



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Processuale Civile

LE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA D'IMPRESA ED IL
PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Andrea Panzarola

CANDIDATA
Valeria Cassano
Matr. 119773

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Roberto Martino

Anno Accademico 2016-2017

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I: IL TRIBUNALE DELLE IMPRESE	
<i>Premessa</i>	7
1. Evoluzione normativa: le Commissioni e la riforma del diritto societario.....	9
1.1 L'istituzione delle prime Sezioni specializzate.....	11
1.2 Il Codice della Proprietà Industriale del 2005.....	13
1.3 L'abrogazione del rito societario.....	16
1.4 Il nuovo Tribunale delle Imprese.....	19
2. Profili processuali in tema di competenza.....	20
2.1 La competenza per territorio.....	22
2.2 La competenza per materia.....	25
2.2.1. Competenza in materia di diritto industriale.....	27
2.2.2. <i>Segue</i> : questioni interpretative sull'”interferenza”.....	29
2.3 La competenza in materia di diritto <i>antitrust</i>	31
2.4. I rapporti societari.....	32
2.5 La competenza per connessione.....	36
3. Questione di ripartizione interna o di competenza?.....	43
4. Il Tribunale delle società con sede all'estero.....	53
5. Il Tribunale delle imprese e le <i>class action</i>	58
6. Il rito delle Sezioni specializzate.....	60
6.1 Il processo industriale nel CPI.....	62
7. Il giudice specializzato.....	66
7.1 <i>Segue</i> : i modelli organizzativi delle Sezioni specializzate.....	71
8. Rilievi conclusivi.....	74
8.1 Progetti di riforma.....	77

CAPITOLO II: IL *PRIVATE ENFORCEMENT* NEL DIRITTO *ANTITRUST*

<i>Premessa</i>	79
1. Il diritto della concorrenza.....	80
1.1 Le condotte anticoncorrenziali.....	84
2. Modalità di attuazione.....	90
2.1 L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	92
2.1.1 Il regime di impugnabilità degli atti dell'Autorità.....	93
2.1.2 La legittimazione a ricorrere dei consumatori e delle imprese concorrenti.....	95
2.2 Il <i>private enforcement</i>	96
2.3 L'evoluzione della tutela <i>antitrust</i> dinanzi al Giudice ordinario italiano.....	98
2.3.1 <i>Segue</i> : l'interferenza del CPI con il diritto nazionale della concorrenza	105
2.3.2 <i>Segue</i> : la riunificazione delle competenze.....	107
2.4 Profili processuali.....	108
2.5 Le azioni esperibili: a) la nullità.....	111
2.5.1 <i>Segue</i> : l'inibitoria del <i>private antitrust enforcement</i> e la sua evoluzione giurisprudenziale.....	114

CAPITOLO III: IL DANNO *ANTITRUST*

<i>Premessa</i>	119
1. Il percorso giurisprudenziale verso la centralità del consumatore.....	120
2. Profili dell'azione risarcitoria.....	124
2.1 <i>Segue</i> : a) L'elemento soggettivo.....	125
2.2. <i>Segue</i> : b) il nesso causale.....	125
2.3. <i>Segue</i> : c) il fatto illecito.....	128
2.3.1. Le azioni autonome.....	129
2.3.2. Le azioni <i>follow-on</i>	131
3. Il valore probatorio delle decisioni dell'AGCM prima delle Direttiva.....	132
3.1. Il superamento della prova privilegiata.....	136

4. I programmi di clemenza e le decisioni con impegni a confronto del giudizio civile	140
5. I poteri istruttori del giudice	144
6. Il <i>passing-on</i>	146
7. La quantificazione del danno	147
8. La prescrizione	150
CONCLUSIONI	153
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUZIONE

«La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Così recita l'art. 41, co. 3, della Costituzione, sancendo un indissolubile legame tra la materia economica e il diritto, relazione che da sempre ha contraddistinto la nostra società, fin dai tempi più antichi¹.

Come si evince dalla suddetta disposizione, le Camere hanno il dovere costituzionale di prevedere tutte le opportune cautele affinché gli operatori economici possano liberamente perseguire e vedere accrescere la propria attività imprenditoriale, non solo entro i confini statali, ma anche all'interno dell'Unione Europea².

Con riferimento alle garanzie costituzionali, non può non essere menzionato il diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 Cost., che costituisce uno dei principi cardine dell'ordinamento italiano.

Lo Stato, quindi, deve assicurare la protezione di tutti i diritti e interessi legittimi, riconosciuti come tali dalla legge, prevedendo che su di essi decida un giudice terzo e imparziale secondo i principi del giusto processo.

Da una lettura combinata degli artt. 24 e 41 Cost., dunque, gli operatori economici hanno diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, da attuarsi mediante un corpo di norme, sostanziali quanto processuali, idonee a soddisfare le specifiche esigenze connesse alle veloci dinamiche del mercato.

Pertanto, si è riscontrata nel tempo la necessità di numerosi interventi legislativi in materia, che hanno portato alla creazione di Tribunali specializzati nella trattazione di cause in ambito prettamente commerciale.

¹ Si tratta di un nesso che caratterizza la comunità da tempi ben più antichi dell'entrata in vigore della Carta Fondamentale. Per comprendere la longevità del rapporto basti pensare che a Firenze, nella metà del XIV secolo, fu istituito il Tribunale della mercanzia. Quest'ultimo si componeva di sei consiglieri della città e di sei avvocati provenienti dall'esterno, ed era competente a giudicare le cause tra i mercanti fiorentini, indipendentemente dal luogo in cui questi si trovassero, e le controversie commerciali sorte tra i membri delle corporazioni delle Arti di Firenze.

² A tal proposito, sembra opportuno menzionare due principi che, in particolare, hanno a che fare con il diritto commerciale europeo: il principio di libera circolazione delle merci ed il principio della libertà di stabilimento, previsti dagli artt. 49 e ss. TFUE, a norma dei quali i legislatori nazionali non possono impedire agli operatori economici di offrire servizi all'interno degli Stati Membri, né possono precludere loro di portare avanti un'attività economica, con continuità, in uno o più Stati Membri.

Il riferimento principale, all'intero della cospicua produzione normativa *de qua*, è al decreto legge 24 gennaio 2012 n.1, c.d. decreto "cresci-Italia" sulle liberalizzazioni, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2012, n. 27, con il quale è stato istituito il c.d. "Tribunale delle Imprese", la cui denominazione suggerisce l'ambito delle controversie di cui si occupa³.

La Relazione Governativa a corredo del decreto ne illustra la *ratio* nonché le necessità che hanno spinto il nostro legislatore ad intervenire per modificare la disciplina processuale relativa alle previgenti Sezioni specializzate; gli obiettivi che si vogliono perseguire sono, da un lato, la difesa delle «*tutele sociali e del potere d'acquisto dei cittadini*» e, dall'altro, l'eliminazione dell'ostacolo al corretto funzionamento dei mercati, causato dall'eccessiva lentezza dei processi civili nazionali.

Il decreto, infatti, contiene misure tese ad ampliare il perimetro dei mercati ed a stimolare il gioco della concorrenza, allineando l'Italia alle *best practices*⁴ europee.

Il presente elaborato ha lo scopo di analizzare i profili processuali della tutela dei diritti innanzi al Tribunale delle Imprese, le specifiche materie di competenza dello stesso, e, tra queste, in particolare, quella riguardante la normativa *antitrust*.

Nel corso del primo capitolo, partendo da un'esegesi del D.L. 1/2012, del quale si evidenzieranno le innumerevoli lacune, si affronterà l'esame degli aspetti più critici della trattazione delle controversie davanti alle Sezioni specializzate d'impresa, focalizzando l'attenzione in particolare sulla natura del giudice specializzato e sui suoi rapporti con le sezioni ordinarie

Nei successivi capitoli, si esaminerà il c.d. *private antitrust enforcement*, che, tra le materie di competenza del Tribunale delle imprese, è, attualmente, oggetto di particolare attenzione, anche nel panorama europeo, alla luce del recentissimo D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha recepito la Direttiva 2014/104/UE, con il quale si è definitivamente

³ A tal proposito, si sottolinea che il citato decreto non costituisce intervento più recente in materia. Invero, l'ultima modifica alla disciplina del Tribunale delle Imprese si è avuta con il decreto "Destinazione Italia", ovvero il D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge con modifiche dall'art. 1, co. 1, L. 9/2014. Tuttavia, le modifiche più rilevanti si sono avute nel 2012 e questo determina un'importanza secondaria della riforma più recente, che sarà comunque oggetto di trattazione nel corso del presente capitolo.

⁴In qualunque ambito operativo, mediante la comparazione, è possibile individuare e mettere in pratica la "miglior prassi", ossia la soluzione più efficace già applicata da altra organizzazione per risolvere un problema simile. Le *Best practices*, dunque, sono le altrui esperienze di successo, le *high performances*, dalle quali si apprende per migliorare le proprie prestazioni.

consacrata la complementarietà della tutela individuale esperibile dinanzi alle Sezioni specializzate rispetto all'accertamento dell'AGCM.

Un'economia caratterizzata dall'assenza di barriere istituzionali non potrebbe assicurare la realizzazione degli effetti positivi propri di una sana concorrenza. Il diritto *antitrust* condanna alcune specifiche condotte poste in essere dagli operatori economici, quali abuso di posizione dominante, intese restrittive e concentrazioni poiché si ritiene che queste possano minacciare il buon funzionamento dei mercati nazionali e non.

Al D. Lgs. 3/2017 si riconoscerà il merito di aver posto nelle mani dei consumatori gli strumenti necessari per ottenere una effettiva ed efficace tutela, che, affiancata al *public enforcement* delle Autorità amministrative, consente di perseguire il più ampio e generale obiettivo di una sana concorrenza tra imprese e del benessere di tutti gli operatori economici.

Capitolo I

Il Tribunale delle imprese

SOMMARIO: *Premessa* - 1. Evoluzione normativa: le Commissioni e la riforma del diritto societario - 1.1 L'istituzione delle prime Sezioni specializzate - 1.2 Il Codice della Proprietà Industriale del 2005 - 1.3 L'abrogazione del rito societario - 1.4 Il nuovo Tribunale delle Imprese - 2. Profili processuali in tema di competenza - 2.1 La competenza per territorio - 2.2 La competenza per materia - 2.2.1. Competenza in materia di diritto industriale - 2.2.2. *Segue*: questioni interpretative sull' "interferenza" - 2.3 La competenza in materia di diritto antitrust - 2.4. I rapporti societari - 2.5 La competenza per connessione - 3. Questione di ripartizione interna o di competenza? - 4. Il Tribunale delle società con sede all'estero - 5. Il Tribunale delle imprese e le *class action* - 6. Il rito delle Sezioni specializzate - 6.1 Il processo industriale nel CPI - 7. Il giudice specializzato - 7.1 *Segue*: i modelli organizzativi delle Sezioni specializzate - 8. Rilievi conclusivi - 8.1 Progetti di riforma

Premessa

Il legislatore nazionale per favorire la crescita economica e la competitività del Paese⁵, ha ritenuto opportuno utilizzare un modello già sperimentato con successo in materia di proprietà industriale ed intellettuale; infatti, l'art. 2 del decreto sulle liberalizzazioni, novellando il D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, ha riformato le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale semplicemente mutandone la denominazione in "Sezioni specializzate in materia di impresa".

Dunque, dinanzi al Tribunale delle imprese si concentrano una serie di controversie caratterizzate da particolare complessità tecnica, al fine di ottenere una qualità più elevata delle pronunce ed il conseguente recupero di efficienza del sistema giudiziario.

Il legislatore, in particolare, ha ritenuto di poter raggiungere tale efficienza attraverso l'utilizzo delle stesse risorse umane, strutturali ma soprattutto finanziarie, delle preesistenti Sezioni specializzate in materia di diritto industriale ed intellettuale⁶.

Definiti i presupposti, l'intervento del 2012, viene inserito tra le "riforme a costo zero"⁷, dal momento che lascia invariate strutture e personale amministrativo, dovendosi esclusivamente provvedere ad una diversa organizzazione del lavoro.

⁵ Così il preambolo al Decreto "cresci-Italia" sulle liberalizzazioni (d.l. 1/2012).

⁶ F. SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 5, pp. 1269-1283; G. CASABURI, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Il Diritto industriale*, 6, 2012, pp. 516-533.

⁷ T. BOERI - P. GARIBALDI, *Le riforme a costo zero*, Chiarelettere, 2011. Nello specifico: «Esistono moltissime e importantissime riforme che si possono fare "senza aumentare di un solo euro il debito pubblico". Sono le cosiddette "riforme a costo zero".»

L'obiettivo primario del legislatore, fin dal primo intervento in materia risalente al 2003, è quello di garantire l'effettività della giustizia laddove la realizzazione degli interessi degli operatori, nel circoscritto ambito industriale e commerciale, non si sia verificata.

Soprattutto in questo campo, la tutela dei relativi diritti deve confrontarsi con il sempre crescente processo di globalizzazione che ha caratterizzato il mercato internazionale, negli ultimi decenni.

L'espansione dei confini dei mercati ha avuto come risultato un'accesa concorrenza tra gli ordinamenti che, per avvicinare un numero sempre maggiore di investitori, hanno abbattuto, *inter alia*, anche i costi collegati ai dazi doganali ed al trasporto.

Un chiaro esempio di questo fenomeno può essere rinvenuto nelle disposizioni, abbastanza recenti, del legislatore europeo che, per preservare le attività commerciali dell'Unione, ha ampliato l'ambito di applicazione del principio di libertà di stabilimento non solo in relazione alle persone fisiche, ma anche a quelle giuridiche.

L'evolversi dell'economia, nazionale ed internazionale, ha richiesto nei confronti dello Stato una garanzia sempre maggiore di tutela giurisdizionale pronta ad assicurare il soddisfacimento integrale dei diritti ed un alto grado di prevedibilità dell'esito della lite⁸.

Strettamente connessa alla necessità di ridurre drasticamente i tempi processuali, quantomeno dei procedimenti che, in modo non del tutto corretto, vengono definiti "commerciali"⁹ e, di conseguenza, sottoposti al vaglio del Tribunale delle Imprese, vi è il profilo riguardante il reclutamento di magistrati fortemente specializzati, in quanto dotati di specifiche competenze¹⁰, profilo che ha generato non pochi dibattiti dottrinali, come si vedrà più specificatamente nel proseguo della trattazione.

⁸ Uno degli obiettivi che la Commissione Mirone voleva perseguire era «*un maggior grado di prevedibilità dei tempi e dei risultati dell'intervento del giudice*». Come di seguito si sottolineerà, la lentezza del processo italiano è da sempre stata un'evidente circostanza che ha determinato l'allontanamento degli investitori dal nostro Paese.

⁹ P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Torino, 2014.

¹⁰ Art. 2, co. 1, D. Lgs. 168/2003.

1. Evoluzione normativa: le Commissioni e la riforma del diritto societario

Il legislatore, a più riprese, è intervenuto sulla disciplina delle Sezioni specializzate, modificandone la competenza, sia per materia che per territorio.

E', dunque, opportuno illustrare le tappe che hanno portato all'istituzione dell'attuale Tribunale delle imprese.

Attraverso un, seppur essenziale, *excursus* normativo, si potrà meglio comprendere quale è il ruolo attualmente ricoperto dalle Sezioni specializzate in materia d'impresa nella giustizia civile.

Il primo passo verso il moderno giudice specializzato è stato mosso dalle proposte di riforma del diritto societario elaborate nei disegni di leggi delega, tra il 1999 ed il 2000, dalle Commissioni Rovelli e Mirone.

Queste bozze suggerivano l'introduzione di due importanti novità in ambito processual-civilistico.

Di queste, la prima proponeva l'istituzione, presso le sedi di Corti d'Appello, di Sezioni specializzate distrettuali in materia di proprietà industriale, societaria, fallimentare, bancaria e di intermediazione finanziaria, stante la specificità delle materie oggetto dei procedimenti in ambito economico e finanziario.

La seconda, invece, concerneva la creazione di riti specifici e differenziati, applicabili esclusivamente nei procedimenti innanzi alle stesse Sezioni Specializzate, il cui l'obiettivo sarebbe stato la risoluzione del già citato problema connesso alla scarsa efficienza della giustizia civile, imbrigliata dalla lentezza dei processi.

Delle due proposte, il legislatore non prese, neppure indirettamente, in considerazione la prima, poiché appariva impensabile l'allontanamento dalla previsione costituzionale del giudice naturale a seguito della creazione di Sezioni specializzate¹¹.

Pertanto, attraverso il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, emanato in attuazione della legge delega 3 novembre 2001, n. 366, si realizzò un rito *ad hoc* per le sole controversie societarie.

La scelta adoperata dal legislatore apparve connessa alla volontà di allontanare dalle liti in materia societaria le lungaggini e pesantezze del rito ordinario, per le quali erano (e

¹¹ Art. 25 Cost.: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.»

tutt'oggi sono) particolarmente intollerabili le indefinibili tempistiche del processo civile¹².

Nel 2005, il rito societario¹³ venne esteso anche alle Sezioni Specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale che sarebbero state istituite, da lì a poco, con il D. Lgs 27 giugno 2003, n. 168, superando le iniziali incertezze del legislatore.

Sinteticamente, il rito societario si caratterizzava per la notevole flessibilità e per la centralità del ruolo del difensore nella fase precedente al giudizio.

Infatti, il rito aveva inizio con la notificazione della citazione, nella quale, a differenza del rito ordinario, in cui è prevista la fissazione dell'udienza di comparizione, veniva indicato un termine entro il quale il convenuto avrebbe dovuto notificare una comparsa di risposta; all'interno di quest'ultima egli doveva individuare un ulteriore termine per le memorie di replica dell'attore, il quale a sua volta, ancora, fissava un termine per le memorie difensive del convenuto.

Sembra evidente, il motivo per il quale, quello societario, venne definito come un "processo pendente senza giudice"¹⁴; si trattava, infatti, di un rito *ad hoc* all'interno del quale non veniva lasciato un adeguato spazio al magistrato, il quale, in tutti gli altri procedimenti, ricopre, invece, un ruolo essenziale¹⁵.

La flessibilità, dell'ormai abrogato rito societario, risiedeva nel fatto che i tempi processuali erano dettati esclusivamente dalle parti, in quanto ciascuna di esse, invece di replicare, avrebbe potuto notificare istanza di fissazione dell'udienza.

Sin dalle prime applicazioni pratiche, si concretizzò il pericolo, prospettato fin dai tempi di redazione del nuovo rito, derivante dall'eccessivo potere concesso ai difensori, che, ben presto, si trasformò in un'arma a doppio taglio.

Gli avvocati più esperti in materia societaria, infatti, iniziarono ad utilizzare gli strumenti propri del nuovo rito per allungare i tempi del processo e per creare una

¹² V. DI CATALDO, *La tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto industriale*, 2005, 1, pp. 51-56.

¹³ Si anticipa che la legge n.69 del 18 giugno 2009 ha abrogato il criticato rito societario. Per una trattazione più approfondita si rimanda ai prossimi paragrafi.

¹⁴ R. DE RUVO, *Il processo societario. Flussi processuali*, Giuffrè Editore, 2007.

¹⁵ M. FABIANI, *La partecipazione del giudice al processo societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, I, pp. 149-212.

sovraabbondanza di atti¹⁶, fino a sfociare in quello che è stato definito “scambio di cortesie tra difensori”¹⁷.

Le disposizioni del D. Lgs. 5/2003, ad ogni modo, fanno ormai parte dell’archeologia processuale¹⁸, in quanto abrogate, solo dopo un quinquennio di operatività, dalla L. 69/2009, senza, tra l’altro, dare la possibilità di verificarne, nel lungo periodo, la sua effettiva funzionalità.

Infatti, secondo l’idea primordiale del legislatore, tale nuovo rito, inizialmente testato esclusivamente sulle cause commerciali, doveva essere ampliato a tutti i procedimenti fino a sostituire integralmente l’assetto normativo dell’allora (ed ancora attuale) giudizio civile.

1.1 L’istituzione delle prime Sezioni specializzate

L’istituzione di un organo giudicante specializzato in ambito economico e finanziario era auspicata dagli stessi operatori del diritto, a causa dell’eccessiva proliferazione normativa in tema di imprese¹⁹.

Nonostante ciò, il legislatore decise di percorrere unicamente la strada del rito societario, lasciando sfumare, sebbene per un breve arco temporale, la possibilità di creare delle Sezioni specializzate.

A tal proposito, è bene ricordare che l’Italia, per quasi un decennio, ha disatteso le disposizioni contenute nel Regolamento (CE) n. 40/94 del 20 dicembre 1993, con cui il Consiglio Europeo aveva intimato la creazione di «*un numero per quanto possibile ridotto di tribunali*» sui marchi comunitari.

Istituzioni giuridiche di tale portata, infatti, avrebbero risposto all’esigenza processuale di incanalare, presso un unico giudice, tutte le cause riguardanti la materia di impresa.

Superate le resistenze nazionali, che in precedenza avevano impedito la creazione di un giudice specializzato, il decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, per la prima

¹⁶ P. COMOGLIO – P. DELLA VEDOVA, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Giuffrè Editore, 2006.

¹⁷ G. TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, 3, pp. 641-650.

