le azioni per il risarcimento del danno, si proponeva di attribuire anche alle decisioni delle autorità nazionali a presidio della concorrenza valore di “prova inconfutabile” dell’illecito accertato nella causa civile per danni.

Già il disposto di cui all’art. 16 Reg. 1/2003 ha sollevato una molteplicità di opinioni critiche da parte della dottrina; secondo taluni, infatti, l’imposizione di un siffatto vincolo per il giudice nazionale si pone in aperto contrasto gli artt. 101 co. 2 e 102 Cost., nonché con il principio del contraddittorio²³⁴. Tuttavia, per altra opinione, la sottoposizione del giudice alla sola legge non trova deroghe in questo caso, poiché la decisione della Commissione s’impone al giudice per il tramite dello stesso Regolamento quale norma in bianco, mutuando la “forza” vincolante propria della legge²³⁵.

Con l’emanazione della direttiva, le critiche si sono fatte ancora più serrate, specie se si tiene conto del fatto che il tema della rilevanza del provvedimento dell’autorità antitrust nazionale nel giudizio civile deve confrontarsi, più in generale, con l’ampio dibattito in ordine al rilievo che il provvedimento amministrativo assume dinanzi ad un giudice; l’analisi, poi, deve estendersi fino a soppesare la valenza del giudicato amministrativo di rigetto, dal momento che la direttiva impone agli Stati membri di vincolare il giudice civile anche alla sentenza definitiva del giudice amministrativo che confermi il provvedimento di condanna emesso dall’autorità garante.

Nel nostro ordinamento, come già visto (cap. 2), la giurisprudenza civile tende a considerare il provvedimento dell’autorità garante della concorrenza

²³³ C. Giust. UE 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.* 1991, I, 935; C. Giust. UE 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, in *Foro it.* 2001, IV, c. 209 ss.

²³⁴ Si veda R. Rordof, *Il ruolo del giudice e quello dell’Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le società*, 2014, 784 ss.

²³⁵ Fattori, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova 2007, sub art. 16 Regolamento n. 1/2003.

nonché le decisioni del giudice amministrativo del ricorso come “prova privilegiata” in relazione alla sussistenza della condotta vietata; questa giurisprudenza, dunque, sistema gli interessi in contesa ammettendo il convenuto a fornire prova contraria e, nel contempo, limitando la *relevatio ab onere probandi* in capo all’attore con riguardo soltanto ad alcuni aspetti (ad esclusione del nesso di causalità e del danno patito)²³⁶.

In questo senso, dunque, la tendenza di fondo è considerare in maniera autonoma il doppio binario di *antitrust enforcement*²³⁷, tendenza che si deve ad una concezione che assume il processo quale paradigma per saggiare l’idoneità del provvedimento amministrativo ad esplicare effetti vincolanti- di accertamento- in un giudizio. Da questo approccio, infatti, che tende a valorizzare il deficit delle garanzie come invece attese nel processo, non può che derivare una assimilazione del provvedimento antitrust alle prove- e non oltre.

In realtà, che il provvedimento amministrativo non possa dispiegare un effetto di accertamento in ordine ai fatti oggetto di valutazione è considerazione di recente criticata, principiando dall’osservazione che dal carattere precettivo del provvedimento discende che esso abbia in sé *in primis* portata decisoria di un caso concreto, producendo perciò un effetto- minimo- dichiarativo, relativo “alla attestazione della esistenza e consistenza (materiale)

²³⁶ Si rammenta che la tendenziale autonomia che si accorda ai sistemi di *public* e *private enforcement* attiene alle intese e agli abusi di posizione dominante; qui le sanzioni della nullità e del divieto operano senza la mediazione “costitutiva” di un provvedimento amministrativo, di talché i privati avrebbero la facoltà di adire direttamente il giudice ordinario senza attendere il provvedimento dell’Agcm e comunque, senza che esso sia vincolante nel giudizio civile. Diversa soluzione si rende, invece, per quelle fattispecie che abbisognano di una autorizzazione in deroga da parte dell’autorità garante. In questi casi, infatti, si ritiene che il provvedimento reso dall’Agcm sia di natura costitutiva, sicché l’eventuale sua illegittimità deve essere fatta valere attraverso l’ordinario esperimento dell’azione caducatoria dinanzi al giudice amministrativo in modo da poter poi agire per il risarcimento del danno. Così Romajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 409.

²³⁷ Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pag.262 e segg; 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*, in Rossi Dal Pozzo- Nascimbene, *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 13 e segg.

e della rilevanza (giuridica) dei fatti nel senso della loro finale corrispondenza alla fattispecie normativa astratta”²³⁸.

Questa considerazione, che vale per ogni provvedimento amministrativo, vale vieppiù per i provvedimenti di pertinenza dell’Agcm, alla luce delle peculiarità degli stessi. La discrezionalità tecnica che li contraddistingue, propria di un soggetto pubblico che ha ragion d’essere per le sue cognizioni specialistiche e una posizione di indipendenza e autonomia uniche nel panorama dell’organizzazione amministrativa, fa sì che tali provvedimenti possano essere riguardati come contenenti accertamenti demandati eccezionalmente a soggetti diversi dal giudice. Questa ricostruzione prende le mosse dalla constatazione che nel nostro ordinamento, il detentore originario del potere sanzionatorio è, di regola, il giudice ordinario, come emerge chiaramente anche dalla legge 689/’88. L’attribuzione di questo potere ad un’autorità amministrativa, fuori le ipotesi di sanzioni ripristinatorie, si giustifica in forza dell’accertamento estremamente tecnico che, in materia antitrust, la fattispecie sanzionatoria richiede di compiere e che, pertanto, meglio può essere svolto dall’autorità che ne ha le specifiche cognizioni. L’attrazione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in ordine a tali provvedimenti conferma l’eccentricità del potere di queste autorità, il quale non si riespande in capo al giudice ordinario ma soggiace al vaglio del giudice amministrativo, giudice “del potere altrui”.

E’ nota, poi, l’evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale in ordine all’intensità del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti avvinti da discrezionalità tecnica: fuori dall’ “equivoco storico” per cui essa soggiaccia agli stessi limiti di cognizione della discrezionalità amministrativa, non si dubita ormai del fatto che la discrezionalità tecnica è altro dalla discrezionalità pura e si connota per la sola opinabilità del risultato che discende da un processo valutativo compiuto dalla PA mediante applicazione di scienze non esatte. L’opinabilità del risultato, poi, non vale ad escludere un sindacato pieno sul provvedimento in esame: trattandosi di applicazione di regole scientifiche, il giudice, avvalendosi di un consulente tecnico, ben può

²³⁸ Monteduro M., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012, 122 e 123. Si veda anche Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 126 e segg.

ripercorrere l'iter logico compiuto dalla PA onde verificarne la correttezza. Se il risultato cui è giunta l'Amministrazione, alla luce del ripercorso iter valutativo, è erroneo, il giudice potrà certamente caducare quel provvedimento. A tanto non può spingersi, invece, allorché la soluzione amministrativa faccia buon uso del parametro valutativo ma approdi ad un risultato opinabile: in questa ipotesi, anche se il giudice disapprovasse quel riscontro -pure rientrante nel ventaglio delle soluzioni possibili applicando quella regola inesatta-, non potrebbe mai sostituire la propria valutazione a quella della PA.

Peraltro, per quel che qui interessa, va rilevato come la stessa giurisprudenza abbia chiarito che l'asimmetria di garanzie esistente tra procedimento amministrativo e processo trova un giusto riequilibrio proprio nella eventuale fase contenziosa: la possibilità di ricorso avverso quel provvedimento, reso effettivo da un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo, vale a garantire i destinatari del provvedimento sanzionatorio rispetto ad una tutela non decurtata ma piena. Se così è, non vi sarebbero ostacoli a ritenere vincolante tale provvedimento in un giudizio civile, del caso risarcitorio.