¹⁸ F. SANTAGADA, *cit.*

¹⁹ GALLO D., *Il tribunale delle imprese*, Milano, 2014.

volta, istituiva Sezioni specializzate, non solo sui marchi comunitari, ma in generale, in materia di proprietà industriale ed intellettuale, «*senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazione organiche*»²⁰.

L'art. 1 del D. Lgs. 168/2003 istituiva dodici Sezioni specializzate presso i Tribunali e le Corti d'Appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia, composte da almeno sei magistrati dotati di specifiche competenze.

Con riguardo alle disposizioni normative squisitamente processuali, per le Sezioni specializzate, il legislatore ha ritenuto opportuno che le decisioni fossero tenute collegialmente, ai sensi dell'art. 50-*bis*, co.1, n.3, c.p.c., salve diverse previsioni di leggi speciali.

Al Presedente del Tribunale o della Corte d'Appello veniva concessa la possibilità di assegnare, agli stessi giudici delle Sezioni specializzate, la trattazione di cause che avevano ad oggetto materie differenti rispetto a quelle per le quali sono state istituite.

Naturalmente, tale potere non è stato concesso senza dettare alcuna cautela; infatti l'assegnazione di ulteriori cause, che esulavano dalla competenza delle Sezioni specializzate, sarebbe stata possibile solo se ciò non avesse comportato ritardo nella trattazione e decisione dei giudizi in materia di proprietà industriale ed intellettuale²¹.

Risulta evidente che, in caso contrario, non si sarebbe realizzato il principale obiettivo cui il legislatore mirava con l'introduzione di una riforma di tale portata: risolvere il problema della lunghezza dei procedimenti civili.

L'art. 3 del citato decreto legislativo attribuiva alle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale la competenza sulle controversie aventi ad oggetto: brevetti, marchi nazionali ed internazionali, fattispecie della concorrenza sleale che interferiscono con la proprietà industriale ed intellettuale, disegni, modelli e diritto d'autore.

²⁰ Art. 1, D. Lgs. 168/2003: «*Sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche*».

²¹ Art. 2, D. Lgs. 168/2003.

1.2 Il Codice della Proprietà Industriale del 2005

Il Codice della proprietà industriale (CPI) venne emanato con il decreto legislativo n. 30, del 10 febbraio 2005.

Il Capo III, avente ad oggetto la tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale, fornisce una delucidazione circa le regole processuali necessarie per la protezione dei diritti di cui sopra.

Tali norme rappresentano la parte più corposa dell'intero codice che, tra l'altro, ha avuto il compito di unire le disposizioni, precedentemente contenute in differenti disposizioni normative, relative a brevetti per invenzione, marchi registrati e concorrenza sleale²², al fine di garantire «coerenza giuridica, logica e sistematica»²³.

Tale Codice si inserì in quel processo di modernizzazione, voluto dal Parlamento, che iniziò con la presentazione del disegno legge recante “Misure per favorire l’iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza”²⁴, poi convertito nella legge 273/2002²⁵.

Si rileva che, nonostante gli innumerevoli sforzi del legislatore, ed escludendo lo sfortunato tentativo di applicazione del rito societario in tale ambito, nella parte prettamente processuale il CPI non aveva modificato quasi nulla rispetto al passato²⁶.

L'art. 134 CPI estese a tutte le controversie attribuite alla competenza delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale il rito societario, regolato dal D. Lgs. 5/2003²⁷.

Gli sfavorevoli giudizi promossi, già dalla diffusione del primo testo progettuale del CPI, in ordine all'applicazione del rito societario anche alle liti in materia industriale ed intellettuale erano distintivi di un giudizio negativo, ormai largamente condiviso, riguardo il suddetto rito.

²² V. DI CATALDO, *cit.* Infatti, a partire da tale momento, sono stati abrogati numerosi testi legislativi: ben 35, elencati all'art 246 dello stesso Codice.

²³ Così l'art. 15 l. 273/2002.

²⁴ Disegno legge del 28 novembre 2001 n. C/231

²⁵ M. TAVASSI, *Il primo anno di attuazione del codice della proprietà industriale e le modifiche dell'enforcement*, in *Corriere giuridico*, 11, 2006, pp. 1583-1603.

²⁶ M. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Il Diritto Industriale*, n. 2, 2008, pp. 174-189. I cambiamenti più rilevanti, nel CPI, si sono avuti con il D. Lgs. 131/2010 che, come meglio si avrà modo di approfondire *infra*, ha creato un vero e proprio “rito industriale”.

²⁷ P. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa. Commento a d.l. 24 gennaio 2012, n. 1*, in *Le Società*, 2012, fasc. 7, pp. 808-829.

Quest'ultimo, infatti, come anticipato, era ben distante dall'idea di efficienza auspicata dagli operatori del settore, nonché, prima ancora, dal legislatore, fino ad essere definito come la "panacea dei mali della giustizia"²⁸.

La prima conferma dell'ormai prossimo tracollo del rito societario si ebbe quando il Tribunale di Napoli, Sezione Specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, con ordinanza del 12 aprile 2006, sollevò una questione circa la dubbia legittimità costituzionale dell'art. 134 CPI.

Infatti, il primo comma del sopra citato articolo, nell'allora vigente versione, imponeva l'applicazione del rito societario anche alle controversie in materia di proprietà industriale, concorrenza e diritto antitrust.

A tal proposito, il giudice *a quo*, a seguito di una attenta lettura della disposizione attuativa del predetto decreto, evidenziò che gli artt. 15 e 16 della legge delega 273/2002, non giustificassero, in alcun modo, la decisione imperativa del legislatore di applicare il rito societario anche ai procedimenti aventi ad oggetto le materie industriali.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 17 maggio 2007, n. 170, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per eccesso di delega, l'art. 134 del CPI nella parte in cui stabiliva che, nei procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, di cognizione quindi delle Sezioni Specializzate, si sarebbero dovute applicare le norme relative al rito societario.

Il Giudice delle leggi condivise la critica mossa dal rimettente Giudice Partenopeo in relazione all'art. 134, co. 1, CPI, alla luce della chiara violazione dell'art. 76 Cost²⁹.

Quest'ultimo, infatti, fissa delle cautele che permettono un controllo preventivo da parte del Parlamento nei confronti del legislatore delegato, per cui a quest'ultimo non può essere attribuita la funzione legislativa se, previamente, e solo per oggetti definiti, non siano stati determinati i principi ed i criteri direttivi sui quali debba fondarsi il decreto.

La Corte Costituzionale, *in primis*, non ha ritenuto in alcun modo giustificabile la scelta operata dal legislatore delegato di auto-attribuirsi, per così dire, poteri in ambito processuale e di organizzazione delle Sezioni specializzate, posto che l'art. 15 della L. n.

²⁸ P. SANDULLI, *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, fasc. 5, pp. 1300-1316.

²⁹ M. LAMANDINI, *Dichiarata incostituzionale l'estensione del rito societario ai giudizi. Nota a Corte Cost. 17 maggio 2007, n. 170*, in *Diritto Industriale*, 2007, pp. 277-278.

273/2002³⁰ ha delimitato, in modo inconfondibile, l'oggetto della delega al semplice riordino normativo della disciplina sulla proprietà industriale³¹.

La Corte di legittimità, poi, passò in rassegna l'art. 16³² della stessa legge-delega, sottolineando che, alle indicazioni in esso contenute, il legislatore aveva già dato seguito attraverso il D. Lgs. 168/2003.

Lo stesso, infatti, conferiva al Governo il potere di emanare uno o più decreti atti ad assicurare la rapidità della giustizia civile attraverso la creazione di Sezioni specializzate, obiettivo – quasi - raggiunto attraverso il D. Lgs. 168/2003 e che, quindi, non riguardava, in nessun modo, anche il CPI³³.

³⁰ Così il co. 1, art. 15, L. 273/2002: «Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentite le competenti Commissioni parlamentari, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di proprietà industriale, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) ripartizione della materia per settori omogenei e coordinamento, formale e sostanziale, delle disposizioni vigenti per garantire coerenza giuridica, logica e sistematica;
- b) adeguamento della normativa alla disciplina internazionale e comunitaria intervenuta;
- c) revisione e armonizzazione della protezione del diritto d'autore sui disegni e modelli con la tutela della proprietà industriale, con particolare riferimento alle condizioni alle quali essa è concessa, alla sua estensione e alle procedure per il riconoscimento della sussistenza dei requisiti;
- d) adeguamento della disciplina alle moderne tecnologie informatiche;
- e) riordino e potenziamento della struttura istituzionale preposta alla gestione della normativa, con previsione dell'estensione della competenza anche alla tutela del diritto d'autore sui disegni e modelli, anche con attribuzione di autonomia amministrativa, finanziaria e gestionale;
- f) introduzione di appositi strumenti di semplificazione e riduzione degli adempimenti amministrativi;
- g) delegificazione e rinvio alla normazione regolamentare della disciplina dei procedimenti amministrativi secondo i criteri di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59;
- h) previsione che la rivelazione o l'impiego di conoscenze ed esperienze tecnico-industriali, generalmente note e facilmente accessibili agli esperti e operatori del settore, non costituiscono violazioni di segreto aziendale.»

³¹ Così la Relazione al disegno legge poi divenuto legge n. 273/2002.

³² L'art. 16 della legge delega, recita: «Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentite le competenti Commissioni parlamentari, uno o più decreti legislativi diretti ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti giudiziari in materia di marchi nazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto d'autore nonché di fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale e intellettuale, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) istituire presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia Sezioni specializzate a composizione collegiale per la trattazione delle controversie riguardanti le materie indicate, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche;
- b) prevedere altresì che nelle materie indicate le competenze riservate dalle leggi vigenti al presidente del tribunale e al presidente della corte d'appello spettino al presidente delle rispettive Sezioni specializzate, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche;
- c) attribuire alle Sezioni specializzate di cui alla lettera a) la pertinente competenza territoriale.»

³³ C. DELLE DONNE, *La consulta cancella il primo comma dell'art.134 del Codice della proprietà industriale: il rito societario non si applica alle controversie sulla proprietà industriale ed intellettuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, n. 170, pag. 2791.

A partire da tale momento, quindi, furono escluse dalla trattazione con il rito societario le controversie aventi ad oggetto le materie elencate all'art. 134 CPI.

Tuttavia, il problema persisteva per tutte quelle cause pendenti al tempo della sentenza n. 170/2003; a tal proposito si ritenne opportuno distinguere tra le seguenti situazioni.

Qualora il processo si trovasse ancora nelle fasi iniziali, ovvero nel caso in cui non fosse ancora spiatto il termine per la notifica della comparsa di costituzione e risposta concesso da parte dell'attore al o ai convenuti in base alle norme del D. Lgs. 5/2003, venne data alle parti la possibilità di proseguire il processo nelle forme del rito societario.

In ipotesi di questo genere, infatti, la notifica della comparsa di costituzione nel termine veniva valutata come volontà del convenuto di voler sottostare alla disciplina del rito societario.

In caso contrario, qualora il convenuto volesse avvalersi del rito ordinario per usufruire di termini processuali più lunghi, semplicemente, non avrebbe dovuto notificare la comparsa di risposta nei termini³⁴ di cui all'art 5, co. 1, D. Lgs. 5/2003³⁵.

1.3 L'abrogazione del rito societario

La legge 18 giugno 2009, n. 69, recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" è intervenuta, altresì, per abrogare, nell'entusiasmo generale, il rito societario, rilevatosi inidoneo ai fini acceleratori³⁶.

Come tutte le questioni controverse, anche questa si caratterizzò per aver diviso la dottrina, potendosi individuare commentatori non del tutto favorevoli al rito³⁷, ed altri che, invece, fin dall'inizio lo avevano accolto di buon grado³⁸.

³⁴ Ovvero entro dieci giorni dalla notificazione della citazione

³⁵ M. LAMANDINI, *cit.*

³⁶ L'art 54, co. 5, della stessa legge: «*gli articoli da 1 a 33, 41, primo comma, e 4, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, sono abrogati*». Si rileva che, invece, dall'intervento del 2009, sono sopravvissute le discipline riguardanti l'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale, tutt'oggi ancora in vigore.

³⁷ FRANCESCHELLI, *Requiem gioiosa per il rito societario applicato al diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2007; G. CASABURI, *Codice di proprietà industriale e Sezioni specializzate: una relazione virtuosa*, Intervento al Convegno organizzato dalla SISPI, Milano, sede dell'Assolombarda, 9 e 10 novembre 2007, in *Il Diritto industriale*, 2008, fasc. 2, pp. 124-134. In particolare l'autore non aveva una concezione positiva del rito in questione in quanto lo definiva non il "futuro" bensì il "passato" del panorama processuale italiano.

³⁸ Per il dibattito dottrinale: G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria di primo grado*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, fasc. 2, pp. 387-431; D. BUONCRISTIANI, *Profili sistematici e problemi pratici del nuovo rito speciale societario*, in *Judicium*;

In particolare, questi ultimi hanno mosso una duplice critica nei confronti di chi non ha mai accettato il rito societario: da un lato, infatti, hanno lamentato l'estrema facilità con cui è stato invocato l'eccesso di delega³⁹, definendolo addirittura come un *passepertout* per smantellare il rito societario; dall'altro, hanno ritenuto superficiale l'atteggiamento di coloro i quali hanno preferito approcciarsi alla riforma del rito societario in modo "distruttivo", piuttosto che approfondirne l'analisi con occhio esperto⁴⁰.

Anche in questo caso, quindi, una delle motivazioni cruciali dalla quale è scaturita tale riforma, la seconda in ambito processual-civilistico del secolo corrente, è stata la volontà di contrarre i tempi della giustizia civile, considerata la vera chimera che accompagnava (e tutt'ora accompagna) i "nuovi" governi, ognuno dei quali accusato di prestare poca attenzione a ciò che si verificava, in concreto, all'interno delle aule dei Tribunali, a seguito delle continue modifiche normative in ambito processuale⁴¹.

La necessità contrazione dei tempi, in questo caso, venne dettata da argomentazioni strettamente economiche: le lungaggini processuali e la scarsa specializzazione degli uffici giudiziari periferici, trattenevano gli investitori esteri lontani dai confini nazionali⁴².

A partire dall'entrata in vigore della L. 69/2009, il rito societario continuò ad applicarsi unicamente ai processi pendenti.

Nello specifico, e solo con riguardo ai processi a cognizione piena, continuarono ad essere decise dal Tribunale, in formazione collegiale, le cause *ex art. 50-bis*, n. 5, c.p.c.⁴³; tutte le altre, invece, si attribuirono alla cognizione del giudice monocratico.

Nel caso di cause connesse, tra le quali, alcune spettanti al collegio, ed altre al monocratico, *ex art. 281-nonies*, potevano essere decise congiuntamente dal collegio.

C. CECHELLA, *Il nuovo rito ordinario per le liti societarie: un'anticipazione della riforma del processo civile*, in *Judicium*.

³⁹ A riguardo, cfr. Cort. Cost., sent. n. 71, 28 marzo 2008.

⁴⁰ P. SANDULLI, *cit.*

⁴¹ L. SALVANESCHI, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Rivista di diritto processuale*, 6/2009, pp.1560-1581. L'autrice ha sottolineato, per di più, che « il processo civile ha bisogno di stabilità, non di nuove e continue rivoluzioni che finiscono invece con l'essere una delle ragioni della sua inesorabile disfunzione. La riduzione dei tempi del giudizio passa infatti anche attraverso la certezza delle sue regole e la consuetudine della loro applicazione. »

⁴² G. CASABURI, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle Sezioni specializzate*, in *Il Diritto industriale*, 2/2014.

⁴³ Così l'art. 50-bis, n. 5, c.p.c.: «Nelle cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, nonché nelle cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi».

Le cause di valore non superiore a cinquemila euro erano di competenza del giudice di pace.

Per quanto riguarda i procedimenti cautelari, bisogna distinguere tra quelli introdotti *ante causam* ex art. 669-ter c.p.c., e quelli richiesti, invece, in corso di causa.

Con riferimento ai secondi, ai sensi dell'art. 669-quater dell'art. 24 D. Lgs. 5/2003, solo se la data dell'atto introduttivo al giudizio di merito era anteriore all'abrogazione oggetto di specifica trattazione, si poteva usufruire del rito sommario abbreviato.

Tuttavia si rileva che, tramite l'applicazione degli artt. 175 e 178 c.p.c., il giudice istruttore, nei casi di instaurazione della causa a seguito del 4 luglio 2009, avrebbe potuto comunque ritenere la causa matura per la decisione.

Nel caso in cui fosse richiesto per legge la decisione collegiale, allora avrebbe invitato le parti a formulare le conclusioni; contrariamente si sarebbe potuto pronunciare con sentenza.

Di contro, le controversie rientranti all'art. 1, D. Lgs. 5/2003⁴⁴, instaurate dopo il 4 luglio 2009, non rientranti nelle categorie di cui sopra, dovevano essere risolte mediante la disciplina di diritto comune.

Si realizzò, così, un fenomeno -esclusivamente italiano- di coesistenza di riti differenti applicati a cause aventi lo stesso oggetto.

⁴⁴ Di seguito il testo dell'art. 1, D. Lgs. 5/2003:« *Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a:*

a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

f) credito per le opere pubbliche.»

1.4 Il nuovo Tribunale delle Imprese

Alla luce del rovinoso fallimento del rito societario, il legislatore, con il noto decreto “cresci-Italia”⁴⁵, ha proseguito il lungo percorso iniziato agli inizi del secolo ma interrottosi nel 2003, istituendo il c.d. Tribunale delle Imprese.

Prima di approfondire i profili processuali concernenti la competenza e la connessione, è bene soffermarsi sulle svariate critiche che sono state mosse dalla dottrina, sin dagli albori dell’entrata in vigore del decreto legge, nei confronti di questa disciplina⁴⁶.

L’espressione altisonante “Tribunale delle Imprese”, da un punto di vista puramente terminologico, può dirsi doppiamente mendace.

Innanzitutto, perché questa denominazione compare esclusivamente nella rubrica dell’art. 2 del D.L. 1/2012, mentre in tutte le altre disposizioni legislative viene utilizzata la terminologia di “Sezione specializzata in materia di impresa”⁴⁷.

A tal proposito, anticipando una questione che sarà oggetto di specifica trattazione nei successivi paragrafi, si sottolinea che secondo alcuni, il Tribunale delle Imprese non costituisce un ufficio giudiziario autonomo, bensì un’articolazione interna del Tribunale presso cui è istituito.

In secondo luogo, le Sezioni specializzate non sono né competenti per tutte le cause che riguardano le imprese, né competenti soltanto per cause in cui sia parte almeno un’impresa.

A conclusione di queste primissime considerazioni, che esulano da qualsiasi circostanza ed argomentazione strettamente giuridica, il Tribunale delle imprese non può essere definito come un Tribunale nel senso proprio del termine e, per di più, non è un istituto che si rivolge esclusivamente alle imprese⁴⁸.

Quello del 2012, infatti, può essere definito come uno dei tanti interventi “contenitore”⁴⁹ ai quali il legislatore ci ha abituati negli ultimi anni, caratterizzati da testi particolarmente lunghi ma, soprattutto, da titoli che non rispecchiano, nella pratica, gli

⁴⁵ D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella L. 24 marzo 2012, n. 24.

⁴⁶ Il decreto liberalizzazioni entrò in vigore il 22 settembre 2012.

⁴⁷ G. FINOCCHIARO, *Il tribunale delle imprese*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2017

⁴⁸ Ciò in considerazione del fatto che, come già sottolineato, il Presidente del Tribunale o della Corte d’Appello può attribuire ai magistrati specializzati anche cause che esulano dalla competenza specifica attribuita al Tribunale delle Imprese.

⁴⁹ G. CASABURI, *La novellazione infinita del tribunale delle imprese*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2014.

obiettivi che si leggono nelle Relazioni Governative, per il cui raggiungimento, sono state proposte ed approvate le varie riforme sulle Sezioni specializzate.

Risulta opportuno anticipare che, malgrado gli stessi Magistrati non accolgano di buon grado i continui interventi sulla materia processuale, il “nuovo” Tribunale delle imprese è stato sottoposto, dopo il decreto legge 1/2012, ad ulteriori modifiche legislative.

Il decreto legge 23 dicembre 2013 n. 145, in particolare, è intervenuto per rafforzare le funzioni delle Sezioni Specializzate e per attrarre nuovi investimenti, definendo la competenza di un numero più esiguo di Tribunali per cause che coinvolgono società aventi la sede principale all'estero.

Inoltre, il 10 marzo 2016 è stato approvato dalla Camera un disegno di legge, redatto dalla Commissione presieduta da dottor Berruti, istituita con il mandato di individuare le necessarie modifiche al sistema processual-civilistico italiano.

Il disegno di legge propone anche una riforma sul Tribunale delle imprese.

Si riserva la trattazione, con riferimento a questi più recenti interventi legislativi, agli ultimi paragrafi di questo primo capitolo.

2. Profili processuali in tema di competenza

Ai sensi dell'art. 2 del decreto legge n.1 del 2012, le già esistenti Sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale, che avevano ottenuto un importante apprezzamento da parte degli operatori del diritto, sono state trasformate in Sezioni specializzate in materia di impresa⁵⁰.

Il legislatore, infatti, non ha creato, *ex novo*, il c.d. Tribunale delle imprese, ma ha optato, in modo univoco, per l'ampliamento della competenza, sia per materia che territoriale, delle già istituite Sezioni⁵¹.

Nonostante il grande entusiasmo del legislatore, questa scelta non è stata accolta dalla dottrina di buon grado; e ciò perché ha determinato, come nei prossimi paragrafi si avrà modo di constatare, l'insorgere di questioni interpretative sotto più profili in quanto

⁵⁰ Così recita l'art. 2, co.1, lett. a) e b), del D.L. 1/2012: «Al decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1: 1) la rubrica è sostituita dalla seguente: “Istituzione delle Sezioni specializzate in materia di impresa”; 2) al comma 1, le parole: “proprietà industriale ed intellettuale” sono sostituite dalla seguente: “impresa”».

⁵¹ M. TAVASSI, *Dalle Sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale alle Sezioni specializzate dell'impresa*, in *Il Corriere giuridico*, 8-9/2012.

l'affidamento di competenze “a macchia di leopardo”⁵² allontana i Giudici del Tribunale delle imprese dalla “specializzazione” richiesta dalla legge.

Nella formulazione iniziale dell'art. 2 del citato decreto legge non era prevista l'istituzione di nuove Sezioni specializzate presso ulteriori Tribunali e Corti d'Appello; tuttavia, il testo definitivamente approvato, attraverso l'introduzione del comma 1-*bis* al D. Lgs. n.168, ha istituito nuove Sezioni, aumentandone il numero da dodici a venti.

Un presupposto simile non escludeva, tra l'altro, la possibilità per l'Italia di essere sottoposta ad una procedura d'infrazione - che da alcuni era vista come una opportunità⁵³ - intentata da parte della Commissione Europea, dal momento che il legislatore comunitario, con il lontano Regolamento (CE) 40/94, aveva disposto la creazione di un *numero ridotto* di tribunali.

Le Sezioni specializzate sono state istituite presso i Tribunali e le Corti d'Appello con sede nel capoluogo di ogni regione, ad eccezione della Valle d'Aosta per la quale sono competenti le Sezioni presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Torino.

Al contrario, in Sicilia ed in Lombardia sono state istituite nuove sedi che affiancano quelle già istituite a Brescia ed a Catania⁵⁴.

Il D.L. 1/2012 stabilisce che le Sezioni specializzate in materia d'impresa sono competenti per le cause istruite dopo il novantesimo giorno dall'entrata in vigore dello stesso⁵⁵.

Un dato particolare si rinviene nell'omessa disciplina delle cause pendenti dinanzi ai Magistrati che, poi, il decreto legge ha assegnato alle nuove Sezioni. Non disponendone l'abbandono, l'effetto è stato quello di sovraccaricare di lavoro i Magistrati, non già ancora esperti nella trattazione delle materie industriali, causando un inevitabile

⁵² F. SANTAGADA, *cit.*

⁵³ Così G. CASABURI, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, *cit.* L'autore ritiene che un numero così elevato di sezioni potrebbe causare una “despecializzazione” delle sezioni.

⁵⁴ Così l'art. 2, co.1, lett. c), del D.L. 27/2012: «Al decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168 sono apportate le seguenti modificazioni: [...] è aggiunto il seguente comma: 1-*bis*. “Sono altresì istituite Sezioni specializzate in materia di impresa presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni regione, ove non esistenti nelle città di cui al comma 1. Per il territorio compreso nella regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste sono competenti le Sezioni specializzate presso il tribunale e la corte d'appello di Torino. È altresì istituita la sezione specializzata in materia di impresa presso il tribunale e la corte d'appello di Brescia. L'istituzione delle Sezioni specializzate non comporta incrementi di dotazioni organiche”».

⁵⁵ Così l'art. 2, co. 5 del D.L. 27/2012: “Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano ai giudizi instaurati dopo il novantesimo giorno dall'entrata in vigore del presente decreto”. Ovvero per tutti i giudizi instaurati dal 20 settembre 2012.

rallentamento nei lavori di costituzione delle nuove Sezioni e pregiudicando le rapide decisioni tanto auspiccate⁵⁶.

Fin da subito, sembra evidente il contrasto con l'obiettivo primario della riforma di *“ridurre i tempi di definizione delle controversie [...] aumentando in tal modo la competitività di tali imprese sul mercato”*⁵⁷.

La dimensione “ultradistrettuale” delle Sezioni è rappresentata dalla regola, contenuta nell'art. 5 del D. Lgs. 168/2003 -e mantenuta nel nuovo testo modificato dal D.L. 27/2012- secondo la quale, le materie rientranti nell'attuale competenza del Tribunale delle imprese, prima riservate dalla legge al Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello, ora spettano al Presidente della Sezione specializzata⁵⁸.

2.1 La competenza per territorio

L'art. 1 del D. Lgs. 168/2003 è stato novellato dal “Decreto liberalizzazioni”, il quale ha aggiunto il co. 1-bis, che *“con tecnica legislativa tanto sciatta quanto singolare”*⁵⁹, istituisce *“altresì”* Sezioni Specializzate presso tutte le città capoluogo di regione, ad esclusione della Valle d'Aosta, per la quale non si è ritenuto necessario la creazione di un apposito “Tribunale”, stante, in quella zona, la pressoché inesistenza di cause aventi ad oggetto materie industrialistiche e commerciali⁶⁰.

Per una opposta *ratio*, è stata istituita un'ulteriore Sezione presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Brescia, in quanto primo distretto industriale, per grandezza ed importanza, di tutta Italia.

⁵⁶ D. GALLO, *cit.*

⁵⁷ Relazione Ministeriale al D. Lgs. 1/2012.

⁵⁸ M. TAVASSI, *ult.op.cit.*

⁵⁹ G. CASABURI, *La tutela della proprietà industriale ed il tribunale delle imprese, cit.*

⁶⁰ Art. 1 del D. Lgs. 168/2003: *«1. Sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia Sezioni specializzate in materia di impresa senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche.*

1-bis. Sono altresì istituite Sezioni specializzate in materia di impresa presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni regione, ove non esistenti nelle città di cui al comma 1. Per il territorio compreso nella regione Valle d'Aosta/Vallè d'Aoste sono competenti le Sezioni specializzate presso il tribunale e la corte d'appello di Torino. È altresì istituita la sezione specializzata in materia di impresa presso il tribunale e la corte d'appello di Brescia. L'istituzione delle Sezioni specializzate non comporta incrementi di dotazioni organiche.»

Si parla di una trasformazione, nonché di un ampliamento, della competenza per territorio che passa, in questo modo, da “pluridistrettuale” a “quasi” regionale⁶¹

Sembra, però, che il legislatore abbia inconsciamente distinto tra Sezioni “tradizionali” e “nuove”.

Il primo articolo del decreto, rubricato “Istituzione delle Sezioni specializzate in materia di impresa”, infatti, a seguito della riforma del 2012, si compone di due commi, dei quali il co. 1- *bis* è stato introdotto proprio dalla novella legislativa.

Quest’ultimo riporta un elenco dei capoluoghi di Regione nei quali sono state istituite ulteriori Sezioni, lasciando invece immutate le sedi del precedente “giudice industriale”, di cui al comma 1.

Sarebbe stato auspicabile che il legislatore, in sede di riforma, avesse provveduto ad elencare, in un unico comma, tutte le sedi di Sezioni specializzate, evitando così, ogni problema interpretativo legato a questa asimmetria.

Per tale ragione, infatti, è stato necessario introdurre una norma di coordinamento.

Ai sensi dell’art. 4 del D. Lgs. 168/2003, così come modificato nel 2012, a ciascuna Sezione presente nei capoluoghi di Regione spettano le cause che, in base ai criteri ordinari, competerebbero ad un ufficio giudiziario compreso nel territorio della relativa Sezione.

Mentre, alle restanti Sezioni istituite presso i Tribunali e le Corti d’Appello di Brescia e Catania, sono attribuite le liti che, sempre secondo i criteri ordinari, dovrebbero essere risolte da uno degli uffici giudiziari dislocati nel relativo distretto di Corte d’Appello.

Si è, quindi, venuto a delineare un “*riparto privo di significato, che si risolve in un inutile appesantimento di un testo normativo già mal scritto ab origine [...] dal novello apprendista stregone*”, così come è stato definito il legislatore⁶².

La nuova “parcellizzazione” della competenza per territorio⁶³, fortemente criticata, ha creato numerosi disagi.

Sotto questo profilo, è stato fatto presente da alcuni che il legislatore ha istituito “tribunali di serie A e di serie B”⁶⁴, ostacolando, tra l’altro, l’accesso alla giustizia

⁶¹ P. COMOGLIO, *cit.* L’avverbio “quasi” è utilizzato dall’autore in ragione dell’esclusione della Valle d’Aosta.

⁶² G. CASABURI, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle Sezioni specializzate, cit.*

⁶³ G. CASABURI, *ult. op. cit.*

⁶⁴ G. FINOCCHIARO, *cit.*

speciale con riferimento alle sole imprese di minori dimensioni, dal momento che la cognizione delle cause “commerciali” relative a queste ultime spetta alla giurisdizione ordinaria e non a quella delle Sezioni specializzate.

Tale argomentazione ha una conseguenza non sorvolabile: non è più rispettato il principio di equi-ordinazione dei magistrati, così come fatto presente nella delibera del 22 febbraio 2012 dallo stesso Consiglio Superiore della Magistratura⁶⁵.

In più, non si comprende l’ingiustificata esclusione, a seguito di un ampliamento pressoché globale della competenza per territorio, della Valle d’Aosta, che ha creato l’insorgere di proteste da parte delle associazioni forensi e dei partiti politici.

L’unica spiegazione al chiaro fallimento delle disposizioni riguardanti il Tribunale delle imprese si rinviene nell’ipotesi che il legislatore abbia ritenuto più opportuno, per favorire la specializzazione del Giudice, ampliare le materie di competenza delle Sezioni; nel fare ciò, congiuntamente, ha raddoppiato il numero di sedi per facilitare l’organo giudicante nel proprio lavoro⁶⁶.

Inoltre, deve segnalarsi un’altra competenza territoriale, contenuta all’art. 134 CPI, il quale attribuisce al Presidente della Sezione specializzata di Roma il potere di individuare, in caso di disaccordo tra le parti, il terzo componente del collegio di arbitratori⁶⁷.

2.2 La competenza per materia

Le Sezioni specializzate, a partire dalla loro prima istituzione nel 2003, hanno visto notevolmente ampliata anche la loro competenza per materia.

⁶⁵ G. VERDE, *Questione giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

⁶⁶ Prima del 2012, la quasi totalità dei contenziosi di cui all’art. 3 D. Lgs. 168/2003 erano concentrati presso le sedi di Milano, Roma, Torino e Napoli.

Tale specificazione è stata necessaria in quanto si riteneva che, a seguito della frammentazione territoriale - che, ad oggi, ha comunque depotenziato notevolmente il ruolo delle Sezioni specializzate nelle predette città - Milano rischiava di essere esclusa alla candidatura a sede del Tribunale unificato europeo dei brevetti. Fortunatamente, nel marzo 2017 è stato dato seguito al deposito della legge di ratifica del Tribunale Unificato dei Brevetti che ha definitivamente assegnato a Milano una sede di questo. Tale decisione è stata accolta nella felicità delle industrie italiane, che a partire dall’operatività della sede milanese del Tribunale dei brevetti, che si avrà a partire dal maggio 2018, potranno agire in protezione dei loro diritti senza uscire dal nostro Paese.

⁶⁷ Ciò accade solo nel caso in cui il collegio debba decidere circa la determinazione dell’indennità di espropriazione relativa ai diritti di proprietà industriale non concordata tra le parti. Si rileva che, la disposizione relativa a tale articolo, potrebbe sfociare in una questione di illegittimità costituzionale dal momento che l’arbitraggio collegiale è assimilabile ad un arbitraggio obbligatorio *ex lege*.

Il D. Lgs. 168/2003, così come configurato prima dell'ultima riforma del 2012, all'art. 3 prevedeva la competenza delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale per le sole controversie aventi ad oggetto marchi, brevetti e diritto d'autore⁶⁸.

Poi, il Codice della Proprietà industriale ne ha ampliato la competenza attribuendo a queste anche la soluzione delle controversie in tema di concorrenza sleale e di illeciti afferenti l'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della L. 287/1990, la cui cognizione, originariamente, spettava al giudice ordinario.

L'art.2, co.1, del D.L. 1/2012, definisce la competenza per materia del Tribunale delle imprese che, fin dalla primissima lettura, non può che essere definita particolarmente eterogenea.

Alla cognizione delle Sezioni specializzate, infatti, spettano le liti in tema di: diritto d'autore; diritto antitrust in relazione a violazioni nazionali e di stampo comunitario; concorrenza sleale con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale; rapporti societari, procedimenti relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture aventi rilevanza comunitaria; controversie di cui all'art. 134 CPI; le suddette Sezioni sono, altresì, competenti per tutte le cause a queste connesse⁶⁹.

⁶⁸ GALLO D., *cit.*

⁶⁹ Così l'art.3 del del D.L. 27/2012: «*Le Sezioni specializzate sono competenti in materia di:*

a) controversie di cui all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni;

b) controversie in materia di diritto d'autore;

c) controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

d) controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea.

2. Le Sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n.1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per le cause e i procedimenti:

a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli articoli 2445, terzo comma, 2482, secondo comma, 2447-quater, secondo comma, 2487-ter, secondo comma, 2503, secondo comma, 2503-bis, primo comma, e 2506-ter del codice civile;

b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

La dottrina, da sempre, critica la scelta del legislatore di attribuire alla cognizione delle Sezioni specializzate una moltitudine così variegata di materie.

In particolare, tale giudizio negativo prendeva le mosse dalla possibilità, prospettata dai commentatori, che i soggetti chiamati ad applicare il diritto avrebbero riscontrato serie difficoltà nel delineare, in modo univoco, i confini delle materie di cui all'art. 3 del D. Lgs. 168/2003.

Ciò che era stata individuata dalla dottrina come una semplice eventualità, non ha tardato a realizzarsi concretamente all'interno delle aule dei tribunali.

Da un lato, infatti, vi erano Magistrati che avevano iniziato da pochissimo il loro percorso di specializzazione e che, quindi, dovevano ancora “prendere confidenza” con le tecniche delle nuove materie loro assegnate; dall'altro, inoltre, si è assistito alle difficoltà interpretative degli avvocati, la cui prova è fornita dalla moltitudine di regolamenti di competenza proposti da parte del convenuto.

Tali complessità hanno di gran lunga complicato l'avvio delle “nuove” Sezioni specializzate, causando, tra l'altro, un rallentamento nella definizione dei giudizi⁷⁰.

Sembra opportuno sottolineare che la situazione attuale non sembra discostarsi da quella degli anni immediatamente successivi all'ingresso della riforma.

Inoltre, paradossalmente, nonostante il Giudice specializzato sia investito di un'enorme e disomogenea fetta di contenzioso, non è competente a giudicare le controversie relative alle società di persone, ai contratti commerciali, alle procedure legate all'insolvenza civile ed, infine, alle controversie relative al recupero dei crediti⁷¹.

c) in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall'articolo 2341-bis del codice civile;

d) aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che le controllano;

e) relativi a rapporti di cui all'articolo 2359, primo comma, numero 3), all'articolo 2497-septies e all'articolo 2545-septies del codice civile;

f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario.

3. Le Sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2”»

⁷⁰ P. CELENTANO, *cit.*

⁷¹ L. DE RENZIS, *Il Tribunale per l'impresa: le ragioni della scelta politica e la riflessione sull'adeguatezza di un sistema specializzato per il rilancio della competitività del moderno diritto d'impresa*, in *La Magistratura*, 2014, numero 1-2.

Per facilità di trattazione è possibile individuare quattro macroaree delle materie di competenza delle Sezioni specializzate⁷²:

- a) diritto industriale;
- b) diritto della concorrenza;
- c) cause e procedimenti⁷³ in temi di rapporti societari;
- d) procedimenti connessi.

2.2.1. Competenza in materia di diritto industriale

Non può essere recriminato alcun problema interpretativo con riguardo all'art. 2, co. 1, lett. a), del D.L. n.1/2012⁷⁴, ciò perché il legislatore ha richiamato una competenza, quella in materia di diritto industriale e diritto d'autore, già attribuita alle vecchie Sezioni specializzate con il Codice di proprietà industriale.

L'unico appunto, a tal proposito, che potrebbe essere mosso nei confronti del legislatore è che, pur avendone avuto l'opportunità, non ha colto l'occasione per devolvere una cognizione piena alle Sezioni specializzate in merito alle controversie in materia di concorrenza sleale⁷⁵, profilo, questo, che verrà approfondito nel paragrafo successivo.

Una novità, invece, si rileva per quanto concerne alcuni dettagli di rito; la precedente normativa imponeva la riserva di collegialità per tutte le cause devolute alle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale.

Con l'avvento del decreto legge n.1 del 2012, invece, il rito collegiale diviene applicabile solo ad una parte delle liti di competenza del Tribunale delle imprese, poiché ai procedimenti che hanno ad oggetto la c.d. materia "industrialistica" si applicano particolari istituti processuali individuabili nello stesso Codice della proprietà industriale⁷⁶.

⁷² G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *Manuale di diritto commerciale*, Roma, 2017.

⁷³ P. CRISCUOLI, *Il Tribunale delle imprese*, in *La Magistratura*, 2014, numero 1-2, p. 103-105.

⁷⁴ Sono attribuite alla competenza delle Sezioni specializzate controversie di cui all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni.

⁷⁵ F. SANTAGADA, *cit.*

⁷⁶ G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *cit.* Per una trattazione più approfondita del "rito industriale" v. par. 6.1 del presente capitolo.

Si rileva, infine, che l'accordo n. 2013/C 175/01 del Consiglio Europeo, ha istituito il Tribunale unificato dei brevetti (TUB), la cui piena operatività si prevede entro la fine del corrente anno.

Questa specificazione si è resa necessaria in quanto, lo stesso art. 3 del D. Lgs. 168/2003, attribuisce al TUB la competenza, meglio inquadrabile come *giurisdizione* esclusiva, per i giudizi riguardanti la validità e la violazione dei brevetti unitari, nonché per le controversie concernenti i brevetti europei ed, infine, per le azioni di accertamento negativo alla violazione dei brevetti.

Lo stesso accordo attribuisce all'*Unified Patent Court* competenza esclusiva in relazione alle azioni per ottenere misure provvisorie e cautelari ed ingiunzioni riguardanti i brevetti.

Per di più, ai titolari di tali brevetti viene concessa la possibilità, alternativamente, di agire in giudizio, per i prossimi sette anni, innanzi al giudice ordinario esattamente come accadeva prima dell'entrata in vigore di questo accordo.

Tale intesa è stata particolarmente importante per il nostro Paese in ragione del fatto che ha, altresì, previsto l'istituzione di una sede periferica del TUB a Milano che, sempre più, si sta dimostrando essere l'unica città Italiana di stampo internazionale.

Si ritiene che l'istituzione di un Tribunale unico contribuirà al rafforzamento della creazione di un mercato interno, nonché ad uno sviluppo più consapevole, non solo dell'economia europea, ma anche di quella interna, stante la creazione della sede distaccata nella nostra Milano.

Infatti, prima del 2013, si era mostrata l'attitudine dei Paesi europei a contribuire alla frammentazione del mercato dei brevetti e dei relativi giudizi, soprattutto con riguardo alle PMI che, difficilmente, riuscivano ad avere la meglio nelle liti in cui erano contrastate da colossi industriali⁷⁷.

2.2.2. Segue: questioni interpretative sull'”interferenza”

La prima delle quattro macro categorie delle materie di competenza del Tribunale delle imprese, include il diritto d'autore e il diritto della proprietà industriale.

⁷⁷ F. FERRARI, *Il sequestro dell'anima, natura e funzione del sequestro in materia di proprietà industriale*, Giappichelli, 2016.

Tali materie si caratterizzano per il fatto di essere disciplinate da fonti differenti: in particolare, la prima, dalla lontana legge n. 633 del 1941, la seconda, invece, dal Codice della proprietà industriale del 2005 e s.m.i..

Questa specificazione è necessaria dal momento che deve effettuarsi un'ulteriore distinzione: posto che la concorrenza sleale pura è esclusa dalla competenza delle Sezioni specializzate, le cause di concorrenza sleale che interferiscono, anche solo indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, invece, sono attribuite alla competenza del Tribunale delle imprese, ai sensi del co. 1, lett. a) dell'art. 134 CPI.

Tuttavia, sempre con riguardo al caso di concorrenza sleale non pura, lo stesso non può dirsi con riferimento alle cause interferenti con il diritto d'autore che, pertanto, sono escluse dalla cognizione delle Sezioni specializzate.

Il testo dell'art. 134, in passato, ha causato non pochi problemi interpretativi.

La questione è sorta in ragione di una differente espressione utilizzata dal legislatore, tra la norma del 2005 e quella del 2009, quest'ultima intervenuta per modificare la precedente⁷⁸.

L'attuale art. 134 CPI stabilisce che le Sezioni specializzate sono anche competenti per *«i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, nonché in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale»*.

Nel testo originario, invece, il legislatore parlava di cause riguardanti la concorrenza sleale, in questo caso, interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale.

Alla base del problema di applicazione, ma prima ancora di interpretazione, di tale disposizione risiede il fatto che la stessa interferenza, dal legislatore nel 2009, è stata ripresa ma utilizzata con accezione negativa.