Queste considerazioni valgono con riguardo all'efficacia del provvedimento amministrativo. Merita tuttavia prendere in esame anche l'altra ipotesi enunciata dalla direttiva e cioè l'efficacia vincolante del giudicato amministrativo.

Va dato subito conto del fatto che la stessa dottrina è nettamente divisa sul punto. Questa divergenza di opinioni, in realtà, riflette quella già esistente in via generale in ordine alla consistenza delle sentenze di rigetto del giudice amministrativo, su cui la dottrina e giurisprudenza di settore si confrontano da tempo.

In particolare, in materia antitrust, una parte della dottrina ritiene che l'accertamento del giudice amministrativo sottrae al giudice civile il potere di conoscere incidentalmente del provvedimento antitrust rilevante e anzi, lo obbligherebbe a conformarsi a quel giudicato cui consegue l'eliminazione

ovvero la stabilizzazione di quel provvedimento amministrativo²³⁹. Di contro, altra parte della dottrina sostiene invece che l'accertamento amministrativo e il relativo giudicato restino del tutto irrilevanti al fine della decisione del giudizio civile²⁴⁰.

Invero, questa seconda opinione è in linea con quella ricostruzione tradizionale che, più in generale, esclude che sulla sentenza di rigetto possa formarsi il giudicato sostanziale, dal momento che la sentenza non produce effetti modificativi o innovativi rispetto al precedente assetto dei rapporti sostanziali²⁴¹, ma vale solo a rendere fermi gli effetti la cui fonte continua ad essere il provvedimento amministrativo²⁴².

Anche su questo fronte, gli studi in materia dimostrano come questa prospettiva, pure autorevolmente sostenuta, non sia pacifica; in particolare, da un lato si mette in evidenza come in caso di rigetto del ricorso, il giudicato valga a coprire il dedotto e deducibile poiché la definitività della sentenza che accerta- sia pure nei limiti del ricorso- la legittimità del provvedimento, esclude la possibilità di far valere poi nel giudizio civile e tramite la disapplicazione, sia i vizi dedotti con il ricorso che quelli deducibili²⁴³. Per altro verso, si fa sempre più strada l'idea che il giudicato amministrativo possa imporsi anche fuori del perimetro della giurisdizione che lo ha pronunciato, in

²³⁹ Libertini M., Il ruolo del giudice, cit., 661; De Minico, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità*, in *Jus*, 1996.

²⁴⁰ Negri, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 217; Verde G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, 760 e segg.

²⁴¹ Patroni Griffi F., *Giudicato amministrativo*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, pag. 2676.

²⁴² C. Stato, sez. IV, 24 novembre 2003, n. 7725....

²⁴³ In particolare, la Corte di Cassazione ha chiarito che la sentenza di rigetto del giudice amministrativo passata in giudicato non preclude al giudice ordinario di dichiarare la nullità del provvedimento vagliato in quella pronuncia per carenza di potere o di disapplicarlo, salva la preclusione derivante dalla formazione di un giudicato esterno su tutte quelle questioni affrontate e risolte dal giudice amministrativo quali antecedenti logici e necessari della pronuncia. In dottrina, Cintoli F., *La disapplicazione*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2012, 1439 e segg.; Patroni Griffi F., *Giudicato amministrativo*, cit., 2677; Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 966 e segg.

forza del principio del giusto processo²⁴⁴ e, in ultima analisi, in ragione della necessità di assicurare certezza ai rapporti giuridici.

Se tali e tante sono le incertezze di fondo, è lecito potersi sostenere che, con riferimento alla materia antitrust, proprio le peculiarità del provvedimento emesso dalle Autorità indipendenti e la previsione di un giudizio sullo stesso, non deferente ma pieno da parte del giudice amministrativo, consentono di ammettere, con le precauzioni anzidette- carattere tecnico del provvedimento e sindacato pieno da parte del giudice- , l'ammissibilità di un vincolo per il giudice civile nei processi risarcitori.

La complessità del dibattito si è acuita in vista dell'obbligo di recepimento della norma europea che chiede agli Stati membri di rendere vincolante il provvedimento o il giudicato confermativo dello stesso nel giudizio civile. Le ragioni della scelta del legislatore europeo sono proclamate nel considerando n. 34, in cui si afferma che “per migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori, la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno”.

In primo luogo, va scandagliata la portata degli atti e degli effetti vincolanti voluti dalla normativa in parola.

Dallo studio della direttiva emerge che per “decisione definitiva relativa ad una violazione” deve intendersi una decisione che “non può o non può più essere impugnata con mezzi ordinari” (art. 2 n. 12) e dunque, sia una decisione passata in giudicato, sia una decisione divenuta inoppugnabile.

²⁴⁴ Acutamente Picozza E., *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 44 e segg., in cui l'Autore osserva che il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata impongono una *vis expansiva* del giudicato intesa come “dovere delle altre giurisdizioni di riconoscere l'effetto costitutivo, sia demolitorio che ripristinatorio, della pronuncia di annullamento degli atti amministrativi generali o particolari (..) ovvero come effetto del giudicato esterno come vincolo che partecipa al comando giuridico insito nella norma e quindi rientra nel concetto della cd. autorità del giudicato”.

Inoltre, la direttiva fa riferimento alle sole decisioni- di un'autorità garante o di un giudice del ricorso- che definitivamente accertano una violazione del diritto della concorrenza. Di conseguenza, si ritiene che l'effetto vincolante sia ascrivibile ai soli provvedimenti di condanna e non a quelli che escludono l'illiceità delle condotte, restando altresì fuori le lettere di archiviazione e le decisioni degli impegni²⁴⁵.

L'estensione dell'efficacia vincolante è invece descritta nel Considerando n. 34, ove si dispone che, in realtà, l'effetto della constatazione dovrebbe riguardare solo la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso. Resta pertanto fuori dall'effetto vincolante, l'accertamento in ordine al nesso di causalità e all'esistenza- e sua quantificazione- del danno²⁴⁶.

Diverso valore ha *per tabulas* (art. 9 par. 2) la decisione definitiva sulla violazione delle regole della concorrenza adottata in un altro Stato membro. In questo caso, la direttiva chiede di disciplinare tale ipotesi nei termini in cui quella decisione possa essere presentata dinanzi ai giudici nazionali "almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti".

Questa disposizione, nuova nel quadro normativo europeo in materia ma meno incisiva della soluzione resa internamente in altri Stati membri²⁴⁷, è

²⁴⁵ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE*, cit., 318, in cui l'Autore afferma che nel caso in cui il giudice amministrativo dovesse annullare il provvedimento dell'Agcm, anche per vizio attinente al merito della decisione, il potere del giudice civile sulla valutazione dei fatti tornerebbe ad essere pieno e l'azione si tramuterebbe in *stand alone*.

²⁴⁶ Osserva Chieppa R., *Il recepimento in Italia della direttiva*, cit., 319, che la tendenza delle Autorità garanti della concorrenza (compresa l'Agcm italiana) ad adottare un "*effect based approach*" (ovvero una maggiore propensione a spingersi ad accertare l'esistenza degli effetti della violazione accertata) facilita comunque il *private enforcement* perché "accresce la consapevolezza nei soggetti danneggiati che vi è la possibilità di agire per il danno, anche ad esempio tra i soggetti pubblici".

²⁴⁷ M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 109 e segg., ove si richiama l'esperienza tedesca che da tempo prevede una disciplina normativa che vincola i giudici nazionali al rispetto delle decisioni delle autorità antitrust degli altri Stati membri. Sottolinea invece Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 210 e segg., che opportunamente non è previsto nel nostro ordinamento carattere vincolante alle decisioni delle Agcm di altri Stati membri europei, dal momento

stata variamente intesa in dottrina e, per lo più, come prova semplice²⁴⁸ e non prova privilegiata²⁴⁹.