Sull'argomento è intervenuta più volte la Corte di Cassazione, ma la pronuncia più significativa, a riguardo, è stata la sentenza n. 16744 del 19 giugno 2008⁷⁹.

⁷⁸ L'art. 134 del CPI, infatti, è stato modificato dall'art. 19, co. 5 della legge n. 99 del 23 luglio 2009.

⁷⁹Massima della sentenza: *«Esula dalla competenza delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, la domanda, proposta da una società operante nel settore della fiscalità "on line", di risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione, ad opera di un ex dipendente, di alcuni "files" contenenti un elenco di clienti e "partners" corredato dei rispettivi indirizzi postali e telefonici, ma privo di qualsiasi riferimento al reddito o alle condizioni*

Il Giudice di legittimità ha voluto chiarire, fin da subito, che la concorrenza sleale pura, dalla lettura della norma, non fosse una materia spettante alla cognizione del giudice specializzato in tema di proprietà industriale ed intellettuale (ora in materia d'impresa), ricomprendendola, invece, in quella del giudice ordinario.

Tuttavia, il fatto che il legislatore avesse utilizzato il termine "interferenza" aveva ingenerato, negli operatori del settore, un dubbio interpretativo riguardante la sua volontà di volersi riferire ad un concetto, non solo differente, ma anche più ampio della nota connessione processuale *ex art. 40 c.p.c.*, sancendo, solo in materia di diritto della proprietà industriale, una competenza più ampia, in ragione proprio dell'interferenza, rispetto a tutte le altre di materie che rientrano, ai sensi dell'art. 3 D. Lgs. 168/2003, nella cognizione delle Sezioni specializzate.

La Corte di Cassazione, nel 2013, con sentenza n. 21762, è intervenuta nuovamente a riguardo, stabilendo, in modo definitivo, i casi in cui si realizza l'interferenza.

Secondo la Suprema Corte, l'interferenza si ha sicuramente quando la domanda di concorrenza sleale è accessoria rispetto a quella principale avente ad oggetto la proprietà industriale ed intellettuale, ed, inoltre, si ha in tutti quei casi in cui è necessario un accertamento incidentale della violazione del diritto di esclusiva ai fini della decisione della domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni⁸⁰.

patrimoniali dei soggetti indicati, e di ogni altra notizia utile all'attività economica esercitata dall'attrice: l'assenza di tali elementi impedisce infatti di qualificare tale elenco come informazione aziendale, tutelata dall'art. 98 del d.lgs. n. 30 cit., rendendo la fattispecie riconducibile alla concorrenza sleale c.d. pura, la quale resta affidata alla competenza del giudice ordinario, ove, come nella specie, non possa ravvisarsi un'interferenza neppure indiretta con l'esercizio di diritti di proprietà industriale o del diritto d'autore, trattandosi di un documento privo dei caratteri di creatività e novità propri delle opere dell'ingegno e non emergendo né dall'atto di citazione né dalle difese del convenuto alcun riferimento, neppure in chiave di mera delibazione e neppure incidentale, a diritti titolati dal codice della proprietà industriale».

⁸⁰ Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza del 23 settembre 2013, n. 21762 (rv. 627813): «*In tema di competenza delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, si ha interferenza tra fattispecie di concorrenza sleale e tutela della proprietà industriale o intellettuale sia nelle ipotesi in cui la domanda di concorrenza sleale si presenti come accessoria a quella di tutela della proprietà industriale e intellettuale, sia in tutte le ipotesi in cui, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti asseritamente di concorrenza sleale interferiscano con un diritto di esclusiva. Ne consegue che la competenza delle Sezioni specializzate va negata nei soli casi di concorrenza sleale c.d. pura, in cui la lesione dei diritti riservati non sia, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, tale da dover essere valutata, sia pure "incidenter tantum", nella sua sussistenza e nel suo ambito di rilevanza. (Nella fattispecie, riguardante la violazione di un patto di non concorrenza tra due galleristi d'arte per avere uno di essi aperto la sua galleria a poca distanza dall'altro, la S.C. ha riconosciuto una ipotesi di concorrenza sleale "pura", con la conseguente dichiarazione di competenza della sezione ordinaria del tribunale).»*, in *Pluris*.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la dottrina ha sottolineato che il concetto dell'accertamento *incidenter tantum* è stato utilizzato impropriamente, dal momento che, come anticipato, l'interferenza deve essere intesa in senso più esteso rispetto alla connessione processuale⁸¹.

Alla luce dell'interpretazione fornita dalla Cassazione nella sentenza n. 9167 del 2008, è stato chiarito che il legislatore, con questa norma di chiusura, vuole indurre l'interprete ad «*individuare un ambito di operatività del concetto di interferenza che non si risolva in quelli noti al codice di rito*», ampliando, così, l'alveo delle competenze poste in capo alle Sezioni specializzate.

Ciò posto, resta ancor più difficile comprendere la volontà del legislatore di escludere le sole fattispecie di concorrenza sleale interferenti con il diritto d'autore.

Tuttavia, parte della dottrina, forte della *ratio* sottesa alla riforma, ha suggerito, a riguardo, l'utilizzo dello strumento dell'*analogia legis*.

Ricorrendo ad un'interpretazione estensiva della norma, infatti, si potrebbero attribuire alla competenza delle Sezioni specializzate anche le cause di concorrenza sleali interferenti, anche solo impropriamente, con il diritto d'autore⁸².

2.3 La competenza in materia di diritto antitrust

Una scelta legislativa, vista di buon grado dalla dottrina, è stata quella di inserire, tra le competenze delle Sezioni specializzate, anche la trattazione delle controversie recanti ad oggetto le violazioni della normativa a tutela della concorrenza e del mercato, di rilevanza nazionale ed europea.

Il decreto legge n.1/2012 ha modificato il secondo comma dell'art. 33, L. 10 ottobre 1990, n. 187; tale intervento è stato necessario in quanto l'art. 33 attribuiva esclusivamente alla Corte d'Appello la cognizione delle azioni di nullità, risarcimento del danno e domande cautelari fondate sulla violazione del diritto antitrust nazionale, la cui competenza, a partire dal 2012, spetta al Tribunale delle imprese.

Il diritto della concorrenza è una materia che, fin dagli inizi degli anni '90, richiede una forte specializzazione; la trattazione di tale disciplina, infatti, necessita di conoscenze che esulano da quelle rinvenibili nei manuali di diritto⁸³.

⁸¹ P. CELENTANO, *cit.*

⁸² G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *cit.*

⁸³ V. SENA, *Sezioni specializzate*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2012, fasc. 1, pag. 114

Si tratta di una disciplina la cui complessità può essere toccata con mano rimandando alla difficoltà nell'individuazione dei periti che, spesso, devono essere scelti fra esperti che non rientrano nel tradizionale albo⁸⁴.

Come anticipato, in merito alle tutele del diritto antitrust, il legislatore ha accolto le istanze, provenienti da più parti, relative alla riunificazione della materia sotto la competenza di un unico organo giudicante per le controversie riguardanti violazioni del diritto della concorrenza, sia a livello nazionale che comunitario, ad esclusione delle azioni di classe di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo⁸⁵.

Tuttavia, rispetto allo schema di disegno legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2011, l'intervento legislativo è stato di portata visibilmente minore; ciò in ragione del fatto che il potere ad emettere provvedimenti inibitori-ripristinanti non è stato conferito alle Sezioni specializzate, in ragione del fatto che tale competenza era già attribuita all'Autorità Garante.

Una trattazione più approfondita dell'argomento viene rimandata al capitolo secondo.

2.4 I rapporti societari

Il secondo comma dell'art. 3 del D. Lgs. 168⁸⁶, tenendo conto delle successive modifiche

⁸⁴ M. A. IUORIO, *Il Tribunale delle imprese*, in *Judicium*, 25 settembre 2013.

⁸⁵ Cfr. par. 5 del presente capitolo.

⁸⁶ Così l'art. 3, co. 2: «*Le Sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per le cause e i procedimenti:*

a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli articoli 2445, terzo comma, 2482, secondo comma, 2447-quater, secondo comma, 2487-ter, secondo comma, 2503, secondo comma, 2503-bis, primo comma, e 2506-ter del codice civile;

b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall'articolo 2341-bis del codice civile;

d) aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che le controllano;

e) relativi a rapporti di cui all'articolo 2359, primo comma, numero 3), all'articolo 2497-septies e all'articolo 2545-septies del codice civile;

apportate nel 2012, elenca le controversie di carattere “societario” la cui competenza spetta alle Sezioni specializzate.

Trattasi di tutte quelle liti che hanno ad oggetto i rapporti nascenti in società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società Europee⁸⁷, le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, società che esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento di una delle suddette società, ed ovviamente tutte le cause a queste connesse.

La competenza a trattare anche delle cause in tema societario, che rappresentano l'elemento distintivo della novella, si è aggiunta a quella fin da subito attribuita alle Sezioni specializzate solo in materia di diritto industriale ed intellettuale.

A norma del comma 2 del predetto articolo, il Tribunale delle imprese è altresì competente quando sono oggetto della controversia i rapporti societari, il trasferimento delle partecipazioni sociali o i diritti a queste riferibili, i patti parasociali, le azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate nei confronti delle controllanti, delle società esercitanti la direzione ed il coordinamento e delle società cooperative.

Inoltre, il Tribunale delle imprese è competente a conoscere le cause riguardanti i contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria quando una delle suddette società ne sia parte, o partecipi al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui tali contratti sono stati affidati, solo però, nel caso in cui sussista la giurisdizione del giudice nazionale.

Con specifico riferimento ai “*rapporti societari*”, inclusi nella competenza delle Sezioni specializzate dal comma 2, alla lettera *a*), occorrono due precisazioni.

In primo luogo, è lo stesso legislatore a chiarire, nel testo dell'articolo, quali siano le categorie di controversie rientranti nel concetto di rapporto societario, come, ad esempio, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi o di controllo etc.

f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario.»

⁸⁷ Con ciò intendendosi sia le società europee (SE) di cui al Regolamento n. 2157/2001/CE, che e società cooperative europee di cui al Regolamento (CE) n.1435/2003”.

In secondo luogo, sembra opportuno sottolineare che le controversie della lettera a) coincidono con quelle cause e procedimenti alle quali si applicava -l'ormai abrogato- rito societario, motivo per il quale già esiste una chiara interpretazione dell'espressione *rapporti societari*.

Pertanto, alla luce di queste considerazioni, la questione riguardante la natura dei c.d. rapporti societari non può essere più annoverata tra i profili della norma che sollevano dubbi interpretativi.

L'utilizzo di tale dicitura, definitivamente, è sintomo della volontà del legislatore di attribuire una competenza più ampia al giudice del Tribunale delle imprese, fino a comprendere tutte le cause relative ai rapporti endosocietari⁸⁸, ossia tutte le relazioni che riguardano le società -comunque escludendo le società di persone- sorte fin dalla costituzione della stessa, ma escludendo tutti quei rapporti che legano la società a terzi⁸⁹.

Da ultimo, si rileva che il legislatore, nonostante la decisione di ampliare, anche sotto questo profilo, le competenze dell'attuale Tribunale delle imprese, ha ommesso di inalveare, a favore della cognizione delle Sezioni specializzate, anche i procedimenti relativi ai rapporti propri del funzionamento delle società di persone, ad eccezione, invece, di quelle che esercitano o che sono sottoposte al controllo di società di capitali o cooperative.

Esclusione che, tra l'altro, deve considerarsi del tutto infondata, dal momento che il legislatore ha giustificato tale scelta adducendo la scarsa rilevanza, dal un punto di vista numerico, delle cause riguardanti le società di persone.

Nel primo testo del D.L. del 2012, infatti, la competenza delle Sezioni specializzate, con riguardo, nello specifico, a questa macroarea, non era individuata tramite la distinzione, come invece oggi accade, quantomeno parzialmente, tra società di persone e società di capitali.

Come si legge dal testo del decreto "cresci-Italia", infatti, l'intenzione del legislatore era quella di attribuire alla cognizione del Tribunale delle imprese le cause che

⁸⁸ G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *cit.*

⁸⁹ L'interpretazione estensiva dell'espressione rapporti societari, ha permesso di includere, nella competenza delle Sezioni specializzate, anche i procedimenti "*relativi al recesso o all'esclusione dei soci, i procedimenti di cui all'art. 2409 c.c., le opposizioni dei creditori alle trasformazioni eterogenee delle società di capitali loro debentrici, [...] ogni impugnativa da parte dei soci, degli amministratori o dei sindaci, delle deliberazioni o decisioni degli organi sociali, che non importino modificazioni dell'atto costitutivo.*" Così P. CELENTANO, *cit.*

riguardavano le imprese di medio-grandi dimensioni, in ragione della loro importanza, sempre escludendo, tra queste, quelle costituite nella forma di società di persone.

Dopo la pubblicazione del testo del decreto legge, sono state fatte due considerazioni: si è sottolineata, da un lato, la netta superiorità numerica nel nostro Stato di società di persone, di piccole o medie dimensioni; in secondo luogo, è stato evidenziato che la scelta rispetto all'uno o all'altro modello societario, si basa principalmente sull'attività che la società stessa intende perseguire.

Nonostante tali rilievi, è rimasta ferma la volontà del legislatore di escludere la genericità delle società di persone dall'alveo delle competenze delle Sezioni specializzate, alle quali, infatti, si attribuirono solo le cause relative alle società a responsabilità limitata.

La critica a tale scelta si fonda proprio sul fatto che non si comprende come possa realizzarsi, in concreto, la tanto desiderata specializzazione del giudice⁹⁰, voluta dallo stesso legislatore, se, per di più, ai magistrati assegnati al Tribunale delle imprese, non viene attribuita la competenza a giudicare le cause riguardanti tutte le tipologie di società conosciute dall'ordinamento italiano⁹¹.

A riguardo, si rileva una recente pronuncia del Tribunale di Spoleto che ha negato la competenza delle Sezioni specializzate per un ricorso d'urgenza contro la delibera assembleare di trasformazione da società di persone a società di capitali, non essendo la trasformazione ancora compiuta⁹².

Da alcuni è stato sottolineato che l'elencazione delle materie rientranti nella macroarea dei rapporti societari spettanti alla cognizione delle Sezioni specializzate, contenuta nel comma 2 dell'art. 3, può definirsi più esemplificativa che tassativa⁹³.

Nonostante tale considerazione ed anche se il provvedimento di urgenza è stato richiesto in merito ad un atto prodromico della trasformazione, il Tribunale di Spoleto ha preferito negare la competenza delle Sezioni specializzate.

⁹⁰ Dell'argomento verrà affrontata una trattazione più approfondita nei paragrafi successivi.

⁹¹ V. SALAFIA, *La società a responsabilità semplificata e il tribunale delle imprese*, in *Le Società*, n. 2, 2012, p. 155.

⁹² Trib. Spoleto, Ord. del 9 marzo 2016: "*In materia di controversie relative alla trasformazione di società di persone in società di capitali è competente il Tribunale Ordinario e non il Tribunale delle Imprese qualora la trasformazione debba ancora essere compiuta*".

⁹³ D.GALLO, *cit.*

Sarebbe stata preferibile un' interpretazione estensiva della norma; interpretazione che, per l'appunto, avrebbe determinato l'attribuzione della causa al Tribunale delle imprese, certamente più specializzato nella materia oggetto della causa⁹⁴.

Alla luce di tale pronuncia, è stata confermata l'interpretazione restrittiva della norma in esame da parte della giurisprudenza, schierata dal lato della totale esclusione delle cause e dei procedimenti riguardanti le società di persone, ad eccezione di quelle che controllano o sono controllate da società di capitali.

2.5 La competenza per connessione

Un profilo che ha generato non pochi problemi interpretativi riguarda la previsione contenuta all'art. 3 del D. Lgs. 168/2003, così come modificato dalla legge n. 27 del 24 marzo del 2012, che devolve alle Sezioni specializzate anche i procedimenti connessi a quelli indicati ai primi due commi dello stesso articolo.

In primo luogo, deve essere rilevato che tale comma non era ricompreso nel testo del decreto legge n.1 del 2012; si ritiene, pertanto, che il legislatore abbia preso ispirazione dalla connessione cui faceva riferimento il D.L. 5/2003, che già attribuiva alle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, la competenza a conoscere tutte le cause attratte dal cd. rito societario^{95 96}.

Secondariamente, sembra che il legislatore abbia anche tenuto conto delle critiche mosse dalla dottrina in merito alla sempre più evidente incertezza relativa ai rapporti intercorrenti tra Sezioni specializzate e Sezioni ordinarie dello stesso ufficio giudiziario⁹⁷, decidendo così di ampliare la competenza delle Sezioni specializzate anche alle materie connesse a quelle ricomprese nell'art. 3 D. Lgs. 168/2003.

⁹⁴ M. SARTORI, *Principio dell'unanimità e competenza del Tribunale delle Imprese nella trasformazione di una società di persone costituite prima della riforma*, commento all'ord. 9 luglio 2016 del Trib. Spoleto, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2016, pp. 1205-1211.

⁹⁵ Si ricorda la previgente facoltà per l'organo giudicante di disporre la separazione dei procedimenti, con conseguente cancellazione della causa dal ruolo, che per ragioni di connessione sarebbe stata assoggettabile al rito societario, qualora ragioni oggettive sconsigliassero la trattazione congiunta dei procedimenti nel caso in cui fossero prevedibili i tempi di svolgimento ed esigenze diverse.

⁹⁶ Il Tribunale di Milano, il primo agosto 2006, aveva derogato al principio di attrazione secondo il quale, in ragione della specialità del il rito del lavoro, quest'ultimo dovesse attrarre tutti gli altri riti processuali. Venne così affermata la specialità del rito societario su quello del lavoro, che in ragione della sua natura, ha una "forza attrattiva maggiore" rispetto a quest'ultimo. Il rito societario deve essere applicato in tutti i casi in cui è ravvisabile connessione tra controversie soggette a riti differenti. Così GALLO D., *cit.*

⁹⁷ Dell'argomento si rimanda ad una trattazione più approfondita nel paragrafo successivo.

Evidentemente, il legislatore sperava di ridurre le situazioni in cui il Presidente del Tribunale si trova costretto a disporre il trasferimento degli atti della causa dalla Sezione ordinaria a quella specializzata e viceversa.

D'altro canto, un'ulteriore ragione dell'ingresso della connessione nel D. Lgs. 168, potrebbe essere rinvenuta in un suggerimento, contenuto nella delibera del 22 febbraio 2012, del Consiglio Superiore della Magistratura.

Nel testo approvato dal CSM si legge, infatti, che sarebbe stato opportuno modificare la norma di conversione nella parte in cui non prevedeva l'attribuzione di tutte le domande proposte in merito ad un giudizio, anche se una sola di queste, originariamente, spettasse alla competenza delle Sezioni specializzate.

Di tale suggerimento, tuttavia, deve essere comunque specificato che, in ogni caso, deve prevalere la competenza delle Sezioni specializzate sul giudice ordinario, in merito alla domanda principale. E la ragione di ciò può essere rinvenuta nella necessità di garantire il *simultaneus processus* che, altrimenti, sarebbe precluso.

Una simile soluzione sembra non essere affatto in contrasto con l'art. 40 del c.p.c., che istituisce un meccanismo grazie al quale, è assicurata, *ex post*, la riunione delle domande connesse alla causa principale, presso un unico giudice⁹⁸.

Da queste primissime considerazioni, sembra che il legislatore abbia preferito "proteggere" il *simultaneus processus* a norma dell'art. 40 c.p.c., a discapito, però, dell'altro intento principale della riforma: assicurare la specializzazione del giudice⁹⁹.

A favore della tesi di affidamento generale di tutte le controversie in materia di impresa ad un unico giudice specializzato è anche la giurisprudenza.

Infatti, con ordinanza n. 24917 del 2014, la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui, dalla lettura della norma in esame, si rilevano «*ipotesi speciali di modificazione della competenza per ragioni di connessione, determinando un'attrazione a favore delle Sezioni specializzate anche di cause che, se non fossero connesse a quelle di loro competenza, non sarebbero a loro attribuite*».

La Commissione giustizia della Camera dei deputati era, invece, di avviso contrario rispetto alla Corte di Cassazione ed al CSM; infatti, approvò, praticamente all'unanimità,

⁹⁸ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, settima edizione, Milano, 2013.

⁹⁹ P. CRISCUOLI, *cit.*

un parere sul “Decreto liberalizzazioni” contenente una serie di rilievi critici sulla riforma¹⁰⁰.

Tutte le proposte avanzate dalla Commissione giustizia sembrano muovere dall’assunto comune secondo il quale, nell’eventualità in cui il legislatore non avesse modificato il testo del D.L. 1/2012 -ciò che poi si è concretamente verificato- prima della conversione in legge, provvedendo quindi ad adeguare l’organico e le strutture alle nuove competenze, si sarebbero verificati dei malfunzionamenti degli uffici giudiziari relativi alle Sezioni specializzate.

In particolare, la modifica, *rectius*, la soppressione avrebbe dovuto riguardare il terzo comma dell’art. 3 del D. Lgs. 168, la cui espressione “*ragioni di connessione*” era considerata così tanto indeterminata da far insorgere dubbi interpretativi¹⁰¹.