Di tutto quanto detto si è tenuto variamente in conto in sede di attuazione della direttiva, con una sfasatura tra lo schema di decreto legislativo e il testo definitivo di legge.

In particolare, nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo²⁵⁰ si mette in evidenza come il recepimento *ope legis* del carattere vincolante del provvedimento dell'Autorità garante è compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, dal momento che la limitazione dei poteri processuali della parte convenuta in giudizio, come "inchiodata" all'accertamento definitivo dell'Agcm o del giudice del ricorso, va posta in relazione alla previa possibilità offertagli dall'ordinamento di reagire a quel provvedimento dinanzi ad un giudice con pienezza di poteri.

Si aggiunge poi che, affinché la norma sia conforme a quanto dispone l'art. 101 co. 2 Cost. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge"), il vincolo dell'accertamento in capo al giudice civile non s'impone sempre e comunque; in particolare, esso non sussiste quando il giudice ritenga irrimediabilmente viziata la decisione dell'Agcm, divenuta tuttavia definitiva a seguito della scadenza del termine per l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. In questo caso (segnalato peraltro come residuale, se non eccezionale dalla stessa Relazione), posta l'inoppugnabilità da parte dell'attore, decaduto da tale

che ciò potrebbe risultare una forzatura del nostro sistema processualcivilistico, alla luce del fatto che le garanzie offerte dalle Autorità antitrust estere possono essere anche molto inferiori a quelle invece offerte dall'Agcm nazionale.

²⁴⁸ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della direttiva*, cit., 318

²⁴⁹ Contra Pasquarelli F., *Dalla prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *dir. industr.*, 3, 2016, 263.

²⁵⁰ L'art. 7, co. 1 dello schema legislativo, attuativo dell'art. 9, par. 1 della direttiva, stabiliva che: "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una decisione non impugnabile di quest'ultimo. Quanto previsto al periodo precedente 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.

possibilità per inutile decorso dei termini, il giudice civile può discordarsi dal provvedimento laddove lo ritenga affetto da evidente illegittimità.

La versione definitiva dell'art. 7 del d. lgs. n. 3/2017 in tema di efficacia probatoria delle decisioni dell'autorità antitrust si discosta sotto alcuni profili dalla bozza del provvedimento in parola; innanzi tutto, il co. 1 dell'art. 7 risulta integrato da un inciso (non richiesto dalla direttiva) secondo cui "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima".

A ben vedere, tale precisazione, per vero ridondante alla luce delle acquisizioni giurisprudenziali in tema di sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti avvinti da discrezionalità tecnica, codifica questo orientamento e si pone nel senso di fugare ogni dubbio di incostituzionalità della norma, ribadendo la pienezza del controllo *ope iudicis*. In altri termini, il legislatore dell'attuazione si propone, per questa via, di schivare il pericolo di una giurisdizione deferente nei confronti dell'autorità, chiamando il giudice a compiere una puntuale verifica dell'operato dell'amministrazione indipendente, sì da rendere piena tutela alle ragioni del soggetto destinatario della decisione.

Tale essendo la *ratio* dell'inciso, non può sfuggire come essa si faccia carico dell'ulteriore questione attinente ai confini esterni tra la pienezza del sindacato del g.a, reclamato a gran voce al fine di contenere derive incostituzionali alla luce dell'art. 101 Cost., e la necessità di preservare l'impenetrabile *agere* amministrativo proprio dell'autorità garante procedente. Nello specifico, rendendo legge una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁵¹, il legislatore ha chiaramente ed espressamente disposto che i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità possono essere pienamente verificati dal g.a. sotto il profilo della verità degli stessi; in altri termini, il giudice potrà valutare gli elementi raccolti dall'autorità e le prove a difesa offerte dalle imprese e tanto senza che l'accesso del giudice al fatto possa subire alcuna limitazione.

²⁵¹ C. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

Il legislatore, proseguendo nell'inciso, chiarisce che il sindacato del g.a., nei termini descritti, si estende anche ai profili tecnici "che non presentano un oggettivo margine di opinabilità". L'assunto, come si rammentava prima, costituisce codificazione di un approdo in materia da parte della giurisprudenza amministrativa secondo cui il giudice procede ad un sindacato particolarmente penetrante, esteso sia alle scelte tecniche compiute dall'autorità indipendenti, sia all'applicazione della corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta²⁵². In particolare, si ritiene che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione. Il passaggio ad un controllo intrinseco assume una notevole importanza e conduce il giudice amministrativo a sindacare la stessa analisi economica svolta dall'Autorità, seppur con alcuni limiti, consistenti nel fatto che non si ammette un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'autorità²⁵³. In questo senso, si è espressa la Corte europea in ordine alla full jurisdiction²⁵⁴.

Manca, invece, nel disposto della norma il riferimento alla ipotesi esposta nella Relazione illustrativa, ovvero la non vincolatività per il giudice civile del provvedimento dell'Agcm non impugnato ma affetto da "evidente illegittimità". Resta così dubbia la sorte del provvedimento inoppugnato ma palesemente illegittimo, di cui peraltro è incerta la stessa portata.

Opportunamente, anche l'art. 7 co. 1, come già detto, esclude il carattere vincolante della decisione antitrust con riguardo alla esistenza del nesso di causalità e dell'esistenza del danno. *In parte qua* la norma, fedele anche alla direttiva, recepisce quel filone giurisprudenziale interno che da tempo ritiene necessario provare la reale esistenza del danno e il nesso anche per mezzo di presunzioni (si veda il cap. 2); in questo senso, infatti, viene confermata l'idea

²⁵² C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

²⁵³ C. Stato, IV, 15 maggio 2015 n. 2479 e VI, 30 giugno 2016 n. 2947.

²⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, Menarini Diagnostics s.r.l. v. Italia.

che il giudizio ordinario sia la sede privilegiata e fisiologicamente deputata all'accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno.

3.4 Nesso causale e *passing on*

Il tema del nesso causale, come si è avuto già modo di approfondire (cap. 2, par. 3.1), resta un aspetto centrale nell'azione di risarcimento del danno antitrust. Nonostante ciò, di esso la direttiva, fuori taluni aspetti di sicuro rilievo, non si occupa, lasciando in capo al danneggiato l'onere di provarne la sussistenza, senza indicare alcun criterio specifico.

La scelta compiuta dal legislatore europeo è stata, quindi, quella di non intervenire, nella consapevolezza delle notevoli divergenze sussistenti tra i vari ordinamenti degli Stati membri in ordine ai criteri di ricostruzione del nesso di causalità dell'illecito. Restano pertanto ferme le norme nazionali sull'accertamento della causalità, come informate ai *dicta* della Corte di Giustizia e a talune indicazioni di massima che è possibile scorgere nel Considerando n. 11 e nell'art. 17 della direttiva.

In particolare, il legislatore europeo si limita a chiarire che con riguardo agli aspetti non disciplinati dalla direttiva "quale la nozione di nesso causale fra la violazione e il danno", gli Stati membri devono darsi una normativa che rispetti i principi di efficacia e di equivalenza. Questi concetti- come noto di elaborazione giurisprudenziale- sono stati trasposti altresì nella norma che specificatamente si occupa della quantificazione del danno (art. 17 par. 1), nella parte in cui si precisa che la normativa antitrust nazionale di ciascuno Stato membro deve essere tale per cui l'onere della prova e il grado di rilevanza di essa richiesti per accedere al risarcimento non siano costruiti in modo tale da rendere in concreto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento.