Secondo la Commissione, il dettato letterale era, infatti, eccessivamente generico, facendo riferimento a tutte le eventuali e possibili ragioni di connessione, non solo tra *cause*, ma anche tra *procedimenti*, categoria, quest’ultima, inserita nell’art. 3 dal legislatore, con il fine di includere il maggior numero possibile di controversie attribuibili alla competenza delle Sezioni specializzate.

Tuttavia, alle proposte della Commissione non è stato dato seguito normativo da parte del legislatore che ha lasciato alla dottrina ed alla giurisprudenza l’arduo compito di definire la natura ed i confini della *competenza per connessione* delle Sezioni specializzate.

Stante la specificità della dibattuta questione della competenza per connessione del Tribunale delle imprese, si richiamano i lineamenti essenziali sul tema.

Le ipotesi di connessione, astrattamente ipotizzabili, sono due:

- a) connessione oggettiva, all’interno della quale si suole individuare, da un lato, la connessione propria o forte, che ricorre in caso di identità del *petitum* mediato, del fatto costitutivo o, in ultimo, in ragione della pregiudizialità-dipendenza delle questioni, e, dall’altro, la connessione impropria o debole, che si

¹⁰⁰ Trattasi della delibera della seduta del 14 marzo 2012 della Commissione della giustizia della Camera dei deputati.

¹⁰¹ A tal proposito, sembra opportuno specificare che i punti all’ordine del giorno, in genere, sono atti parlamentari che, una volta approvati, determinano l’obbligatorietà politica del Governo a darne attuazione. In particolare, l’Ordine del giorno dell’On. Contento, poi approvato dalla Camera, insisteva sulla necessità del Governo di impegnarsi ad adottare tutte le proposte della Commissione giustizia del 14 marzo 2012. Tuttavia come si legge dall’attualmente in vigore art. 3 del Decreto liberalizzazioni, di queste proposte, non è stata data, inspiegabilmente, alcuna attuazione normativa.

ritrova nei casi *ex art.* 103 c.p.c., nei quali sussistono identiche questioni in fatto o in diritto;

b) connessione soggettiva, disciplinata all'art. 104 c.p.c., che si verifica nel caso in cui, nei confronti dello stesso soggetto sono proposte più domande che non potrebbero essere riunite in nessun caso, se non grazie a tale disposizione normativa.

Come già anticipato, la questione crea incertezze in relazione ad un duplice ordine di interrogativi: da un lato, si rileva la complessità dell'individuazione dei rapporti di connessione tra procedimenti, dei cui confini il legislatore nulla ha specificato, e dall'altro, la difficile determinazione dei limiti della *vis attractiva* della competenza delle Sezioni specializzate.

In relazione al primo quesito, ciò che, probabilmente, ha ingenerato sospetto negli operatori del settore, è stata la specificazione, superflua, contenuta nel terzo comma dell'art. 3, circa l'affidamento alle Sezioni specializzate delle “*cause e procedimenti che presentano ragioni di connessione*” con quelle elencate nei commi precedenti.

L'eccedenza letterale è palese, e ciò in ragione del fatto che il codice di procedura civile, agli artt. 31-36 e 40, già autorizzava (ed autorizza) a modifiche della competenza per ragioni di connessione.

Tale sovrabbondanza terminologica, caratterizzata, tra l'altro, da grande imprecisione, può dirsi contraddistinguere l'intero testo normativo che, non sempre, sembra conciliarsi con l'esigenza di specializzazione del giudice, necessità che, tra l'altro, ha determinato l'istituzione delle stesse Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, già nel 2003¹⁰².

Nonostante questa ultima considerazione, tuttavia, possono essere rinvenute non poche disposizioni legislative, contenute nel D. Lgs. 168/2003, in forte contrasto con la specializzazione del giudice, come, ad esempio, quella in esame.

Stante l'attuale testo del terzo comma, infatti, vi è il rischio che siano attribuite alle Sezioni specializzate anche cause che non richiedano, in alcuna misura, la specializzazione dell'organo giudicante.

¹⁰² M. A. IUORIO, *cit.*

Gli interrogativi sul punto, per di più, sorgono con riferimento alla dibattuta questione interpretativa circa l'interferenza della concorrenza sleale, altra evidente imprecisione testuale che si attribuisce al legislatore.

Fatta tale considerazione, e volendo muovere dei passi verso la soluzione circa il reale significato del co. 3, art. 3 del D. Lgs. 168/2003, si potrebbe ritenere che il legislatore volesse fare riferimento alla sola connessione propria, con l'esclusione dei casi di connessione impropria o meramente soggettiva.

In ogni caso, comunque, deve tenersi conto delle limitazioni temporali dell'art. 40 c.p.c.: non è possibile la realizzazione del *simultaneus processus*, ogni qual volta, la causa pendente promossa dinanzi ad un diverso ufficio giudiziario o ad una Sezione ordinaria del medesimo Tribunale, sia in uno stato tale da non consentirne una trattazione completa ed esaudiente anche della causa ad essa riunita¹⁰³.

Risulta opportuno sottolineare che, stante la mancata disposizione circa il rito applicabile alle Sezioni specializzate -che evidentemente deve essere, ed è, quello ordinario, tranne in specifiche situazioni- l'estensione del giudizio ad una causa connessa potrà, in taluni casi, implicare addirittura l'applicazione del rito del lavoro a tutte le cause cumulate¹⁰⁴.

A favore di questa prima corrente dottrinale, fa riferimento una pronuncia del Tribunale di Verona¹⁰⁵ risalente al 2012 che affermò che alle Sezioni specializzate deve essere attribuita la competenza anche sulle cause ed i procedimenti che “*presentano ragioni di connessione*” con le cause ed i procedimenti previsti dai primi due commi dell'art. 3 del D. Lgs.168/2003, con la conseguenza che devono considerarsi escluse le ipotesi di connessione impropria e di connessione oggettiva “*poiché quando il legislatore ha inteso attribuirne rilievo lo ha detto esplicitamente*”.

Di avviso contrario è altra parte della dottrina, che critica quest'impostazione restrittiva dell'*ubi lex voluit dixit*.

¹⁰³ V. ZENO, *Le Sezioni specializzate in materia di impresa. Profili processuali in tema di competenza*, in D. PALUMBO (a cura di), *Spunti attuali di diritto commerciale*, Torino, 2014.

¹⁰⁴ G. BALENA, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Il giusto processo civile*, 2/2012, fasc. 2, pp. 335-341.

¹⁰⁵ Sentenza del 10 dicembre 2012, Albreca s.r.l. c. Area Progresso s.r.l. La questione affrontata dalle Sezioni specializzate ha origine dal fatto che tra la domanda di ingiunzione avanzata nei confronti di una società e quella nei confronti dei due garanti, era ravvisabile un vincolo di connessione oggettivo (ovvero, stante le specificazioni di cui sopra si trattava di un'ipotesi di connessione propria), con la conseguenza che anche la seconda causa fu attratta alla competenza per materia della Sezione specializzata di impresa territorialmente competente, in Pluris.

Le considerazioni di quest'ultima, muovono proprio dal fatto che l'espressione generica utilizzata dal legislatore, rappresenta un chiaro sintomo della volontà di far confluire, verso le Sezioni specializzate, tutti i procedimenti, in qualsiasi modo connessi a quelli di competenza del Tribunale delle imprese, ad esclusione, però, dei soli casi di connessione soggettiva, *ex art. 104 c.p.c.*¹⁰⁶.

La dottrina più recente, da ultimo, sostiene che è del tutto superfluo soffermarsi sulla questione relativa al tipo di connessione cui fa riferimento la disposizione del co.3, art. 3 D. Lgs. 168/2003.

In particolare, secondo questa corrente, ad essere errato è il tipo di interrogativo che viene posto, *ab origine*, dagli altri esperti di diritto e ciò in ragione del fatto che, in ogni caso, deve sempre realizzarsi il *simultaneus processus* dinanzi alle Sezioni specializzate, prescindendo dalla natura della connessione tra le cause, forte o debole che sia.

Ciò che conta, infatti, non è l'esistenza di una relazione tra cause, la cui origine si deve comunque alla connessione; la vera importante *quaestio* è l'analisi della relazione intercorrente fra i giudici, che deve essere risolta sempre con il prevalere della competenza dei magistrati delle Sezioni specializzate sul giudice ordinario o del lavoro¹⁰⁷.

Secondo tale dottrina, pertanto, la connessione dovrebbe configurarsi come un istituto atto ad affermare la prevalenza della competenza di un giudice sull'altro, prescindendo dalla relazione tra cause e, dunque, dal tipo di connessione.

Concludendo, secondo tale filone dottrinale, nel caso in cui sia instaurata una causa accessoria innanzi alle Sezioni specializzate, saranno queste, in ogni caso, ad essere competenti anche in relazione alla causa principale, e ciò proprio in ragione della loro specializzazione.

Questa, quindi, non è altro che la situazione che si rinviene nel rapporto tra il giudice togato ed il giudice di pace nel caso di cause connesse; *ex art. 40 c.p.c.*, il secondo, infatti, dovrà sempre devolvere le cause a favore del primo¹⁰⁸.

Il secondo quesito che necessita di una soluzione riguarda l'individuazione dei limiti alla *vis attractiva* della competenza per connessione.

¹⁰⁶ A riguardo, si è espresso P. CELENTANO, *cit.*

¹⁰⁷ M. A. IUORIO., *cit.*

¹⁰⁸ Circa il commento all'art. 40, F. P. LUISO, *cit.*, e MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011.

Parte della dottrina ritiene che quella del co.3, art. 3 del D. Lgs. 168/2003, rientri nell'ipotesi di competenza per materia inderogabile, e per tanto *“destinata a prevalere su tutti i criteri che attribuiscono i procedimenti connessi alla competenza per materia o territorio di un altro giudice”*¹⁰⁹.

Tra l'altro, tale interpretazione è rafforzata dal contenuto della massima ricavabile dall'unico caso di giurisprudenza in materia di connessione: la sentenza del Tribunale di Verona del 2012.

Il giudice ordinario, infatti, in quell'occasione, ha definito la connessione come uno *“speciale criterio inderogabile di attribuzione della competenza per materia”* individuato dal legislatore.

Tuttavia, l'unica ipotesi in cui tale criterio non deve essere applicato è il caso di competenza funzionale, quella del Giudice del registro delle imprese, oppure del Tribunale con riguardo al procedimento per la dichiarazione di fallimento.

È utile sottoporre all'attenzione del lettore un'ordinanza della Corte di Cassazione, di estrema attualità.

Nel caso di specie, fu proposto regolamento di competenza avverso un'ordinanza del Tribunale di Ferrara, con la quale il giudice ordinario aveva dichiarato la propria incompetenza funzionale per una causa avente ad oggetto la declaratoria di nullità di un contratto di intermediazione nell'acquisto di azioni a fine di investimento, in quanto riteneva spettasse, secondo le regole di cui al D. Lgs. 163/2003, alla Sezione specializzata del Tribunale di Bologna.

La Suprema Corte si trovò d'accordo con il ricorrente, giustificando la sua decisione proprio con le stesse considerazioni della dottrina, sottolineando l'esigenza di evitare un eccessivo ampliamento delle competenze delle Sezioni specializzate, soprattutto con riguardo ai rapporti societari.

La competenza, nel caso di specie quindi, spetta al giudice ordinario e non alle Sezioni specializzate¹¹⁰.

¹⁰⁹ CELENTANO P., *cit.*

¹¹⁰ Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., (ud. 10-03-2017) 04-04-2017, n. 8738. La Suprema Corte, richiamando le disposizioni che circoscrivono le materie di competenza delle Sezioni specializzate, si è soffermata, in particolare sui rapporti societari e sulle partecipazioni sociali, valorizzando *«ai fini della individuazione della competenza delle Sezioni specializzate, il legame diretto della controversia con i rapporti societari e le partecipazioni sociali, riscontrabile alla stregua del petitum sostanziale, identificabile in funzione soprattutto della causa petendi, per la intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio.»*, in *Pluris*.

3. **Questione di ripartizione interna o di competenza?**

A seguito della riforma del 2012, i commentatori hanno duramente accusato il legislatore di essere stato, in alcuni casi, eccessivamente impreciso e frettoloso nel definire la disciplina del Tribunale delle imprese.

Tale, se così si può definire, leggerezza normativa, ha determinato, come già ampiamente sottolineato, l'insorgere di non poche questioni interpretative.

Tra le tante, il legislatore non sembra essersi preoccupato di definire la disciplina nel caso di erronea proposizione al giudice ordinario della causa rientrante, invece, tra le materie di cui all'art. 3 del D. Lgs. 168/2003 (nell'attuale versione), o viceversa.

Sembra opportuno, a tal proposito, un breve accenno alla situazione previgente all'istituzione del più recente Tribunale delle imprese.

A seguito della creazione delle primissime Sezioni specializzate in tema di proprietà industriale ed intellettuale, e prima ancora dell'entrata in vigore del Codice della proprietà industriale, nel caso in cui fossero stati violati i criteri di competenza per territorio, ovvero nel caso di proposizione della causa nei confronti di una diversa sezione rispetto a quella effettivamente competente, *sic et simpliciter*, si applicava l'art. 38 c.p.c..

Pertanto, era disposto che l'incompetenza dovesse essere rilevata prima dell'udienza di comparizione delle parti, di cui all'art. 183 c.p.c.

Dunque, anche nel caso in cui non fossero state rispettate le norme in tema di competenza per materia, si sarebbero comunque applicate le norme relative al rito ordinario, per cui le Sezioni specializzate, alla luce della già ricordata competenza funzionale inderogabile, avrebbero attratto tutte le domande "affini" a quella principale¹¹¹.

Di quest'ultima ipotesi, tuttavia, si soleva distinguere tra le seguenti situazioni pratiche: poteva accadere che la causa venisse proposta al giudice ordinario, presso il cui tribunale era comunque istituita una sezione specializzata, oppure che la stessa fosse istruita dinanzi ad un tribunale periferico, sprovvisto, quindi, di sezione specializzata.

Nel primo caso, il giudice ordinario avrebbe dovuto trasmettere internamente gli atti relativi alla causa erroneamente proposta al Presidente delle Sezioni specializzate

¹¹¹ P. CURRO', *Il C.p.i.: profili processuali. Questioni vecchie e nuove sulla competenza nell'esperienza delle Sezioni specializzate*, in *Il Diritto industriale*, 2 /2006, pp. 173-187.

(istituite, quindi, presso lo stesso tribunale del G.O.) che avrebbe, poi, a sua volta, assegnato il fascicolo ad un magistrato competente in materia industriale, e, quindi, appartenente alle Sezioni specializzate in tema di proprietà industriale ed intellettuale.

Nel secondo caso, invece, il rilievo di incompetenza doveva essere immediatamente fatto presente entro l'udienza di prima comparizione; in caso contrario, infatti, la competenza si sarebbe radicata, erroneamente, in capo al giudice inizialmente adito.

Ovviamente, il rimedio a questa eventualità sarebbe stata l'impugnazione avverso la sentenza di primo grado, fondata sul vizio di nullità ingenerato dall'erronea composizione dell'organo giudicante.

Il giudice d'appello, in una siffatta situazione, avrebbe annullato la sentenza di primo grado e rimesso il caso dinanzi al giudice specializzato competente.

Dopo l'entrata in vigore del Codice di proprietà industriale, che all'art. 134 disponeva l'applicazione del rito societario a tutti i processi pendenti dinanzi alle Sezioni specializzate, i problemi di incompetenza, sia territoriale che per materia, non erano più risolti tramite l'applicazione delle norme contenute nel codice di procedura civile, bensì tramite regole processuali contenute nello stesso D. Lgs. 5/2003.

Infatti, il co. 6 dell'art. 16 del suddetto decreto, distingueva due ipotesi.

Nell'eventualità in cui la causa avesse ad oggetto materie che esulavano da quelle elencate al comma primo del medesimo decreto¹¹², il giudice specializzato avrebbe dovuto disporre, con decreto, il cambiamento di rito, in favore di quello ordinario, fissando la data dell'udienza di trattazione.

¹¹² «Così l'art. 1 del d.lgs. 5/2003: "Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a:

a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

f) credito per le opere pubbliche.»

Nel caso contrario, in cui la causa fosse stata erroneamente proposta al giudice ordinario, questi avrebbe dovuto rimettere la causa con ordinanza al giudice specializzato, “*fissando un termine perentorio, non superiore a novanta giorni, per il deposito del ricorso in riassunzione*”.

L’ultima parte dell’art. 16 specificava, inoltre, che, una volta decorsi i termini, non sarebbe stato più possibile promuovere, neanche d’ufficio, alcun rilievo circa l’incompetenza del giudice adito.

Tale impostazione legislativa, tra l’altro, fu confermata da una pronuncia della Corte di Cassazione risalente al 2006, con la quale, il Giudice di legittimità, ribadì “l’inammissibilità del regolamento di competenza proposto avverso l’ordinanza con la quale il giudice adito affermi la competenza di altra sezione del medesimo organo giudicante”¹¹³.

La Corte giunse a queste conclusioni ispirandosi a due diverse linee direttrici.

In primis, evidenziò che il rapporto intercorrente tra il rito ordinario ed il rito del lavoro non determinasse l’insorgere di una questione di competenza, quanto, piuttosto, di una mera ripartizione interna¹¹⁴.

In secondo luogo, prendendo le mosse da una precedente pronuncia¹¹⁵, analizzò la situazione riguardante il caso dell’erronea proposizione della causa dinanzi al giudice ordinario, piuttosto che a favore dello specializzato giudice agrario, o viceversa, sostenendo che si trattasse di una questione di competenza e non di mera ripartizione interna.

La Suprema Corte, ritenne più opportuno assimilare la disciplina relativa al D. Lgs. 5/2003 alla prima piuttosto che alla seconda situazione, in ragione di due considerazioni: la sezione specializzata agraria “*è integrata da componenti non togati forniti di specifica qualificazione tecnica nella materia*”, a differenza del “processo del

¹¹³ Corte di Cassazione, ord. n. 23891 del 9 novembre 2006.

¹¹⁴ A tal proposito F. P. LUISO, *cit.*, spiega che all’interno del medesimo tribunale esista una (o più) sezione ordinaria, quella penale ed infine la sezione lavoro, venendosi a delineare una specializzazione in tali materie che, in nessun caso, genera questioni di competenza che, invece, sussistono solo fra uffici giudiziari differenti. Il tribunale è qualificato come un ufficio unico, anche se articolato in sedi territorialmente distaccate o sezioni. Infatti l’art. 426 c.p.c. stabilisce che il giudice ordinario, nel caso di erronea proposizione della causa il cui oggetto rientra, invece, nell’art. 409 deve fissare con ordinanza l’udienza di discussione della causa con il rito speciale; viceversa, l’art. 427 c.p.c. disciplina la situazione contraria, infatti il giudice del lavoro, ugualmente con ordinanza, dovrà disporre il cambiamento di rito, fissando un termine perentorio non superiore a 30 giorni, per la riassunzione con rito ordinario.

¹¹⁵ Cort. Cass. Sez. Lavoro, sent. n. 736 del 2001.

lavoro”, nel quale i giudici sono tutti togati, esattamente come nel caso delle Sezioni specializzate; sussisteva una specifica disposizione che imponeva il mutamento del rito *ex art. 16 del decreto istitutivo del rito societario*.

Sulla base di tali premesse, la Corte di Cassazione non ritenne di poter inserire, tra il novero delle situazioni generanti questioni di incompetenza, anche l’ordinanza pronunciata dal giudice specializzato recante, ad oggetto, il mutamento del rito a favore di quello ordinario.

Appare evidente che, in passato, stante la chiarezza del legislatore quantomeno sotto il profilo della competenza delle Sezioni specializzate, non siano sorti particolari problemi applicativi con riguardo alla specifica fattispecie in esame.

Tuttavia, la questione si è complicata, e non poco, con la riforma del 2012, se già solo si considera che il legislatore ha di gran lunga ampliato la competenza del Tribunale delle imprese rispetto a quella previamente attribuita delle Sezioni specializzate in tema di proprietà industriale ed intellettuale.

Se a questa specificazione, per di più, si aggiunge che lo stesso legislatore ha omesso, a differenza di quanto accadeva in passato, di specificare cosa accade nel caso di errata adizione del giudice, i problemi applicativi ed interpretativi risultano essere di gran lunga superiori rispetto alla situazione del previgente rito societario.

Infatti, gli ultimi anni si sono caratterizzati per un numero sempre crescente di regolamenti di competenza promossi avverso le ordinanze del giudice erroneamente adito.

Ciò ha causato, tra l’altro, un rallentamento nella trattazione delle cause in materia di impresa, ottenendo, come risultato, il verificarsi di una situazione agli antipodi rispetto all’obiettivo che, invece, intendeva perseguire il legislatore attraverso la riforma: la drastica diminuzione dei tempi processuali.

Il problema sorge dal momento che non risulta essere del tutto chiara, anche alla luce di una non sempre univoca giurisprudenza chiamata a risolvere questioni di competenza delle Sezioni specializzate, la natura del Tribunale delle imprese.

L’interrogativo si pone, quindi, in questi termini: il Tribunale delle imprese deve essere inteso come una sezione interna al tribunale presso cui è istituito, oppure costituisce un ufficio giudiziario separato e autonomo?

Ovviamente, la soluzione a questo dilemma, potrebbe anche mettere un punto alla questione riguardante l'alternativa, a seguito di erronea proposizione della causa presso un giudice incompetente, tra il semplice passaggio degli atti da una sezione all'altra del medesimo tribunale o la necessità che il magistrato si pronunci con ordinanza.