Può invero dubitarsi dell'opportunità di una siffatta opzione, se solo si consideri l'indispensabilità del nesso causale nell'azione risarcitoria- vieppiù in materia antitrust-, il quale costituisce un elemento indispensabile per accedere a tale forma di tutela. Si aggiunga, poi, che anche le indicazioni offerte dalla

giurisprudenza della Corte di Giustizia, come visto, non sono tali da rendere uniformi e certe le regole di fondo da seguire nel merito. In altri termini, la direttiva, su tale specifico punto, rimette alle diverse discipline nazionali un aspetto estremamente delicato del rimedio in parola, correndo il rischio- da taluno paventato- di svilire la “missione” originaria della normativa. Tuttavia, questo “pericolo” va ridimensionato, se si tiene conto del fatto che il legislatore europeo dedica apposita disciplina a due aspetti cruciali in tema di causalità in materia antitrust: il trasferimento del sovrapprezzo e la prova del danno nelle-più comuni- ipotesi di cartello.

Con riguardo al trasferimento del sovrapprezzo- o cd. *passing on-*, la direttiva individua un intero capo con riguardo alla disciplina di tale aspetto (Capo IV, artt. 12-16). L’opportunità della regolamentazione di questo fenomeno è di tutta evidenza: è infatti indubbio che, quando un illecito anticoncorrenziale si consumi ad un certo livello della catena distributiva o produttiva, l’aumento del prezzo che viene a determinarsi, e che costituisce il danno, viene “fisiologicamente” traslato, in tutto o in parte, a valle della catena su soggetti che indirettamente patiscono l’effetto antitrust. In questi casi, i problemi che si pongono sono di ordine probatorio e attengono da un lato, alla ricostruzione e prova del nesso causale tra condotta ed evento di danno subito dagli acquirenti indiretti, dall’altro la prova dell’avvenuta traslazione del danno sui vari anelli della catena.

Le soluzioni che rende la direttiva sono imperniate su due linee portanti: l’accesso alla tutela anche agli acquirenti indiretti e l’integrale risarcimento del solo danno sofferto, non ammettendosi plurime pretese risarcitorie per lo stesso tipo di danni. In altri termini, presupposto di fondo è che il danneggiato ammesso alla tutela risarcitoria non è colui che, pur riguardato dall’illecito, abbia proceduto- legittimamente- a trasferire a valle il sovrapprezzo ma colui che abbia subito in concreto l’effetto dannoso perché su di esso quel danno è stato traslato; per tale ragione, la direttiva prevede che all’impresa convenuta/danneggiante debba essere garantita la possibilità di contrastare la domanda risarcitoria, fornendo la prova che l’attore abbia trasferito, in tutto o in parte, il sovrapprezzo subito con conseguente difetto- in tutto o in parte- della propria *legitimatio ad causam* (art.13). Con questa

disposizione, il legislatore europeo codifica una soluzione da tempo indicata dalla Corte di Giustizia (cap. 2, par. 5), agevolando però l'onere della prova in capo al convenuto poiché lo si ammette a sostenere il fatto dedotto mediante richiesta di divulgazione di prove all'attore o ai terzi.

Dal lato attivo, invece, la direttiva si fa carico delle difficoltà probatorie in cui incorre l'acquirente indiretto e lo soccorre non solo mediante il riconoscimento della possibilità di richiesta di divulgazione delle prove al convenuto o a terzi, ma anche attraverso l'individuazione di una presunzione *iuris tantum*. In particolare, il trasferimento del sovrapprezzo si presume se l'attore dimostri cumulativamente tre condizioni: a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) tale violazione ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) acquisto di beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza ovvero di beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

Di rilievo è poi l'art. 15 della direttiva, nel quale il legislatore europeo pone una regola di raccordo per l'ipotesi in cui si intentino una pluralità di azioni a carico della medesima impresa da parte di attori diversi a differenti livelli nella catena di approvvigionamento, e dunque, una pluralità di accertamenti di responsabilità o di irresponsabilità con rischio di giudicati contrastanti. Al riguardo, la direttiva dispone che gli Stati membri prevedano che il giudice, nel valutare se è stato assolto l'onere della prova come sopra esposto, possa tener conto della coesistenza di più azioni riguardanti la medesima violazione, instaurate da attori diversi coinvolti nei vari livelli del mercato. Inoltre, egli può tener conto delle decisioni giudiziarie risultanti da azioni per il risarcimento del danno per le stesse nonché delle pertinenti informazioni di dominio pubblico discendenti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Infine, il par. 3 dell'art. 15 dispone che le azioni pendenti dinanzi alle diverse autorità giurisdizionali nazionali possano essere considerate connesse ai sensi dell'art. 30 del Regolamento n. 1215/2012. Tale norma individua l'ipotesi in cui tra le azioni vi sia un collegamento tale da rendere opportuna una trattazione e una decisione uniche, così da evitare soluzioni finali contrastanti. Tale evenienza, a mente della norma citata, è scongiurata

attraverso la disposizione della sospensione del procedimento da parte del giudice successivamente adito ovvero mediante sua dichiarazione di incompetenza, sempre che l'autorità giudiziaria adita in prima battuta sia competente a conoscere delle domande proposte e la legge ad essa applicabile ne consenta la riunione.

Un altro aspetto importante di cui la direttiva si fa carico non direttamente, ma tramite rinvio ad emanande linee guida della Commissione, è quello della quantificazione della parte di sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto (art. 16). Dando seguito a tale disposto, il 25 ottobre 2016 la Commissione europea ha pubblicato il *Final Report Study on the Passing-on of Overcharges*, in cui vengono individuate una serie di domande che potranno guidare i giudici nazionali nella risoluzione delle questioni "tecniche" in tema di passing on, specialmente con riguardo alla stima e al volume dei suoi effetti²⁵⁵.

Entro queste direttrici si è mosso il legislatore dell'attuazione, scardinando così quella giurisprudenza nazionale che richiedeva, invece, all'acquirente diretto la prova di non aver trasferito a valle il sovrapprezzo subito ad opera dell'illecito dell'impresa convenuta.

Come si legge nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione, le linee guida consegnate a ciascun legislatore nazionale sono chiare: in primo luogo, vale come principio indiscusso quello per cui ogni attore del mercato leso dalla condotta anticoncorrenziale di un'impresa ha diritto ad essere risarcito. L'accesso alla tutela risarcitoria soggiace alla regola, ordinaria, per cui chi agisce per far valere in giudizio un proprio diritto deve darne relativa prova. Tuttavia, nella consapevolezza delle difficoltà probatorie in cui incorre il danneggiato, specie acquirente indiretto, occorre dar corso ad agevolazioni mediante presunzioni *iuris tantum*, sì da

²⁵⁵ Si legge nel Report che la finalità dello studio è quella di "to provide judges, and other practitioners who are not economic experts, with practical guidance on obtaining and assessing economic evidence in relation to pass-on in the context of competition law infringements. Drawing on relevant economic theory and quantitative methods, (...) it sets out a framework for evaluating the plausibility of claims, for quantifying the effects of pass-on, and, accordingly, for assessing the total extent of the harm suffered by a claimant".

evitare che si possa giungere ad esonerare l'autore della violazione da ogni responsabilità.

Sulla base di queste coordinate, gli artt. 10-13 del d. lgs. 3/2017 recepiscono quasi fedelmente le disposizioni contenute nella direttiva, innovando per questa via la soluzione che nel nostro ordinamento si seguitava a rendere in caso di traslazione del prezzo.

Qualche preoccupazione desta il coordinamento delle azioni attivate da più acquirenti danneggiati ai vari livelli della catena di approvvigionamento. La stessa Relazione dà atto del problema e ritiene possa dirsi contenuto dalla previsione dell'accentramento della competenza in materia presso le sezioni specializzate dei tre tribunali di cui all'art. 18.

3.5 La quantificazione del danno

Un ultimo aspetto che merita rilievo e approfondimento nell'ambito della direttiva e del decreto di attuazione è la norma concernente la prova del danno antitrust e la sua quantificazione.

Come si dà atto nei Considerando nn. 45 e 46, la quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è una operazione che richiede un complesso esame della situazione fattuale e l'applicazione di modelli economici di particolare tecnicismo e complessità. "Ciò è spesso molto costoso e gli attori incontrano difficoltà nell'ottenere i dati necessari a comprovare le loro domande".

Sulla base di tale premessa, per evitare che tanto possa comportare uno svuotamento di tutela "da dentro", la direttiva richiama gli Stati a dotarsi di un regime che tenga conto della asimmetria informativa anche su tale aspetto, indicando ai legislatori nazionali che quantificare il danno significa "valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza di violazione". Dal momento che si tratta di una valutazione necessariamente ipotetica, non potrà mai aversi una stima esatta. Per questa ragione, osserva il legislatore europeo, "è (...) opportuno assicurare che ai giudici nazionali sia

conferito il potere di stimare l'ammontare del danno causato dalle violazioni del diritto della concorrenza”.

In termini normativi, tali valutazioni sono state tradotte nell'indicazione di tre modalità specifiche di contenimento del problema (art. 17):

a) conferimento al giudice del potere di stimare, a norma delle procedure nazionali, l'ammontare del danno, se è accertato che l'attore abbia subito un danno ma è impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove a disposizione;

b) presunzione legale di un danno *in re ipsa* in caso di cartello;

c) instaurazione di un rapporto di collaborazione istituzionale tra giudice e autorità garante, che si sostanzia nell'apporto collaborativo di quest'ultima su richiesta del giudice e sempre che l'autorità stessa consideri appropriata tale assistenza.

Nel dare corso a tali disposizioni, il legislatore italiano ha ribadito, *in primis*, la regola generale in tema di prova del danno, forgiando- per l'appunto- una disposizione²⁵⁶ strutturata sulla falsariga dell'art. 2056 c.c. -di cui mutua anche la rubrica-, a tenore della quale “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”.

Il richiamo a tali norme vale a rimarcare anche in questo campo le regole fondanti la responsabilità del debitore nel nostro ordinamento, in ossequio al principio di effettività ed eguaglianza; in particolare, viene affermata in termini espliciti la funzione compensativa del danno, come emerge dal principio della causalità (art. 1223 c.c.) e dal richiamo alla regola del concorso del fatto colposo del danneggiato (art. 1227, comma primo) nonché, per la stessa via, il principio del danno effettivo.

Manca nella norma il riferimento all'evenienza, espressamente presa in considerazione dalla direttiva, secondo cui la stima del danno è rimessa al giudice quando “è accertato che l'attore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili”. In realtà, la Relazione

²⁵⁶ Art. 14, *Valutazione del danno*, del Capo V, *Quantificazione del danno*, d.lgs. 3/2017.

illustrativa dello schema di decreto attuativo chiarisce che il recepimento di tale ipotesi è da intendersi come contenuto nell'art. 1226 c.c., il quale attribuisce al giudice il potere di liquidare con valutazione equitativa il danno quando lo stesso non possa essere provato nel suo preciso ammontare.

E' noto, infatti, che l'art. 1226 c.c. si riferisca ai casi in cui sia particolarmente difficile fornire un'esatta quantificazione monetaria del pregiudizio, cui non si può porre rimedio che mediante la facoltà che il giudice ha, già in via ordinaria, di valutare discrezionalmente le prove, formare il proprio convincimento e/o apprezzare liberamente le presunzioni²⁵⁷. In altri termini, la suddetta impossibilità non deve essere addebitata alla parte danneggiata; nel contempo, tuttavia, il potere del giudice non può tradursi per l'attore in una esenzione dall'onere di cui all'art. 2967 c.c., a sua volta legato al principio dispositivo che regola il processo civile;. In questo senso, quindi, il giudice può essere chiamato a colmare solo le lacune inevitabili o ad usare il giudizio equitativo per orientarsi fra un minimo e un massimo ritenuti plausibili, mentre l'attore deve aver spiegato un'idonea attività processuale, tanto sul piano degli oneri di allegazione, quanto in punto di richieste istruttorie²⁵⁸.

La valutazione equitativa di cui all'art. 1226, tuttavia, presuppone non solo l'impossibilità della determinazione dell'ammontare del danno; requisito ineludibile di base per il suo operare è, altresì, il raggiungimento della piena prova circa l'esistenza del danno.

Proprio sotto tale aspetto viene in rilievo la disposizione secondo cui "l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva la prova contraria dell'autore della violazione"(art. 14, co 2 d.lgs. 3/2017).

²⁵⁷ Bianca C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 389; Cass. civ., 18 aprile 2001, n. 5687, in *Resp. Foro it.*, 2001.

²⁵⁸ Va segnalato come secondo una certa giurisprudenza e autorevole dottrina, la valutazione equitativa del danno *ope iudicis* possa trovare spazio anche nell'ipotesi di inattendibilità o insufficienza dell'istruttoria condotta poiché, si ritiene, proprio l'insufficienza della prova vale a dimostrare che il danno sia impossibile o assai difficile da dimostrare nel suo preciso ammontare. Bianca C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 402.

La combinazione di tale disposto con l'art. 1226 c.c., già prima del recepimento della direttiva 104/2014, ha sollevato dubbi in dottrina perché si è ritenuto che il risultato finale che viene così a determinarsi sarebbe quello per cui se il danno è presunto e il risarcimento può essere determinato equitativamente, “tra accertamento dell’infrazione e condanna al risarcimento potrebbe mancare in concreto ogni passaggio intermedio”²⁵⁹. Questo risultato è costantemente ripudiato dalla giurisprudenza che, come noto, afferma che è da respingere l’idea del danno *in re ipsa* e della condanna al risarcimento fondata sul mero presupposto dell’illiceità della condotta, giacché tanto snaturerebbe la funzione del risarcimento del danno che, *expressis verbis* in materia antitrust, è di natura compensativa e non sanzionatoria²⁶⁰.

Di estremo interesse, poi, risulta essere il co. 3 dell’art. 14, perché introduce un meccanismo nuovo nel nostro ordinamento, costituito dall’attività di ausilio e collaborazione tra giudice ed autorità garante in sede processuale, in punto di quantificazione del danno.

In base a questa disposizione, il giudice- e solo lui- è abilitato a chiedere assistenza all’autorità garante della concorrenza, previa formulazione di puntuali richieste “sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno”. Avanzata tale richiesta, l’autorità presta l’assistenza di cui abbisogna il giudice, salvo che tale apporto non risulti pregiudizievole per l’attività di *public enforcement* di sua pertinenza.

Si tratta di una disposizione complessa, perché consegna all’interprete diversi dubbi ermeneutici - come quelli legati ai criteri e ai meccanismi di operatività concreti-, per inquadrare i quali occorre partire dagli elementi “certi” che la norma rende.

La logica di fondo di tale disposizione è quella di rendere effettivo il *private enforcement*, il quale rischierebbe di vacillare proprio in punto di determinazione quantitativa del danno su cui si gioca la partita della deterrenza e dell’effettività del rimedio risarcitorio. Per questa ragione, data l’asimmetria informativa di cui soffre il danneggiato, si ritiene di poter

²⁵⁹ Villa G., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust*, cit., 308; Pardolesi R., *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Conc. e mercato*, 2014, 318 e segg.

²⁶⁰ Si veda, su tutte, Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Danno e Resp.*, 2009, 19.

appianare tale aspetto rimettendo al giudice il compito di determinare in via equitativa il danno. E non potrebbe che essere così: la quantificazione del danno è compito del giudice, il quale solo ha cognizione della posizione specifica delle parti in contesa e può dunque procedervi nella maniera più aderente al caso di specie. Nell'apprestare tale valutazione, la norma consente al giudice di rivolgersi all'autorità garante della concorrenza, dotata per definizione delle cognizioni specifiche.

Tuttavia, come già si è proceduto a segnalare²⁶¹, l'utilizzo di tale strumento si presta, in primo luogo, al pericolo di elusione del principio di parità delle armi e di garanzia del contraddittorio, specie nei giudizi *follow on*, poiché in questi casi l'autorità ha già avuto modo di esprimersi e di formare il proprio convincimento al riguardo. In altri termini, è forte il rischio di un conflitto di interessi.