È bene sottolineare, fin da subito, che la seconda è l'unica soluzione prospettabile nell'eventualità in cui, all'interno del tribunale, non esistano Sezioni specializzate in tema di impresa e che la causa sia stata proposta erroneamente presso il giudice ordinario.

In questo caso, si ricorda, non si profilerebbe un problema di incompetenza per materia, bensì di incompetenza per territorio.

Quindi, avverso l'ordinanza pronunciata dal giudice inizialmente adito, con la quale egli dichiara la propria incompetenza per territorio, è pacifico possa essere proposto regolamento di competenza, necessario o facoltativo che sia, rispettivamente ex artt. 42 e 43 c.p.c.

Deve precisarsi che questa eventualità non solo è condivisa da tutte le correnti dottrinali che, sotto il profilo della qualificazione della natura delle sezioni sono, invece, discordi, ma è anche soluzione pacifica nella prassi applicativa.

Il problema principale, quindi, è stato ingenerato dal silenzio del legislatore, che ha omesso di specificare quale debba essere il corretto *iter* processuale nel momento in cui l'attore proponga la causa dinanzi al giudice ordinario, quando, invece, secondo quanto disposto dall'art. 3 del D. Lgs. 168/2003, questa sarebbe di competenza delle Sezioni specializzate in materia d'impresa, istituite presso il medesimo tribunale.

Il dibattito risulta tutt'ora acceso e vede contrapporsi dottrina e giurisprudenza e, al loro interno, schieramenti che si fanno portavoce di idee differenti, adducendo, a sostegno, le più disparate argomentazioni.

Parte della dottrina configura il problema come di mera ripartizione interna, in quanto trattasi di un semplice difetto di articolazione all'interno del medesimo ufficio e che, pertanto, non potrebbe, in alcun modo, generare questioni di incompetenza; tuttalpiù dovrebbe sollecitare il potere-dovere ufficioso, dei giudici e del capo dell'ufficio, di rispettare le previsioni tabellari¹¹⁶.

¹¹⁶ P. CELENTANO, *cit.* In particolare l'autore spiega che il Presidente del Tribunale deve trasferire gli atti relativi alla causa erroneamente proposta; I. M. PRADO, *Sezione specializzata e assegnazione della causa*, in *Diritto Industriale*, 6/2006, pp. 583-585; M. SCUFFI, *La competenza per materia e per territorio delle Sezioni specializzate: dal decreto istitutivo al Codice della proprietà industriale*, in *Diritto Industriale*, 1/2006, pp. 70-79; G. BORRIELLO - I. GUADAGNO, *Rapporto tra sezioni delle imprese ed*

All'interno di tale orientamento, c'è chi prende spunto dall'analisi delle disposizioni costituzionali, sostenendo che il magistrato del Tribunale delle imprese venga definito impropriamente “giudice specializzato” e che, pena violazione dell'art. 102 della Costituzione, le sezioni in materia d'impresa devono essere definite come una semplice sezione del giudice ordinario¹¹⁷.

A sostegno di questo filone interpretativo, si riprende anche la più antica, e già citata, dottrina che soleva distinguere, da un lato, le Sezioni specializzate agrarie ed il tribunale dei minorenni, e, dall'altro, le sezioni del lavoro e le sezioni fallimentari¹¹⁸.

Da tale distinzione discendeva che l'erronea proposizione della causa dinanzi al giudice agrario o al tribunale dei minori, si sarebbe potuta configurare come problema riconducibile all'art. 158 c.p.c. e non come una questione attinente al difetto di competenza.

Si trattava, tuttavia, di un'interpretazione estrema e rimasta isolata, in ragione del fatto che, abbracciando tale tesi, ogni errore circa l'adizione del giudice si sarebbe dovuto trattare come una nullità insanabile e, pertanto, soggetta ad una regola sanzionatoria molto più invasiva rispetto ad un più comune errore di proposizione della causa in difetto di competenza o di giurisdizione.

Sulla scorta di questa distinzione, però, la dottrina ha assimilato le Sezioni specializzate in tema d'impresa alle sezioni di lavoro, delle quali ogni tribunale si compone, assieme alle sezioni civili ordinarie ed alle sezioni penali.

In tale caso, come già anticipato, sarà compito del Presidente del tribunale o della Corte di Appello trasmettere gli atti della causa al giudice specializzato in materia di impresa.

Anche la Corte di Cassazione accoglieva la distinzione tra le sezioni agrarie e il tribunale dei minorenni, da un lato, e le sezioni di lavoro e fallimentare, dall'altro, parzialmente condividendo, dunque, tale orientamento dottrinale¹¹⁹, ma contestualmente, non ammettendo l'applicazione dell'art. 158 c.p.c. alle Sezioni specializzate.

altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario, Nota a ord. Trib. Napoli sez. spec. Impresa 31 maggio 2016, in *Le Società*, 1/2017, pp. 98-106.

¹¹⁷ L. TENAGLIA. *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 75-82.

¹¹⁸ In particolare sul tema V. ANDRIOLI, *Rilevanza costituzionale della nozione di sezione specializzata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1961, p. 1539 ss.

¹¹⁹ Cort. Cass., Sent. n. 23891 del 9 novembre 2006.

Quando ancora la questione, divenuta poi il fulcro di un acceso dibattito, era agli albori, parte della giurisprudenza non ritenne di poter ascrivere tali evenienze nella categoria dei vizi relativi alla costituzione del giudice, con la conseguenza dell'inevitabile ed insanabile nullità della sentenza.

Pertanto, con l'intento di perseguire le volontà del legislatore di economia e celerità processuale, è stata creata, da questa parte della dottrina e della giurisprudenza, la figura "anomala"¹²⁰, o secondo alcuni "ibrida"¹²¹, del difetto di articolazione all'interno dell'ufficio giudiziario.

Infatti, fin dai tempi dall'istituzione delle previgenti Sezioni specializzate ad oggi¹²², anche nelle aule di giustizia, sembra prevalere l'idea che, in tutti i casi in cui sia in discussione l'attribuzione della causa al giudice ordinario o alla sezione specializzata, non possa essere rilevato il difetto di competenza, trattandosi, invece, di una questione risolvibile con l'assegnazione della stessa al competente giudice appartenente al medesimo Tribunale, sebbene ad una sezione diversa¹²³.

Di conseguenza, secondo questa interpretazione, il regolamento di competenza avverso l'ordinanza con la quale il giudice ha dichiarato la propria incompetenza, non può che essere dichiarato inammissibile, poiché *"sarebbe paradossale che una normativa dichiaratamente orientata ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di taluni procedimenti giudiziari finisca poi con il creare ulteriori appesantimenti e complicazioni procedurali, quali quelli derivanti dalla necessità di risolvere con sentenza i dubbi circa l'assegnazione del fascicolo ad una piuttosto che ad altra sezione dello stesso ufficio."*¹²⁴

Di opinione diametralmente opposta è, invece, quell'orientamento "formale"¹²⁵,

¹²⁰ M. A. IUORIO, *cit.*

¹²¹ G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *cit.*

¹²² È, infatti, del 2017 l'ultimo provvedimento in tal senso della Corte di Cassazione.

¹²³ Tra le tante, Trib. Milano, Sez. spec. propr. industr. ed intell., Kama Europe s.r.l. c. Honda Logistic Centre Italy S.p.A. e altri, Ord. del 13 luglio 2006, in *Pluris*; Cass. civ. Sez. VI, Ord., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Pluris*, nella quale si legge che *"la ripartizione delle funzioni tra le Sezioni specializzate e le sezioni ordinarie del medesimo tribunale non implica l'insorgenza di una questione di competenza, attenendo piuttosto alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno dello stesso ufficio"*; Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., 24-05-2017, n. 13138, in *Pluris*, nella quale la Suprema Corte, ribadendo quanto già affermato dalla dottrina meno recente, ha consacrato la parificazione la situazione delle Sezioni specializzate in tema di impresa, fallimentari e di lavoro, che sono definite come una semplice articolazione interna del Tribunale, ma distinguendola da quelle delle sezioni agrarie, le uniche a costituire un effettivo organo giudiziario autonomo e, quindi, distinto dalle sezioni ordinarie del medesimo tribunale.

¹²⁴ V. ZENO, *cit.*

¹²⁵ L. VETTORI, *Il Tribunale delle imprese tra questioni di competenza e di "specializzazione"*. Nota a App. Napoli 20 febbraio 2014, n. 763, in *Le Società*, 1/2015, pp. 65-80.

secondo cui, nei casi *de quibus*, si tratterebbe di una questione di competenza¹²⁶.

Tra le argomentazioni utilizzate da questo filone interpretativo, quella principale si fonda sulla critica mossa ai sostenitori della tesi previamente illustrata, ai quali si rimprovera una inspiegabile “asimmetria del sistema”¹²⁷ nella parte in cui, solo nell’eventualità che la questione insorga tra tribunale provinciale e tribunale periferico, sia concesso alle parti il rimedio processuale del regolamento di competenza.

Per di più, tale inammissibile differenza, secondo alcuni, non è accettabile se si considera la previsione contenuta all’art. 4, co. 1 bis, del D. Lgs. 168/2003, il quale dispone l’inderogabilità della competenza con riferimento ai Tribunali delle società con sede all’estero, dei quali si rimanda la trattazione ai successivi paragrafi¹²⁸.

I sostenitori di questa tesi prendono le mosse da argomentazioni di ordine letterale e sistematico.

Con riguardo al primo profilo, fanno leva sul lessico dello stesso legislatore che, senza esitazioni, utilizza il termine e, più generalmente, il concetto di “competenza” per delimitare l’ambito dei poteri giurisdizionali attribuiti alle Sezioni specializzate¹²⁹, facendo intendere che tali sezioni siano un “*ufficio con precise, specifiche, preordinate caratteristiche e necessità di individuazione, e con specifiche, distinte, competenze.*”¹³⁰

Inoltre, ritengono significativa, contrariamente a quanto affermato dall’altra parte della dottrina, l’affinità terminologica circa la “specializzazione”, intercorrente proprio tra la norma di riferimento e l’art. 102, co. 2, Cost.

A tal proposito, affermano che il Tribunale delle imprese più correttamente si avvicina alla natura delle Sezioni specializzate agrarie, che sono qualificate, infatti, come uffici giudiziari autonomi¹³¹.

¹²⁶ In questo senso M. TAVASSI, *ult.op.cit.*; G. CASABURI, *Inammissibile l’appello proposto genericamente alla corte avverso una sentenza resa dalle sezioni della proprietà industriale*, in *Quotidiano giuridico*, 4 marzo 2014; L. BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l’impresa e competenza per materia*, *Nota a ord. Cass. sez. VI civ. 24 giugno 2015, n. 15619*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, fasc. 3, pp. 857-866.

¹²⁷ V. ZENO, *cit.*

¹²⁸ V. ZENO, *cit.*

¹²⁹ Cort. App. Napoli, n. 736 del 20 febbraio 2014. Più recentemente

¹³⁰ I. M. PRADO, *Ancora su competenza/distribuzione interna. Due decisioni estive di segno opposto*, in *Il Diritto Industriale*, 5/2015, pp. 507-510.

¹³¹ In questo senso, più recentemente G. BORRIELLO - I. GUADAGNO, *cit.*

Non convince, pertanto, che le Sezioni specializzate in materia di impresa siano considerate prive di autonomia, per il sol fatto che, a differenza di quelle agrarie, siano composte da soli giudici togati¹³².

D'altro canto, si deve rilevare che, come accade per le Sezioni specializzate in tema d'impresa, anche al Presidente della sezione agraria viene concessa la possibilità di devolvere, ai magistrati di tali uffici giudiziari, le cause che esulano dalla competenza attribuita loro dalla legge, senza che ciò comporti la perdita della loro competenza in senso tecnico¹³³.

C'è anche chi argomenta il riconoscimento di autonomia utilizzando una considerazione di tipo distributivo-territoriale delle sezioni, in quanto, queste ultime sono istituite soltanto presso alcuni e non tutti i distretti, come accade, invece, nel caso del giudice del lavoro¹³⁴.

Volendo attribuire, dunque, piena autonomia al Tribunale delle imprese, deriverebbero i seguenti corollari: in forza dell'art. 38 c.p.c., la questione di incompetenza dovrebbe essere rilevata dal giudice, *ex officio*, non oltre la prima udienza di trattazione, o dal convenuto nella comparsa di risposta; il provvedimento con cui il giudice si pronuncia sulla propria (in)competenza, sarebbe, in qualunque caso, soggetto a regolamento di competenza, necessario o facoltativo, a seconda che il giudice si sia pronunciato solo sul rito con ordinanza, oppure abbia deciso anche nel merito¹³⁵.

Pare opportuno ricordare che, secondo il primo orientamento in questa sede esaminato, il regolamento di competenza è proponibile solo nel caso in cui il giudice adito individui come competente un altro giudice che si trova, però, in un tribunale periferico e, quindi, sprovvisto di sezione specializzata, o viceversa.

Ed è proprio partendo da tale considerazione che vengono mosse le ultime, nonché più convincenti, critiche da parte della dottrina formale.

La prima, fa riferimento alle garanzie processuali delle parti, attinenti, in particolare, alla costituzione del giudice, che non possono essere scavalcate da ragioni ed

¹³² Ciò in considerazione del fatto che l'art. 102, co. 2, prevede che le Sezioni specializzate, istituite presso gli organi giudiziari, possano essere composte "anche", non già solo, "con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura". Così Cort. App. Napoli, n. 736 del 20 febbraio 2014.

¹³³ Cass. SS. UU., 7 gennaio 2013, n. 145.

¹³⁴ G. BORRIELLO – I. GUADAGNO, *cit.* Dello stesso avviso anche, tra le tante, Cort. Cass. n. 14369/2015; Cort. Cass. n. 15619/2015; Cort. Cass. n. 21775/2016.

¹³⁵ G. BALENA, *cit.*

esigenze meramente organizzative e/o di economia processuale, cioè relative alla distribuzione interna del lavoro.

Si parla, infatti, della già citata asimmetria che si verrebbe a creare soprattutto dal punto di vista del convenuto, che sarebbe, così, sprovvisto di tutela al momento del semplice trasferimento dei fascicoli da una sezione all'altra.

Infine la previsione legislativa di un corpo di giudici specializzati, creerebbe nelle parti un vero e proprio “*diritto soggettivo processuale a che la decisione sia affidata a quei giudici e non ad altri organi giudiziari*”¹³⁶.

A più di dieci anni dall'istituzione delle Sezioni specializzate “commerciali”, ed a cinque anni dalla riforma, il dibattito è tutt'altro che sopito e lo dimostrano due pronunce¹³⁷ di segno opposto della Corte di Cassazione, a distanza molto ravvicinata, dove la prima configura il problema come di distribuzione degli affari giurisdizionali, mentre, la seconda, inquadra la *vexata quaestio* sotto il profilo della competenza.

Dunque neppure la Suprema Corte ha favorito la creazione di un orientamento costante nel tempo, rendendosi fautrice di oscillazioni interpretative, dalle quali deriva, tutt'ora, un “coro di voci perplesse”¹³⁸.

Sembra pertanto, più che auspicabile, assolutamente necessario, un intervento nomofilattico delle Sezioni Unite per definire, una volta per tutte, la questione *de qua*.

4. Il Tribunale delle società con sede all'estero

Il decreto legge n. 145 del 23 dicembre 2013, convertito con modifiche dalla L. n. 9/2014, ha istituito il così detto Tribunale delle società con sede all'estero.

Si tratta, in concreto, dell'ennesimo caso di “*stalking normativo*” a danno del Tribunale delle imprese¹³⁹, che vede riformarsi per l'ennesima volta, a poco più di un anno dall'ultimo intervento legislativo che lo ha riguardato.

La modifica al D. Lgs. 168/2003, giova sottolineare, non ha colpito solo le specifiche disposizioni riguardanti la competenza territoriale.

¹³⁶ A. GRAZIOSI, *Dall'arbitrato societario al Tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2014, pp. 77-110.

¹³⁷ Ovvero Cort. Cass., sez. I, del 15 giugno 2015, n. 12326 e Cort. Cass., sez. VI lav., Ord. 24 luglio 2015, n. 15619.

¹³⁸ I. M. PRADO, *ult.op.cit.*

¹³⁹ G. CASABURI, *La riforma del “tribunale delle imprese”, cit.*

Infatti, sono state istituite sedi specializzate in materia d'impresa presso il Tribunale di Bolzano e presso la Sezione distaccata della Corte d'Appello di Trento, attribuendo, a queste, la competenza territoriale a conoscere tutti i procedimenti e le cause di cui all'art. 3 del D. Lgs. 168/2003.

La riforma del 2014, attuata attraverso il decreto "Destinazione Italia", ha novellato il D. Lgs. 168/2003, inserendo all'art. 4, recante le disposizioni relative alla competenza territoriale delle Sezioni specializzate in materia d'impresa, il comma 1-bis.

L'art. 10, del D. L. 145/2013¹⁴⁰, definisce la nuova mappa della competenza territoriale inderogabile delle c.d. *super-sezioni*¹⁴¹, che ricorre allorché sia «*parte, anche nel caso di più convenuti ai sensi dell'art. 33 c.p.c., una società, in qualsiasi forma costituita, con sede all'estero, anche se avente sedi secondarie con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato*».

Per tali cause, quindi, sono competenti le Sezioni specializzate di: Bari, Cagliari, Catania, Genova, Milano, Napoli, Roma, Torino, Venezia, il Tribunale di Trento e la Sezione distaccata di Bolzano della Corte d'Appello di Trento, in quest'ultimo caso, se

¹⁴⁰ Così il co 1-bis dell'art. 10 del D. L. 145/2014: «*Per le controversie di cui all'articolo 3 nelle quali è parte, anche nel caso di più convenuti ai sensi dell'articolo 33 del codice di procedura civile, una società, in qualunque forma costituita, con sede all'estero, anche avente sedi secondarie con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, e che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti:*

- 1) *la sezione specializzata in materia di impresa di Bari per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza;*
- 2) *la sezione specializzata in materia di impresa di Cagliari per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Cagliari e Sassari (sezione distaccata);*
- 3) *la sezione specializzata in materia di impresa di Catania per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria;*
- 4) *la sezione specializzata in materia di impresa di Genova per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Bologna, Genova;*
- 5) *la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano;*
- 6) *la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno;*
- 7) *la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma;*
- 8) *la sezione specializzata in materia di impresa di Torino per gli uffici giudiziari ricompresi nel distretto di Torino;*
- 9) *la sezione specializzata in materia di impresa di Venezia per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Trieste, Venezia;*
- 9-bis) *la sezione specializzata in materia di impresa di Trento per gli uffici giudiziari ricompresi nel distretto di Trento, fermo quanto previsto al numero 9-ter);*
- 9-ter) *la sezione specializzata in materia di impresa di Bolzano per gli uffici giudiziari ricompresi nel territorio di competenza di Bolzano, sezione distaccata della corte di appello di Trento».*

¹⁴¹ G. CASABURI, *La riforma del "tribunale delle imprese"*, cit.

la causa spettasse agli uffici giudiziari ricompresi nel circondario del Tribunale di Bolzano.

La competenza è inderogabile per tutte le cause attribuite alla cognizione delle Sezioni specializzate, *ex art. 3 del decreto del 2003*, se, in applicazione delle ordinarie regole di competenza e delle specifiche disposizioni che le disciplinano, sono attribuite ad uffici giudiziari ricompresi nelle circoscrizioni delle sedi citate.

Il legislatore con questo intervento ha ampliato in modo pressoché confusionario, quasi in ragione di una forma di coerenza rispetto alle precedenti riforme, la competenza territoriale delle Sezioni specializzate in materia di impresa.

Già a partire dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, si è registrato il proliferare di inutili questioni interpretative che si sarebbero certamente evitate qualora fossero state adottate scelte lessicali e sistematiche differenti.

Innanzitutto, e in generale, piuttosto che affiancare alle ordinarie regole di competenza territoriale ulteriori e speciali disposizioni per i soli casi in cui parte della controversia sia una società con sede all'estero, il legislatore avrebbe potuto limitarsi ad ampliare la competenza delle preesistenti Sezioni specializzate, prevedendo per le stesse la possibilità di conoscere anche le controversie *de quibus*.

Potrebbe sembrare che la concentrazione delle liti riguardanti almeno una “società estera” presso un numero ridotto di tribunali, sia sintomo della volontà del legislatore di recepire le istanze della dottrina che, a più riprese, ha esortato alla riduzione del numero di Sezioni¹⁴²; oppure potrebbe rinvenirsi nella necessità di attrarre il maggior numero possibile di investitori esteri.

Tale intervento, invece, si contraddistingue per una *ratio* che esula dal pensiero della dottrina o dalla necessità di attirare operatori economici.

Stante l'inefficienza che identifica la riforma, quello del 2014, non è altro che un *escamotage*, in ambito politico, del legislatore atto a tenere la nostra nazione lontana da qualsivoglia critica mossa da parte delle istituzioni europee ed internazionali, che sempre più spesso puntano il dito avverso l'inefficacia del nostro sistema giudiziario.

La conferma a questa considerazione si ritrova nell'espressione “*Tribunale delle società estere*” contenuta nella rubrica dell'art. 10 del D.L. 145/2013.

¹⁴² Il “nobile” obiettivo di concentrare le cause di cui al co.1 bis del D.L. 145/2014, presso un numero ristretto di sedi si legge anche nella Relazione Ministeriale al decreto citato.

Sembra quasi che il legislatore sia incappato, per così dire, nello stesso errore di quando ha attribuito, nel 2012, alle “nuove” Sezioni specializzate, l’altisonante dicitura di Tribunale delle imprese, quasi a voler far insorgere nei lettori la convinzione dell’avvenuta creazione di un nuovo tribunale, quando così, in realtà, non è.

Un secondo rilievo critico si muove con riguardo alla forma legislativa utilizzata per introdurre tali disposizioni processuali, che, anche questa volta, è stata quella del decreto legge, il cui testo può essere modificato in sede di conversione, così come è avvenuto -anche- in questo caso.

È evidente che una tale situazione non può far altro che generare ulteriore confusione nella fase di interpretazione della norma, motivo per il quale, alcuni autori ritengono che il decreto legge debba essere uno strumento di normazione del tutto eccezionale, e non utilizzato ogni qual volta la disciplina processuale necessiti di modifiche¹⁴³.

Con il decreto legge del 2014 sembra che si sia venuto a delineare un doppio grado di disparità all’interno delle Sezioni specializzate.

Ciò in ragione, da una parte, dell’ingiustificabile distinzione delle “tradizionali” Sezioni istituite nel 2003 con quelle “nuove”, introdotte nel 2012 e per questo inserite nel successivo co. 1-*bis*, art. 1, del D. Lgs. 168/2003; dall’altra, dalla distinzione tra le ultraspeciali sezioni competenti anche per le cause riguardanti società estere e Sezioni specializzate “ordinarie”, alle quali è esclusa tale specifica cognizione¹⁴⁴.

Alla luce di quanto sopra, l’attore che istruisce una causa “industrialistica”, dovrà prestare attenzione, innanzitutto, alle regole vigenti sulla competenza per territorio e individuare, quindi, la sezione specializzata; nel caso, poi, in cui sia parte anche una società estera, egli dovrà verificare che la sede individuata corrisponda a quella competente in base ai nuovi criteri introdotti per le super-sezioni.

Né è di facile individuazione il confine dell’espressione «*società in qualunque forma costituita, con sede all’estero*».

Infatti, è ben possibile che una determinata entità possa essere definita come società in base alle norme di un ordinamento straniero, ma potrebbe non dirsi lo stesso per le norme italiane.

¹⁴³ G. CASABURI, *La riforma del “tribunale delle imprese”*, cit.

¹⁴⁴ P. CELENTANO, *La riforma del tribunale delle imprese. Commento a d.l. 23 dicembre 2013, n. 145*, in *Le Società*, 2014, fasc. 6, pp. 713-718.

Inoltre, viene criticata la mancata inclusione, nell'art. 4, delle imprese straniere costituite in forma non societaria; tale omissione, stante l'ingiustificato acceso "privilegiato" alla giurisdizione delle Sezioni specializzate, potrebbe addirittura permettere di sollevare dubbi di costituzionalità, in ragione della violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Sembra, tuttavia, che le iniziali incertezze interpretative possano essere risolte attraverso un confronto tra la disciplina del Tribunale delle società con sede all'estero e le disposizioni del codice di rito.

A tal proposito, la competenza delle super-sezioni si identifica, non attraverso un elemento obiettivo, quale potrebbe essere la materia oggetto della controversia, bensì facendo leva su di un criterio soggettivo, ovvero la necessità che sia parte in causa almeno una società straniera.

Questo criterio, in particolare, sembra essere un volontario richiamo al foro erariale, *ex art. 25 c.p.c.*, che attribuisce la competenza a conoscere le cause in cui sia parte l'amministrazione dello Stato al Tribunale o alla Corte d'Appello ove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il Tribunale o la Corte che sarebbe competente secondo le ordinarie regole di competenza territoriale.

Tale accostamento tra discipline è necessario per sopperire alle disposizioni di questa lacunosa riforma, dal momento che gli unici spiragli di chiarezza si rivengono solo nell'elencazione puntuale delle sedi in cui è concentrata la competenza, con riguardo alle società estere.

È pacifico che la competenza territoriale *de qua* si verifichi quando una *parte*, e quindi indifferentemente attore o convenuto, sia una società estera; nei casi di cumulo soggettivo nei giudizi connessi per oggetto o per titolo *ex art. 33 c.p.c.*, quando *almeno* una parte sia una società estera; ed infine quando le società estere siano *litisconsorti necessari*, sia dal lato attivo che dal lato passivo, di un procedimento rientrante nella competenza per materia delle Sezioni specializzate in materia d'impresa¹⁴⁵.

Viene sfruttata, per risolvere le problematiche riguardanti la competenza in tutti gli altri casi di cumulo soggettivo di cause oggettivamente connesse in senso proprio, l'analogia della disciplina in questione, con quella del foro erariale.

¹⁴⁵ G. VISENTINI – V. PALAZZOLO, *cit.*

In particolare, l'art. 6, co. 2, del R. D. n. 1611 del 1933¹⁴⁶ dispone la modifica della competenza quando un'Amministrazione dello Stato è chiamata in garanzia; sia la causa principale che quella relativa alla causa di garanzia spetteranno al Tribunale o alla Corte d'Appello del luogo dove ha sede l'Avvocatura dello Stato.

In ragione dell'assenza di una specifica disciplina con riguardo al “foro delle società con sede all'estero”, si può concludere che dovranno applicarsi le regole ordinarie dei casi di chiamata in garanzia anche nei confronti delle società estere.

Lo stesso, può dirsi qualora queste intervengano in un giudizio già avviato dalle parti.

Si ritiene, infatti, che tali situazioni, nel caso specifico delle super-sezioni, non siano idonee ad incidere sul principio generale della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c.

Pertanto, in tutti questi casi la competenza non può mutare in ragione di fatti successivi, seppur processualmente rilevanti come, ad esempio, l'intervento volontario o la chiamata di terzo.

Infine, in ragione della super-competenza attribuita alle undici sezioni di cui al co.1-*bis*, art. 4, del D. Lgs. 168/2003, quando la causa riguardante una società estera sia erroneamente istruita presso una sezione specializzata “ordinaria”, ex art. 38 c.p.c., l'incompetenza può essere eccepita entro la comparsa di risposta, oppure dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

Stanti le evidenti problematiche riguardanti il “Tribunale delle società con sede all'estero”, non sembra, come si poteva immaginare, che il legislatore sia riuscito nell'intento di rendere “*più agevolmente raggiungibili*” le Sezioni specializzate da parte delle società straniere che ben si devono guardare da tutte queste disposizioni riguardanti la competenza per territorio.

¹⁴⁶ Art. 6, co. 2, del R. D. n. 1611 del 1933: «*Salva la disposizione dell'articolo seguente, la competenza per cause nelle quali è parte una Amministrazione dello Stato, anche nel caso di più convenuti ai sensi dell'art. 98 del codice di procedura civile, spetta al Tribunale o alla Corte di appello del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il Tribunale o la Corte d'appello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando un'Amministrazione dello Stato è chiamata in garanzia, la cognizione così della causa principale come della azione in garanzia è devoluta, sulla semplice richiesta dell'Amministrazione, con ordinanza del Presidente, all'Autorità giudiziaria competente a norma del comma precedente.*»

5. Il Tribunale delle imprese e le *class action*

Le *class action*, a norma dell'art. 2, co. 2, lett. b) del D. L. 1/2012, sarebbero dovute rientrare nella cognizione del Tribunale delle Imprese.

Nel commento della Relazione Governativa al secondo articolo del “Decreto liberalizzazioni”, si evince la già ricordata volontà del legislatore di sfruttare l'esperienza positiva delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, attribuendo a quelle che sarebbero state le “nuove” Sezioni un ampio ventaglio di cause e procedimenti.

Tra queste rientrava anche la competenza a conoscere le azioni di classe, disciplinate all'art. 140-*bis* del Codice del consumo, con la chiara volontà, dunque, di includerle tra le materie richiedenti la specializzazione dell'organo giudicante.

La legge di conversione del decreto, però, non ha effettuato la medesima scelta, con la conseguenza che oggi, nel novellato D. Lgs. 168/2003, questo istituto, di matrice prevalentemente statunitense, non è contemplato.

Tale esclusione, sebbene in un primo momento porta ad un vero e proprio disorientamento dell'interprete, può essere definita una delle scelte più sensate del legislatore presa con riguardo alla confusionaria disciplina del Tribunale delle imprese.

Ad una tale convinzione è possibile giungervi dopo aver appreso i tratti essenziali di questo istituto.

Inizialmente, e prima ancora del Codice del consumo, *ex art. 1469-sexies c.c.*, si attribuiva alle Camere di Commercio e alle associazioni dei consumatori, la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere, al termine del processo o in sede cautelare, un provvedimento di carattere meramente inibitorio nei confronti dei professionisti che consigliavano l'applicazione di condizioni, delle quali era già stata dichiarata l'illiceità, ai loro clienti.

Dopo l'entrata in vigore del Codice del consumo nel 2005 e delle sue successive modificazioni, attualmente, l'azione di classe conferisce una tutela risarcitoria.

Legittimati ad agire sono tutti gli utenti o i consumatori finali che hanno visto ledere un diritto individuale con riferimento, però, ad un interesse proprio dell'intera categoria.

Per l'azione di classe è competente il Tribunale avente sede nel capoluogo della Regione nella quale si colloca l'impresa che ha determinato la violazione del diritto collettivo.

Evidentemente, proprio tale regola processuale, praticamente equivalente alla competenza per territorio delle Sezioni specializzate, aveva ingenerato nel legislatore la l'idea di attribuire, a queste ultime, anche le azioni di classe.

Si rileva, tuttavia, che il motivo principale, nonché determinante, dell'ingresso delle *class action* nel panorama processuale italiano sia strettamente connesso a motivi di economia processuale; sfruttando un unico giudizio, infatti, vengono fatti valere una moltitudine di diritti riconducibili a soggetti diversi appartenenti, però, alla medesima classe di consumatori.

Le motivazioni legate alla successiva esclusione di tali azioni dalla cognizione delle Sezioni specializzate, tra l'altro in nessuna occasione precisate dal legislatore, potrebbero essere rinvenute nel fatto che, effettivamente, non si ravvisano delle vere e proprie esigenze di specializzazione del giudice nel caso delle azioni di classe.

In più si rammenta che, attualmente, il contributo unificato, il cui versamento è necessario anche per accedere alla giustizia del Tribunale delle imprese, è stato raddoppiato rispetto alla previgente disciplina.

Ciò con la conseguenza rilevante che, se fosse stata attribuita alle Sezioni specializzate la competenza a conoscere le azioni *ex art. 140-bis* cod. cons., non si sarebbe garantito, così come previsto all'art. 24 Cost., un equo accesso alla giustizia, escludendone proprio i consumatori, nonché gli unici legittimati a promuovere le *class action*.

L'ultima potenziale motivazione della predetta esclusione, è che si sia ritenuto inopportuno devolvere al giudice più "vicino" alle istanze delle imprese, un'azione che, per sua natura, si rivolge "contro" le imprese stesse¹⁴⁷.

Con grande entusiasmo, pertanto, è stata accolta l'esclusione delle azioni di classe dalla cognizione del giudice specializzato, e ciò in considerazione delle critiche mosse dalla dottrina circa le numerosissime materie attribuite al Tribunale delle imprese con la riforma del 2012.

¹⁴⁷ GALLO D., *cit.*

6. Il rito delle Sezioni specializzate

Impropriamente si parla di unico rito applicabile dalle Sezioni specializzate.

Infatti, nel silenzio generale del legislatore, si deduce che il rito ordinario debba essere applicato solo quando, stante l'eterogeneità delle materie affidate alla cognizione del Tribunale delle imprese, la causa non abbia ad oggetto una materia caratterizzata da una propria disciplina processuale.

Le lettere a) e b) dell'art. 3, D. Lgs 168/2003, attribuiscono al Tribunale delle imprese, rispettivamente, la competenza a risolvere le controversie in materia di diritto industriale, *ex art. 134 CPI*, e controversie in materia di diritto d'autore, disciplinato ai sensi della L. 633/1941.

Questi appena menzionati, sono casi in cui le SSI sono obbligate ad attenersi alle disposizioni processuali di cui al Codice della proprietà industriale ed alla legge sul diritto d'autore.

Il precedente testo dell'art. 2, D. Lgs 168/2003, come suggerito dalla rubrica, "Composizione delle sezioni e degli organi giudicanti" (rimasta, peraltro, immutata) conteneva disposizioni attinenti ai profili ordinamentali e di rito.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, era disposto che le Sezioni specializzate dovessero giudicare in composizione collegiale.

Si trattava, tuttavia, di una specificazione superflua, in quanto l'art. 50-*bis*, co. 1, n. 3, c.p.c. stabilisce che le cause devolute alle Sezioni specializzate devono essere giudicate in composizione collegiale¹⁴⁸, con conseguente inapplicabilità del rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*

In più, il precedente art. 2 recava una disposizione fuorviante, in quanto attribuiva l'attività istruttoria ad un unico magistrato componente il collegio.

Della superficialità del legislatore è stato vittima anche il CSM che, nella prima delibera attuativa delle Sezioni specializzate del 2003, dispose lo sdoppiamento delle stesse che, pertanto, avrebbero operato attraverso due collegi, uno dei quali competente per i reclami.

Superata l'ambiguità della disposizione, giurisprudenza e dottrina furono concordi nel ritenere che ai procedimenti presso le Sezioni specializzate dovessero applicarsi le

¹⁴⁸ Inoltre, gli artt. 48 e 56 dell'Ordinamento giudiziario fissano, in linea generale, a tre il numero dei componenti dei collegi giudicanti in primo e secondo grado.

ordinarie norme processuali, sia per il procedimento cautelare che per quello di cognizione.

Il decreto legge n. 1 del 2012, nulla aveva modificato dell'art. 2 del D. Lgs. 168/2003; tuttavia in sede di conversione sono state soppresse le disposizioni processuali poc'anzi richiamate.

Per la prima volta, posto che generalmente si rileva una non sempre ben vista differenza testuale tra il decreto e la legge di conversione, e stante l'equivoco che l'art. 2 aveva sollevato in passato, la riforma dell'articolo è stata accolta di buon grado.

Resta comunque da chiarire che la collegialità è in discussione per i casi di cui al n. 5, co. 1, dell'art. 50-*bis*, nonché ad alcune ipotesi che ricadono nella macroarea dei rapporti societari, quali, ad esempio: cause di impugnazioni delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio e in quelle di responsabilità da chiunque promosse contro organi amministrativi, di controllo, direttori generali, liquidatori delle società.

In questi casi, infatti, è pacifico che il Tribunale delle imprese debba pronunciarsi in composizione monocratica.

Rispetto alla previgente situazione, inoltre, è stata soppressa la disposizione secondo cui il collegio dovesse essere composto da almeno sei magistrati.

Anche tale novità è stata accolta positivamente e ciò in ragione del fatto che alcuni Tribunali, tra l'altro anche sede di magistrati specializzati, operano con una sola sezione e si caratterizzano per un organico esiguo, e che pertanto non avrebbero avuto un collegio numericamente sufficiente¹⁴⁹.

Proseguendo con specificazioni attinenti il rito delle Sezioni, l'art. 5 del D.Lgs. 168/2003, stabilisce, come già anticipato, che le competenze riservate dalla legge al Presidente del Tribunale e della Corte, spettano al Presidente della relativa Sezione specializzata¹⁵⁰.

Per quanto riguarda la notificazione degli atti, per il previgente rito societario era previsto che dovevano essere indicati negli atti del giudizio, anche un recapito di posta

¹⁴⁹ Un chiaro esempio è fornito, come si legge sul sito internet istituzionale, dal fatto che il numero dei magistrati componenti la sezione distaccata della Corte d'Appello di Bolzano, a seguito della riforma del 2014 anche sede di Sezioni specializzate, sia esiguo di dieci. (<http://www.corteappello.bolzano.it/it/Content/Index/25677>)

¹⁵⁰ In base al D.Lgs. 25 luglio 2006 n. 240, il magistrato capo dell'ufficio cura la titolarità e la rappresentanza nei rapporti con enti istituzionali e con gli altri uffici giudiziari, nonché ha competenza ad adottare i procedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria e, comunque, concernenti la gestione del personale di magistratura ed il suo stato giuridico.

elettronica certificata o di fax, presso i quali effettuare, appunto, la notificazione in tutti i casi in cui non fosse stata effettuata per mezzo di ufficiale giudiziario.

La mancata specificazione di queste informazioni, non avrebbe comportato alcuna conseguenza pratica per il giudizio, in quanto la notificazione sarebbe avvenuta attraverso le ordinarie forme o mediante scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale.

Diversamente è stabilito per il Tribunale delle imprese, in quanto tutte le notifiche degli atti che non siano state effettuate per mezzo di un ufficiale giudiziario, comportano la nullità dello stesso, tranne nel caso in cui lo scambio tra difensori si sia verificato per mezzo di pec¹⁵¹.

6.1 Il processo industriale nel CPI

Come già anticipato, alle Sezioni specializzate spetta anche la cognizione delle cause e dei procedimenti riguardanti la materia industrialistica ed il diritto d'autore.

Tale disposizione genera una conseguenza pratica di estrema importanza, in quanto, ogni qual volta il Tribunale delle imprese deve giudicare una causa avente ad oggetto uno dei diritti di cui sopra, dovrà applicare norme processuali diverse da quelle contenute nel Codice di procedura civile, senza considerare i casi in cui, le stesse, devono applicare il rito del lavoro¹⁵².

Si tratta di istituti processuali che trovano la rispettiva fonte nella legge sul diritto d'autore e nel Codice della proprietà industriale.

In particolar modo, quest'ultimo, agli artt. 117- 146, delinea un vero e proprio rito industrialistico, che, sulla base del disposto contenuto all'art. 134 del CPI, deve essere applicato dalle Sezioni specializzate in materia d'impresa.

Si tratta di un rito che si fonda essenzialmente sulla tutela cautelare, che, proprio in ragione della sua "sveltezza" processuale, si configura come l'unico mezzo esperibile a protezione dei diritti di proprietà industriale, la cui natura varia alla stessa velocità con la quale mutano gli interessi e i bisogni del consumatore.

¹⁵¹ GALLO D., *cit.*

¹⁵² A tal proposito cfr. paragrafo 2.5.

A seguito della sua entrata in vigore nel 2005, il CPI è stato sottoposto a svariate novellazioni¹⁵³, delle quali l'ultima è avvenuta attraverso il D. Lgs 131/2010, che in gran parte ha riguardato il rito industriale contenuto nel titolo III del Codice.

Tra le disposizioni modificate, non può non essere menzionato l'art. 120 CPI, il quale, ai primi commi, sancisce la giurisdizione dell'autorità giudiziaria dello Stato ed attribuisce la competenza delle cause, recanti ad oggetto i diritti di proprietà industriale, alle Sezioni specializzate.

L'intervento del 2010 ha provveduto ad aggiungere, con riferimento a tale articolo, il co. 6-*bis*, il quale ha consacrato, a seguito di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, la possibilità di proporre l'azione di accertamento negativo in sede cautelare.

I primi commenti al decreto, in particolare, hanno evidenziato due aspetti critici.

Innanzitutto, il co. 6-*bis* è stato definito come una disposizione "pleonastica"¹⁵⁴, in ragione del fatto che la giurisprudenza degli anni precedenti aveva già ammesso la possibilità di accertamento negativo, con la conseguenza di configurarsi come una inutile specificazione¹⁵⁵.

Per di più, si caratterizza per una elevata pericolosità in quanto rischia di minare la certezza del diritto. E tale pericolosità deve essere ricercata nell'atecnicità per la quale si contraddistingue tale disposizione.

Il co. 6-*bis*, infatti, fa riferimento alla tutela atipica disciplinata all'art. 700 c.p.c., i cui innegabili presupposti sono l'irreparabilità del pregiudizio ed il *fumus boni iuris*; pertanto, solo coloro i quali hanno fondato motivo di un pregiudizio imminente ed irreparabile, possono chiedere, ed eventualmente ottenere, un provvedimento d'urgenza in attesa del giudizio¹⁵⁶.

¹⁵³ La L. 99/2009, la c.d. "Legge sviluppo", conferì al Governo il potere di adottare disposizioni correttive o integrative del CPI anche con riferimento all'aspetto prettamente processuale. Ancor prima, nel 2006, si deve segnalare a riguardo, alla stregua della Direttiva Enforcement Europea, il D. Lgs. 140/2006, che ha colpito sia il diritto industriale che il diritto d'autore; un commento al decreto è fornito da M. TAVASSI, *Il primo anno di attuazione del codice della proprietà industriale e le modifiche dell'enforcement*, cit.

¹⁵⁴ G. CASABURI, *Il processo industrialistico rinnovato*, in *Il Diritto Industriale*, 6/2010.

¹⁵⁵ Cfr. Trib. Roma 4 dicembre 2002, in *Giurisprudenza romana*, 2003; Trib. Napoli, 8 novembre 1996, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1996; Trib. Napoli, 8 luglio 2002, in *Foro Italiano*, 2003. Per il diritto d'autore, v. Trib. Milano, 6 agosto 2008, in *Diritto d'autore*, 2009. Per profili inerenti alla giurisdizione cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 2010, in *Corriere del merito*, 2010.