Per altro verso, anche con riguardo alle azioni *stand alone*, in cui la cooperazione sarebbe maggiormente utile, esso comporterebbe richiedere all'autorità di procedere alla quantificazione dei danni relativi a condotte non necessariamente in violazione della disciplina antitrust o, comunque, rispetto alle quali come autorità non ha ancora sentito l'esigenza di avviare una procedura istruttoria²⁶². Inoltre, vi sarebbe un lavoro aggiuntivo per l'Autorità in un contesto di "risorse scarse"²⁶³.

In realtà, proprio alla luce di ciò, non è mancato chi ha segnalato che la cooperazione rafforzata che richiede la norma potrebbe trovare spazio in chiave di assistenza da parte dell'autorità al giudice in ordine alla chiarificazione del contenuto tecnico dei diversi documenti trasmessi del fascicolo istruttorio, facilitando così l'attività giurisdizionale²⁶⁴.

²⁶¹ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE*, cit., 319; Pezzoli A., *Private enforcement e analisi economica nei provvedimenti antitrust*, in *Dir. ind.*, 6, 2016, 512-514.

²⁶² Pezzoli A., *Private enforcement*, cit., 514.

²⁶³ Chieppa R., *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE*, cit., 319.

²⁶⁴ Si rinvia alle note nn. 77 e 78.

4. Considerazioni conclusive

L'esame del microsistema della responsabilità da illecito antitrust offre un formidabile spunto di riflessione sull'evoluzione della responsabilità aquiliana, come sospinta dal diritto euro unitario.

Come noto, il codice civile del 1942, in parte emancipandosi dall'esperienza romanistica, ha disegnato una forma di responsabilità extracontrattuale conformata all'istanza di reintegrazione del patrimonio del danneggiato, priva di aspetti sanzionatori o di deterrenza nei confronti dell'autore del fatto illecito.

Nell'esperienza moderna, la decodificazione della natura e della portata dell'art. 2043 c.c. ha subito una evoluzione profonda.

Vista in un primo tempo come obbligazione secondaria di risarcimento, discendente dalla violazione dell'obbligo primario del *neminem laedere*, a partire dagli anni '70 la stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha accolto l'idea che la tutela risarcitoria non potesse limitarsi ai soli diritti esclusivi²⁶⁵, ma dovesse estendersi anche ai diritti relativi²⁶⁶.

Non c'è dubbio, tuttavia, che la vera rivoluzione nella interpretazione dell'art. 2043 c.c. si deve alla sentenza della Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1990 n. 500. A tale pronuncia si ascrive il superamento di vecchie convinzioni che ingabbiavano il pensiero e che ostacolavano le potenzialità di sistema della responsabilità extracontrattuale. Con essa i giudici hanno chiarito la natura primaria dell'obbligazione risarcitoria e la centralità, nell'economia della fattispecie aquiliana, dell'ingiustizia del danno, intesa come violazione non necessariamente del diritto soggettivo, ma di qualunque interesse giuridicamente rilevante, tra cui rientra a pieno titolo anche l'interesse legittimo.

Dati tali punti fermi, il processo evolutivo della responsabilità extracontrattuale non era che agli inizi. Terreno elettivo di tale metamorfosi è

²⁶⁵ Celeberrima la sentenza sul cd. disastro di Superga, Cass. 4 luglio 1953 n. 2085, la quale respinse l'estensione del perimetro applicativo dell'art. 2043 c.c. alla lesione dei diritti di credito.

²⁶⁶ La pronuncia a cui si deve tale cambiamento di rotta è la nota sentenza della Cassazione, sezioni unite, 26 gennaio 1971, n. 174 sul caso Meroni.

stato il danno non patrimoniale. Anche su tale versante, superando le originarie convinzioni formatesi intorno all'art. 2059 c.c., la giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale, attraverso pronunce che costituiscono vere pietre miliari in materia²⁶⁷, ha inteso il risarcimento del danno non patrimoniale come circoscritto a qualunque danno da lesione di interessi giuridicamente rilevanti, attinenti ai diritti fondamentali della persona²⁶⁸.

L'iter compiuto dalla responsabilità extracontrattuale, se da un lato ha consentito la piena espressione delle potenzialità dell'illecito aquiliano, specie configurando in termini di clausola generale l'art. 2043 c.c.²⁶⁹, dall'altro ha determinato la crisi dell'istituto della responsabilità civile a livello sistematico, a causa di confini sempre meno nitidi e certi ad esso riconosciuti²⁷⁰.

Un chiaro esempio di ciò è dato dalla responsabilità della pubblica amministrazione in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria. Al riguardo, vi è consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui le direttive europee in materia ostano all'applicazione di un diritto interno che subordini il risarcimento del danno alla prova della colpa della P.A.²⁷¹ Su questa scia, la giurisprudenza amministrativa ha fatto ricorso a presunzioni semplici, accogliendo un concetto di responsabilità della P.A. presunta, avvicinando per questa via tale forma di responsabilità a quella contrattuale sotto il profilo dell'*onus probandi*.

²⁶⁷ Cass., sez. un., 7281, 7282, 7283 del 2003; sent. Corte cost. n. 233/2003; Cass, sez. un., 11 novembre 2008 n. 26973.

²⁶⁸ Non può sottacersi che un ulteriore tassello nella evoluzione della responsabilità aquiliana avrebbe potuto essere costituito dalla risarcibilità del cd. danno da morte, superando la distinzione tra danno evento e danno conseguenza. Ma a tale lettura si è opposta Cass., sez. un., 22 luglio 2015 n. 15350.

²⁶⁹ Il modello generale di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., articolato negli elementi costitutivi della condotta, del nesso causale tra questa e l'evento dannoso (danno evento), del danno conseguenza nonché dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, costituisce dunque una ipotesi atipica e tendenzialmente onnicomprensiva e assurge a valvola di sicurezza del sistema attivabile laddove non siano esperibili altre tutele. Accanto ad essa, si pongono ipotesi di responsabilità cd. speciali, caratterizzate da talune deviazioni rispetto allo schema dell'art. 2043.

²⁷⁰ Lipari N., *Le categorie del diritto civile*, 2013, pag. 196 e segg.

²⁷¹ Corte di Giust., 30 settembre 2010, C-314/09.

Di evidenza ancora maggiore è la responsabilità da contatto sociale qualificato; tale forma di responsabilità contrattuale, a mezza strada rispetto alla responsabilità aquiliana, si è alimentata dei casi un tempo annoverati sotto l'art. 2043 c.c. e transitati nell'ambito della tutela contrattuale per l'evidente ragione di superare, ancora una volta, l'incomodo onere probatorio della fattispecie aquiliana. Anche la responsabilità precontrattuale è oggetto di vivace dibattito con riguardo alla sua natura giuridica, se di responsabilità extracontrattuale²⁷² o contrattuale da contatto sociale²⁷³.

Un forte impulso verso uno snaturamento della funzione dell'art. 2043 c.c. proviene dal diritto euro unitario, il quale, lungi dal conoscere categorie giuridiche e istituti di predeterminazione giuridica, è mosso dall'unico intento di promuovere il ristoro del danno affinché non resti a carico del danneggiato.

Tutto ciò non può non riverberare effetti anche con riguardo alle funzioni della responsabilità extracontrattuale.

In realtà, la giurisprudenza e la dottrina affermano che la responsabilità aquiliana mantenga a pieno titolo la sua funzione compensativa; la funzione sanzionatoria e deterrente, secondaria, può conformare fattispecie di illecito solo allorquando vi sia una specifica norma a prevederlo, in omaggio al principio di tipicità di cui all'art. 25 Cost.²⁷⁴

In questo contesto si inserisce il d.lgs. 3/2017, il quale, come si è visto, persegue l'obiettivo- comunitariamente imposto- di garantire a chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese di poter esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento del danno.

Invero, già prima della direttiva 2014/104/UE, la dottrina si è interrogata sul tema della possibile funzione deterrente e sanzionatoria dell'azione di risarcimento del danno antitrust²⁷⁵, constatata la necessità che il

²⁷² Cass., 3 luglio 2014, n. 15260.

²⁷³ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648. Da ultimo, Cass, 12 luglio 2016 n. 14188.

²⁷⁴ *Ex plurimis*, Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100 in tema di risarcimento del danno richiesto dai creditori sociali nei confronti dell'amministratore di società fallita.

²⁷⁵ Bastianon S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 346 e segg.; Salomone E., *Il risarcimento del*

private enforcement si saldi con il *public enforcement*, si da ottenere anche per quest'ultimo tramite, l'effetto dissuasivo e di prevenzione dell'illecito.

Entrata in vigore la direttiva e il decreto di attuazione, gli interpreti si sono trovati dinanzi ad una normativa che testualmente esclude che il diritto al pieno risarcimento del danno anticoncorrenziale possa comportare una *overcompensation* (art. 3 par. 3 dir.; art. 1 d. lgs. 3/2017), optando per un modello diverso dal sistema dei danni multipli o punitivi di stampo americano.

Se questo è vero, non può tuttavia mancarsi di osservare che, pur fuggendo il legislatore meccanismi di immediato stampo sanzionatorio, l'effetto deterrente e sanzionatorio viene in concreto perseguito per il tramite di meccanismi indiretti, incidenti sulle componenti della fattispecie risarcitoria in punto di quantificazione del danno.

Con pedissequa riproduzione delle norme della direttiva, il d. lgs. 3/2017 prevede:

- a) l'inversione dell'onere probatorio e la presunzione di esistenza del danno in caso di cartello (art. 14, co. 2 d. lgs. 3/2017; art. 17, par. 2 dir. 104);
- b) l'eventuale assistenza dell'autorità antitrust all'autorità giudiziaria nel caso in cui sia particolarmente difficoltoso procedere a quantificare il danno (art. 14, co. 3 d. lgs. 3/2017; art. 17, par. 3 dir. 104) e, soprattutto,
- c) la previsione per cui il giudice quantifica il risarcimento del danno ai sensi degli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c. (art. 14 co. 1; art. 17 par. 1 dir. 104).

Non c'è dubbio che, ad onta della proclamata funzione compensativa del risarcimento del danno antitrust, tali criteri finiscono per contaminare

danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 3, 2007, 875 e segg.; Ponzarelli G., *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, nota adesiva a Cass. Civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, 146 e segg.; Barcellona M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impr.*, 2008, 120 e segg.; Id., *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*, Bologna, 2010. In senso critico, invece, Piraino F., *Ingustizia del danno e antiggiuridicità*, in *Europa dir. Priv.*, 3, 2005, 703 e segg.; Maugeri M., *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 147 e segg.

l'inclinazione autenticamente riparatoria della fattispecie in esame; essendo costruita spesso con caratteri astratti, frutto di un – disinvolto - uso di presunzioni legali, essa innesca la sensazione che lo stesso legislatore esiti a raccordare la funzione risarcitoria con la sua schietta *ratio* deterrente, rispetto alla quale la prima- come già osservato- non è comunque incompatibile.

Ad ogni modo, l'intento, nobile, che muove la regolamentazione in oggetto, ossia innalzare la tutela dei danneggiati favorendo altresì meccanismi di correzione dal basso delle storture della concorrenza, ha dato luogo ad una disciplina che costituisce una forma di certo autonoma ed estremamente peculiare nel panorama delle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, il cui impatto di sistema non può che aprire a prospettive future di sicuro interesse.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003.

Alemanno A., *Aiuti di stato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 193 e segg

Alpa G., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016.

Amato G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

Angelone M., *Autorità indipendenti e eterointegrazione del contratto*, Esi, 2012.

Antonoli M., *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti, Greco, Milano, 2008.

Argentati A., *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, 34 e segg, in *Diritto dell'economia*, a cura di Picozza e Lener.

Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960.

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*, 2, 2006, 321 e segg.

Calabresi G., *The Future of Law and Economics*, New Haven e Londra, 2015.

Cappai M., *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 1607 e segg.

- Caroli Casavola H., *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469 e segg.
- Cassese S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2003, 11, 1132 e segg.
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012.
- Cassinis P., Art. 3 Reg. 1/2003, *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Utet Giuridica, 2010, 236 e segg.
- Catricalà A., Lalli A., *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Giuffrè, 2010.
- Ciocca P., Musu I. (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006.
- Cintioli F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 12, 2012.
- Clarich M., *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis l. 287/90*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 865 e segg.
- D'Alberti M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Diritto amministrativo*, 2004, IV, 705 e segg.;
- Id., *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006.
- Daniela L., Art. 3 Reg. 1/2003, in *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2010
- Della Cananea G., *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1993, 399 e segg.

- De Nova G., *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, 60 e segg.
- Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 431 e segg.
- Ferri G. B., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale: saggi*, Cedam, 1994.
- Franceschelli R., *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974.
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, 2010, 57.
- Ghezzi F., *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in Riv. Società, 2012, 447 e segg.
- Ghidini G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978.
- Giovagnoli R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/1990*, in www.giustamm.it.
- Guesnerie R., *L'economia di mercato: un manuale per capire, un saggio per riflettere* (1996), trad. it., Milano, 1998
- Guizzi V., *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, 2015
- Imbriani C., Lopes A., *Macroeconomia. Mercati, istituzioni finanziarie e politiche*, Torino, 2013
- Interlandi M., *Brevi riflessioni sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di ampliamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it
- Leone C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012
- Libertini M., *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979.

Id., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Riv. Dir. Comm., 2002, I, 7-10, 433 e segg.;

Id., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in Giur. cost., 2005, 2, 1429 e segg.

Id., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri-Zoppini, Roma-Bari, 2008, 89 e segg.

Id., *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, Il Mulino, 2009,

Id., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014.

Libertini M., Genovese, Art. 2598, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2014.

Libonati B., *La categoria del diritto commerciale*, in Riv. Soc., 2002, 1, 18 e segg.

Martinelli V., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizi pubblico e aiuti di stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, 5, 967 e segg.

Mazzantini G., Bertoli P., *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, 1, 141 e segg.

Mengoni L., *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1963.

Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

Malinconico M. C., *Gli aiuti di stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2008.

Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

Novella M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

- Pace L. F., *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007.
- Pera A., *Concorrenza e antitrust: usi e abusi del mercato. Le regole e le istituzioni per il suo funzionamento*, Bologna, 2009.
- Perlingieri P., *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 3, 876 e segg.
- Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.
- Politi R., *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'Agcm ex art. 21 bis l. 287/90. Legittimazione al ricorso e individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in www.federalismi.it.
- Posner R., *The Economics of Justice*, Cambridge, 1981.
- Posner R., "prima maniera", in *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977.
- Rangone N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.
- Roppo V., *Il contratto*, Milano, 2011.
- Rossi G., *Governo, Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato : tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Concorrenza e Autorità antitrust-Un bilancio a 10 anni dalla legge*, AGCM, Roma, 2000, 169 e segg.
- Sandulli A. M., *Introduzione al dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi*, 12, 2012.
- Satta F., Zaccheo M., *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Diritto amministrativo*, 2008.
- Semeraro M., *Regolazione del mercato: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)*, in *Rass. Dir. civ.*, 2012, 822 e segg.
- Villa G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, 1993.
- Viti V., *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013.

Tesouro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2008.

Titomanlio R., *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

Torchia L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012.

Urbano G., *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21 bis l. 287/90*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 1022 e segg.

CAPITOLO II

Afferni G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 26 e segg.

Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 259 e segg.

Alpa G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 6, 1227 e segg.

Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960

Azzaro A. M., *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000,

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*, 2, 2006, 321 e segg.

Id., *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, 1075.

- Bertolotti A., *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, 351 e segg.;
- Breccia U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 639
- Busnelli F. D., *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 17 e segg.
- id., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964
- Camilleri E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008.
- Caruso A., *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 1998, 127.
- Castelli L., *Violazione delle norme antitrust e risarcimento del danno*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, 2014, 352 e segg.
- Id., *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 11, 1049 e segg.
- Castronovo C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 e segg.;
- Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165 e segg.;
- Cendon P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, 367 e segg.;
- Cintoli F., *Il diritto dell'Unione europea. Concorrenza, Istituzioni e servizio pubblico*, 2010
- Cooter R., Mattei U., Monateri P.G., Pardolesi R., Hulen T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999
- Denozza F., *Norme efficienti*, Milano, 2002

- Febbrajo T., *Contratti “a valle” dell’intesa antitrust e riduzione ad equità del corrispettivo*, in *Giur. it.*, 2012, 7 e segg.
- Forchielli P., *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Padova, 1960
- Franzoni M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 84 ss. e 762 ss.
- Fumagalli L., *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000
- Gorla G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 406 e segg.;
- Guizzi G., *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 482 e segg.
- Inzitari B., *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana*, in *Danno e resp.*, 2005, 498 e segg.
- Lanzillo R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, 269
- Libertini M., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014
- Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, 237 e segg.
- id., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. comm.*, 2002, I, 433 e segg.;
- Id., *Il ruolo del giudice nell’applicazione della norma antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 669 e segg.;
- Lo Surdo C., *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 175 e segg.;
- Lombardi C., *E piove anche sotto l’ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno e Resp.*, 2014, 7, 715 e segg.

- Longobucco F., *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nei contratti "a valle"*, Napoli, 2009
- Libonati B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione delle norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2005, 506 e segg.
- Marchetti P. G., *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, Milano, 1967
- Meli M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001
- Nivarra L., in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani e Aa., Bologna, 1994, II, 1455 e segg.;
- Pardolesi R., *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998
- Pardolesi P., *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Concorrenza*, a cura di Frignani e Pardolesi, in *Trattato di diritto privato comparato dell'Unione europea*, diretto da Ajani e Benacchio, VII, Torino, 2006
- Polo M., Ghezzi F., Preite D., *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998
- Prosperetti L., Pani E., Tomasi I., *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009
- Realmonte F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 13 e segg.;
- Rossi G., *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in *Giur. it.*, 1996, 220;
- Sacco R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto illecito*, Torino, 1959

Salanitro N., *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 420;

Salvi C., *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985

Scalisi V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 492 e segg.

Schininà M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 424 e segg

Scoditti E., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2005, 5 e segg.

Id., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.* 2014, I, 2038 e segg.

Selvaggi G., *Abuso di posizione dominanti*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 134 e segg.

Simonini G., *Causalità nelle fattispecie di illecito concorrenziale*, in *Contratto Impr.*, 2015, 3, 777 e segg.

Tavassi M. e Scuffi M., *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 331.

Toffoletto A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

Trimarchi P., *Causalità e danno*, Milano, 1967

Vettori, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 330 e segg.

CAPITOLO III

Alpa G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 42 e segg

Alpa G., *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2010, 379 e segg.

Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 134

Balena G., *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *EG*, XVII, Roma, 1989, 222

Barcellona M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impr.*, 2008, 120 e segg.

Id., *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*, Bologna, 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*, in Rossi Dal Pozzo- Nascimbene, *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

Barone C. M., *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in *EG*, XVI, Roma, 1989.

Bastianon S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 346 e segg.

Bastianon S., *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, 5, 1421 e segg.

Benacchio G. A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzioni e risultati*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 16 e segg.

- Benacchio G. A.,- M. Carpagnano (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali – Atti del II Convegno di Studi tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009*, Milano, 2009, 113 e segg.
- BelliaM.- Bellomo G. A. M., *Tutela cautelare antitrust e prospettive europee: il contributo del giudice ordinario*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 255
- Bianca C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 388 e segg.
- Bigliuzzi Geri L., *sub 1469 bis, comma 1*, in C. M. Bianca- F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capoXVI bis, Dei contratti dei consumatori*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 794 e segg
- Bin M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, II, 437
- Bruzzone G.- Saija A., *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 263;
- Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003
- Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011
- Cassinis P., *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto impr.Europa*, 2006, 719 e segg.
- Castelli L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012
- Cavallone B., *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 664
- Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 4, 2016, 314
- Chieppa R., *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 283

- Chiné G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, 444 e segg.
- Cintoli F., *La disapplicazione*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2012, 1430.
- Cintoli F., *La disapplicazione (dir. amm.) voce, Enc. dir., Annali*, 2007, 269.
- Comoglio L. P., *Le prove civili*, Torino, 1998
- Comoglio L. P., Ferri C., Taruffo M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995
- Consolo C., *Class actions fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. Dir. civ.*, 1993, I, 617 e segg
- Consolo C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140 bis e la classaction consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1297
- D'Alfonso G., *sub art. 140bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro- Zaccaria, Padova, 2010, 966 e segg
- Demarchi P. G. (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 1 e segg.
- Dondi A., *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985
- Fattori P., in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova 2007, *sub art. 16 Regolamento n. 1/2003*
- Finocchiaro G., *La divulgazione delle prove*, in *Il dir. industriale*, 3, 2016, 228 e segg.
- Ghezzi F., *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. mercati*, 2002, 229 e segg
- Giardini A., *Informazioni della p.a. e convincimento del giudice*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, 1150

- Graziosi A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003
- Giussani A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 29 e segg.
- Iannuccelli P., *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Conc. Mercato*, 2014, 98 e segg.
- Id., *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. Soc.*, 2006, 719 e segg.
- La China S., *Esibizione delle prove*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966
- Lancellotti F., *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 551
- Libertini M., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014
- Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1992, 371
- Lipari N., *Le categorie del diritto civile*, 2013
- Luiso F. P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1997
- Id., *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 490
- Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2009
- Massari A., *Esibizione delle prove*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960
- Maugeri M., *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in Maugeri-Zoppini (a cura di), *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 147 e segg.
- Meli V., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 2, 201-226.
- Montanari A., *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella Direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Conc. Mercato*, 2014, 115 e segg.

- Monteduro M., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012
- Musco G., *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 288.
- Negri M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza I*, Torino, 2006, 340
- Id., *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *IntLis't* 2014, 72 e segg.
- Osti C., *Un approccio programmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Conc. e mercato*, 2014, 293 e segg.
- Pardolesi R., *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Conc. e mercato*, 2014, 318 e segg.
- Pardolesi R., *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mer. conc. Reg.*, 2011, 436 e segg
- Pasquarelli F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM [Autorità Garante Concorrenza e Mercato] a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *dir. industr.*, 3, 2016, 253 e segg.
- Patroni Griffi F., *Giudicato amministrativo*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano
- Pezzoli A., *Private enforcement e analisi economica nei provvedimenti antitrust*, in *Dir. ind.*, 6, 2016, 512-514.
- Picozza E., *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013
- Piraino F., *Ingiustizia del danno e antigiuridicità*, in *Europa dir. Priv.*, 3, 2005, 703 e segg.
- Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007

- Ponzarelli G., *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 146 e segg.
- Porreca P., *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, 541 e segg.
- Romajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998
- Rordof R., *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le società*, 2014, 784 ss
- Salomone E., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 3, 2007, 875 e segg.
- Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959
- Sparano V., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961
- Taruffo M., *Le prove*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1989, fasc. 4, pp. 1085-1089
- Tesaurò G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010
- Trisorio Liuzzi G., *Ispezione nel processo civile*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993
- Verde G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998
- Villa G., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Il corriere giur.*, 3, 2015, 301