¹⁵⁶ F. P. LUISSO, cit.

Un provvedimento così configurato non è altro che un'anticipazione (necessaria) di una tutela che diventerà, poi, definitiva solo con la pronuncia in sede di giudizio ordinario.

Invece, con la disposizione contenuta nel CPI, si conferisce all'accertamento negativo proposto in sede cautelare, non l'accezione tipica di provvisorietà dei provvedimenti *ex art. 700*, bensì di mera prevenzione del danno derivante da una futura sentenza sfavorevole al ricorrente¹⁵⁷.

Periculum che, pertanto, non potrebbe mai ascriversi ad un pregiudizio irreparabile ed imminente così come richiesto per legge, in quanto, nel caso di specie, l'urgenza si individua nella prevenzione di incorrere, eventualmente, in responsabilità da illecito.

Più che trattarsi di una tutela dei diritti industriali ottenuta grazie ad una pronuncia definitiva del giudice, quello dell'accertamento negativo si configura come un rimedio giurisdizionale provvisorio ma che comunque ha dimostrato di essere strumento idoneo, per gli operatori economici, ad ottenere un regolamento provvisorio della loro "lecita" situazione giuridica.

Secondo i primi commentatori, sembrerebbe, *prima facie*, che la riforma induca ad ammettere una tutela cautelare, contro la soccombenza e, nello specifico, contro il rischio di soccombenza.

Questa interpretazione renderebbe inconciliabile l'istituto con il sistema processual-civilistico, in quanto il provvedimento cautelare si caratterizza per essere stabile fin quando non interverrà la sentenza, l'unica che, quindi, potrà avere efficacia di giudicato.

Quindi, in definitiva, deve ritenersi che il legislatore, consacrando tale istituto, abbia accolto le istanze degli operatori economici, che necessitano di tutele rapide e, quindi, inconciliabili con le lungaggini del procedimento a cognizione piena, ma che a partire dal 2010, possono essere ottenute anche, più rapidamente, in sede cautelare.

Continuando l'esegesi, l'art. 122 CPI statuisce che «*l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale*» possa essere esercitata nel contraddittorio da tutti coloro che risultano annotati nel registro come aventi diritto in quanto titolari dello stesso.

¹⁵⁷ F. FERRARI, *cit.*

Dunque, non è più necessaria la partecipazione dell'inventore o del licenziatario con la conseguenza di un rilevante contributo alla semplificazione dei processi.

La relativa sentenza dichiarativa passata in giudicato, ai sensi dell'art. 123 CPI, ha efficacia *erga omnes* e, il solo provvedimento relativo alla dichiarazione di nullità, ha effetto retroattivo.

L'art. 129 sancisce la possibilità, per tutti i titolari di un diritto di privativa, di agire per ottenere la descrizione o il sequestro dei prodotti costituenti violazione di tale diritto, ovvero in tutti i casi in cui si ravvisa il reato di contraffazione.

Le modifiche introdotte nel 2010, sono state rivolte anche all'eliminazione della precedente dicotomia processuale secondo la quale la competenza del sequestro spettava al giudice designato, mentre quella della descrizione era attribuita al Presidente della Sezione. Ora sono entrambe attribuite alla cognizione del giudice designato¹⁵⁸.

Il nuovo testo del riformato articolo 129, inoltre, stabilisce che il provvedimento cautelare è adottato, *inaudita altera parte*, per mezzo del decreto motivato.

E ciò accade ogni qual volta il giudice ravvisi «*casi di speciale urgenza, e in particolare quando eventuali ritardi potrebbero causare un danno irreparabile al titolare dei diritti o quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento di descrizione o di sequestro*».

Nello specifico, la descrizione è un provvedimento urgente tipico del diritto processuale industrialistico che ha come fine quello di ottenere una prova dell'avvenuta contraffazione, il cui presupposto è l'accertamento del *periculum in mora*.

Così come descritta, la descrizione potrebbe essere assimilata agli altri mezzi di istruzione preventiva, quali l'ispezione giudiziale e l'istruzione preventiva.

Diversamente, il sequestro, nel caso di violazione di un diritto industriale, si rende necessario per ottenere l'interruzione della violazione del proprio diritto o, in alternativa, per paralizzare la commercializzazione di tutti quei prodotti macchiati da contraffazione¹⁵⁹.

¹⁵⁸ F. FERRARI, *La recente riforma delle norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Rivista di diritto processuale*, 6/2011, pp. 1473-1485.

¹⁵⁹ V. DI CATALDO, A. VANZETTI, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè Editore, 2012.

Qualora il giudice accolga l'azione di descrizione, deve fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito; se tale termine non viene rispettato il provvedimento perde efficacia.

Il codice della proprietà industriale, rispettivamente agli artt. 131, 137 e 144-*bis*, stabilisce la possibilità di agire per ottenere l'inibitoria di un comportamento lesivo di un proprio diritto industriale, l'esecuzione forzata sui diritti patrimoniali relativi ad una proprietà industriale secondo le norme del codice di rito ed il sequestro conservativo sui beni mobili «*quando la parte lesa faccia valere l'esistenza di circostanze atte a pregiudicare il soddisfacimento del risarcimento del danno*».

7. Il giudice specializzato

Fin dall'istituzione dei Tribunali di commercio, la natura economico-commerciale delle relative decisioni è stata una questione particolarmente ostica, non solo per il giurista ma anche, e soprattutto, per il legislatore, che, con grande difficoltà, ha provato a conciliare le necessità di effettività e celerità della giustizia con le specificità delle discipline scientifiche.

Infatti, l'attività decisoria delle cause di competenza delle Tribunale delle imprese richiede il possesso di nozioni tecniche che *-atecnicamente-* si definiscono economico-commerciali; contrariamente, il giudice ordinario deve armarsi, esclusivamente, di conoscenze strettamente giuridiche.

In altre parole, un giudice speciale, così come può essere definito un Magistrato assegnato ad una Sezione specializzata in materia di impresa, non solo deve farsi portavoce di un sentimento di effettività dell'applicazione della giustizia -come tutti i Giudici- ma deve anche far proprie nozioni specifiche nelle materie di competenza del Tribunale delle imprese, oltre che di diritto civile.

Già dal secolo scorso, la caratteristica della specializzazione è stata considerata, generalmente, strumento necessario per ottenere, in modo efficace, la soluzione alle controversie in tempi rapidi, in quanto considerata una vera e propria «*garanzia di scienza nella sempre crescente complicazione nella vita giuridica moderna*»¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Così, P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!* (1921), in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Id., Opere giuridiche*, Napoli, 1966.

In questa particolare branca del diritto, poi, il concetto di specializzazione dell'organo giudicante è uno degli aspetti fondamentali, e ciò è dimostrato dalle specifiche scelte lessicali adottate dal legislatore che, non solo, caratterizzano l'attuale l'impianto normativo del Tribunale delle imprese, ma che sono elemento distintivo della disciplina fin dai tempi delle primordiali Sezioni specializzate del 2003.

Tuttavia, nel concreto, come già anticipato, conciliare la necessità di decisioni celeri e giuste con la particolarità e la tecnicità delle materie commerciali, non è sempre stato concretamente possibile.

Una palese dimostrazione di ciò è fornita dal fatto che i cambiamenti apportati dalla novella del 2012 avrebbero dovuto interessare essenzialmente il profilo della specializzazione, ma, paradossalmente, hanno determinato il verificarsi di situazioni antitetiche rispetto a quelle che si leggono nella norma di riferimento¹⁶¹.

Infatti, l'ampliamento del numero delle Sezioni specializzate, che sono passate da 12 a 21 (42 considerando anche le Corti d'Appello), secondo alcuni, comporta il rischio di “*despecializzazione*”¹⁶² dei magistrati, che, infatti, negli ultimi anni si sono trovati di fronte a cause caratterizzate da una moltitudine di materie commerciali, il cui confine, come visto, è difficilmente tracciabile.

Oltre questo, si deve considerare anche un fattore numerico; già prima del 2012, le controversie in materia industriale costituivano una minima parte rispetto a quelle di diritto civile, per così dire, “classico”, con le sole eccezioni delle Sezioni specializzate istituite presso i Tribunali di Roma e Milano, essendo i principali poli industriali e societari italiani.

La scarsa affluenza di cause ricomprese nella competenza esclusiva del Tribunale delle imprese, permise, ed ancora permette, ai Presidenti di ciascuna Sezione, *ex art. 2 D. Lgs. 168/2003*, l'assegnazione, ai magistrati specializzati, di ulteriori cause, ma solo nell'eventualità in cui ciò «*non comporti ritardo nella trattazione dei giudizi in materia d'impresa*».

Tale fenomeno, come facilmente si può intuire, ha contribuito a rallentare il processo di specializzazione dei giudici.

¹⁶¹ Art. 2 D. Lgs. 168/2003: «*I giudici che compongono le sezioni specializzate sono scelti tra i magistrati dotati di specifiche competenze.*»

¹⁶² G. CASABURI, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit.

Resta inspiegabile il motivo per il quale, nonostante le svariate richieste promosse dalla dottrina, il legislatore non abbia fatto nulla per invertire la tendenza di tale fenomeno; per di più, il mistero si infittisce alla luce dei continui interventi sulla disciplina oggetto di trattazione i quali, piuttosto, hanno contribuito ad accentuare il processo di despecializzazione.

Sarebbe stata vista di buon grado una scelta più coraggiosa del legislatore che avrebbe dovuto concentrare le controversie presso un numero inferiore di sedi e non, come invece ha fatto, ampliare la competenza territoriale delle Sezioni specializzate in tema di imprese¹⁶³.

Perché, così come è vero che la specializzazione è condizione primaria alla nomina di Giudice del Tribunale delle imprese, è altrettanto corretto, d'altro canto, che un'approfondita competenza - nel senso letterale del termine- in questo ambito molto più che in altri, può essere acquisita soltanto mediante la risoluzione di un numero elevato di giudizi aventi ad oggetto la materia commerciale.

Questo assunto, chiaramente, non si sposa bene con la disposizione contenuta nell'art. 19, D. Lgs. n. 160/2006, il quale, ponendo un divieto alla permanenza ultradecennale all'interno della stessa Sezione, aggiunge un ulteriore ostacolo ad una concreta specializzazione dei magistrati d'impresa.

All'interno di questo dibattito, si è espresso, più volte, il Consiglio Superiore della Magistratura che, nel ribadire la necessità di costituzione di Sezioni specializzate al fine di «*garantire professionalità maggiormente qualificata*», ha definitivamente decretato la permanenza massima di dieci anni presso lo stesso incarico tabellare¹⁶⁴.

Con riferimento al caso specifico del magistrato che ricopriva già un incarico nelle Sezioni specializzate in tema di proprietà industriale ed intellettuale, con l'ingresso del D. L. 27/2012, il computo relativo agli anni di permanenza presso la sezione, che neanche allora poteva essere ultradecennale, doveva effettuarsi considerando anche il tempo trascorso nelle previgenti Sezioni specializzate.

¹⁶³ M. TAVASSI, *Dalle Sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale alle Sezioni specializzate dell'impresa*, cit.

¹⁶⁴ Non solo CSM, Circolare prot. n. 19199 del 27 luglio 2011 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2012/2014, ma anche, da ultimo, *Relazione sulla circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019*, Prot. n. 1318 del 26 gennaio 2017, così come modificata alla data del 21 giugno 2017.

L'applicazione di tale regola, negli anni appena trascorsi, ha comportato un vero e proprio problema di "ricambio", in quanto è stato particolarmente difficile reperire un numero congruo di magistrati specializzati per le nuove assegnazioni, in vista proprio del raddoppio del numero di sedi specializzate in tema d'impresa¹⁶⁵.

Il procedimento di nomina dei magistrati, che inizia fin dai distretti di Corte d'Appello, termina con l'approvazione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura a seguito di un *iter* che potrebbe avere una durata quasi coincidente con un anno solare¹⁶⁶.

Tuttavia, lo stesso CSM ha più volte evidenziato il contrasto di tale procedimento con le disposizioni legislative che impongono il requisito di specializzazione del magistrato assegnato alle Sezioni specializzate in materia di impresa.

Ciò perché, in questo lungo processo di nomina, la valutazione delle capacità tecniche ricopre un valore del tutto marginale, che deve invece far posto a questioni meramente organizzative di vacanza di posti¹⁶⁷.

In sostanza, il rispetto del requisito della specializzazione è preso in considerazione, e solo residualmente, durante il procedimento di nomina dei magistrati.

Il CSM, proprio con la delibera dell'11 luglio 2012, ha deciso di imporre il divieto di permanenza ultradecennale con l'obiettivo di risolvere il problema dell'evidente inadeguatezza della specializzazione di magistrati delle Sezioni.

¹⁶⁵ Un dato a favore di questa considerazione può essere rinvenuto nel fatto che alla Sezione milanese è stato assegnato un MOT che, in ragione della recentissima nomina, difficilmente poteva essere in possesso di requisiti tecnici e specifici, obbligo, tra l'altro, imposto dalla legge.

¹⁶⁶ Gli interventi legislativi che si sono susseguiti dalla metà del secolo scorso fino ad oggi, hanno trasformato il CSM in un vero e proprio organo di governo della giurisdizione. Già con la l. 24 marzo 1958, n. 195 a questi venne dato il potere di decidere sulle assunzioni, assegnazioni di sede e funzioni, trasferimenti e promozioni, sulle sanzioni disciplinari, sulla cessione dei sussidi ed infine sulla nomina dei magistrati di Corte di Cassazione. Poi il D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, ha consacrato il potere tabellare del CSM il quale può disporre l'organizzazione degli uffici sulla base, non tanto del merito dei singoli magistrati, quanto di necessità di assegnazione; le attitudini e le capacità del singolo finiscono, quindi, per ricoprire un ruolo del tutto marginale. Il processo di assegnazione potrebbe avere una durata di almeno otto o nove mesi, se tutti i termini vengono rispettati. Termini fissati per l'invio di circolari, tra le quali, la prima, parte a seguito di svariate riunioni tenutesi fra l'organico di ogni singolo tribunale le cui decisioni devono essere sottoposte all'attenzione del Presidente della Corte d'Appello, al cui distretto fa capo ciascuna sede. I Presidenti hanno il compito di inviare le proposte al consiglio giudiziario che potrebbe accoglierle o contrariamente pronunciarsi con giudizio negativo. A seguito di una attenta analisi, fatte le dovute considerazioni, viene inviato ai Presidenti il parere conclusivo. La proposta sarà così inviata al CSM che, in forza delle su citate disposizione normative, senza il previo parere del Ministro, potrà approvarla o meno.

¹⁶⁷ G. VERDE, *Il giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2013, pp. 133-153.

Con tale delibera, il CSM ha voluto “*piuttosto realizzare una specializzazione dell’ufficio e non a quella del singolo giudice*”¹⁶⁸.

Stante i presupposti, parte della dottrina ha annunciato il passaggio, anche nel rispetto del principio di “*equiordinazione del magistrato*”, ad una specializzazione astratta ed impersonale¹⁶⁹.

Con riferimento al silenzio del legislatore in ordine alla questione della specializzazione dei giudici, si segnala una ulteriore linea di continuità con la previgente disciplina del 2003: la mancanza di una apposita regolamentazione sulle modalità di valutazione e di controllo delle specifiche competenze professionali e tecniche che i magistrati delle Sezioni dovrebbero possedere¹⁷⁰.

La *despecializzazione* dei giudici del Tribunale delle imprese si realizza, non già solo a causa dell’istituzione di nuove sedi nel 2012, che si aggiungono a quelle già ordinate in passato dal legislatore, ma anche dall’ampliamento delle materie di competenza dello stesso, caratterizzate da un alto grado di disomogeneità.

Il livello di specializzazione, infatti, è inversamente proporzionale all’estensione della competenza: tanto più è estesa la seconda, tanto minore sarà il grado di specializzazione dei magistrati¹⁷¹.

Sarebbe auspicabile che la selezione di magistrati avvenisse, non solo sulla base di valutazioni sulle attitudini del singolo, ma anche sulla partecipazione a percorsi di approfondimento circa le materie commerciali, organizzati dalla stessa scuola della magistratura¹⁷².

Questa è l’unica soluzione prospettabile in risposta alla scelta del legislatore che, nel 2012, ha disposto un ampliamento delle materie di competenza delle Sezioni specializzate, lasciando, tuttavia, invariato l’organico delle stesse.

Tale scelta, evidentemente, stante le numerose falle normative che caratterizzano l’intero testo della disciplina, è stata dettata dalla necessità di presentare questa come una riforma “*a costo zero*”, nonché unico biglietto da visita degno di nota della, seppur confusionaria, normativa del Tribunale delle imprese.

¹⁶⁸ Così la delibera del CSM dell’11 luglio 2012.

¹⁶⁹ G. VERDE, *cit.*

¹⁷⁰ P. COMOGLIO, *cit.*

¹⁷¹ F. SANTAGADA, *cit.*

¹⁷² G. VERDE, *cit.*

La conclusione che, invece, può addursi con riguardo al profilo della specializzazione del giudice d'impresa è inevitabilmente la seguente: il legislatore ha dato vita ad un modello di specializzazione che, tutt'oggi, sembra essere di difficile realizzazione.

7.1 *Segue: i modelli organizzativi delle Sezioni specializzate*

Ogni ente caratterizzato da una moltitudine di soggetti necessita di un organigramma, il cui ruolo è, appunto, quello di definire quale sia, dal punto di vista organizzativo, la più efficiente ripartizione di compiti.

All'interno dei tribunali si è sviluppata la c.d. "organizzazione tabellare" che definisce, per ciascun ufficio, la ripartizione in Sezioni, ognuna delle quali composta da un numero prestabilito di magistrati scelti sulla base di criteri di assegnazione degli affari giudiziari.

Il ruolo della ripartizione tabellare assume un'importanza ancor maggiore in considerazione del fatto che non sono stati ancora istituiti dei procedimenti atti al controllo dell'effettivo possesso di specifiche competenze in materia industriale per i magistrati assegnati alle le Sezioni specializzate.

Per di più, mediante l'organizzazione tabellare, si assicura, da un lato, l'effettività della precostituzione del giudice naturale, così come statuito dall'art. 25 Cost., dall'altro l'attuazione dei valori di indipendenza interna, di inamovibilità e di imparzialità del giudice.

L'organizzazione tabellare ha sempre giocato un ruolo primario nell'efficienza dei Tribunali; ciò ha determinato il proliferarsi di disposizioni specifiche anche con riguardo alle Sezioni specializzate delle imprese, necessità conseguente al, più volte ricordato, silenzio del legislatore in merito a svariati profili.

Il Consiglio Superiore della Magistratura è intervenuto a più riprese, attraverso normativa secondaria, per modificare alcune previgenti disposizioni.

La delibera dell'11 luglio 2012, infatti, ha modificato la Circolare del 27 luglio 2011 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti.

La necessità di tale intervento è stata dettata dalla profonda eterogeneità delle materie di competenza delle Sezioni specializzate, ognuna delle quali organizzata in modo differente rispetto alle altre.

Per questo motivo il CSM, con la predetta circolare, e dopo aver specificato l'impossibilità di sovrapporre le precedenti Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ove presenti, con quelle in materia di impresa, ha individuato tre modelli ai quali, ciascun Tribunale, avrebbe potuto ispirarsi per la propria organizzazione:

- a) creazione di un'unica sezione i cui giudici devono occuparsi della "materia di impresa", in via esclusiva o, eventualmente, concorrente con altre materie, con la possibilità di implementare l'organico della preesistente sezione¹⁷³;
- b) accorpamento delle sezioni esistenti in un'unica sezione con possibile ripartizione dei magistrati in due collegi, ciascuno dei quali presieduti da un Presidente di sezione¹⁷⁴;
- c) mantenimento delle due sezioni con due presidenti di sezione assegnando, ad uno solo di questi, la funzione di coordinamento¹⁷⁵.

Secondo le disposizioni contenute nella stessa delibera, sulla base delle statistiche dei procedimenti trattati dalle previgenti Sezioni specializzate in tema di proprietà industriale ed intellettuale, il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello deve individuare il modello più confacente alle necessità della singola sezione, e, in ogni caso, il numero dei giudici non può essere, per ciascuna sezione, inferiore a cinque.

Attualmente, come di seguito si vedrà, la composizione sotto il profilo numerico dell'organico, è stata modificata, aumentando da 5 a 6 i magistrati che compongono ciascuna sezione.

¹⁷³ Tale modello è stato qualificato come il più appropriato anche per quegli uffici che, prima della riforma del 2012, non erano dotati di Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale. È stato inoltre sottolineato che, tale modulo organizzativo, non si sarebbe posto in contrasto con il problema della specializzazione né del Presidente né dei giudici della sezione. In più, sarebbe stata risolta anche la questione relativa ai ruoli iscritti prima del 20 settembre 2012 -data a partire dalla quale si sono applicate le disposizioni che hanno modificato, nel 2012, il D.Lgs. n.168/2003- dal momento che si tratta di ruoli spettanti a giudici che già trattavano della materia di impresa (proprietà industriale ed intellettuale). Così la Pratica nn.67/VV/2012 del CSM che ha modificato la Circolare prot. 19199 del 27 luglio 2011.

¹⁷⁴ Il CSM non si è sottratto dal commentare anche questo tipo di soluzione: anche in questo caso, infatti, si assicurerebbe la conservazione delle competenze e delle pendenze pregresse. Tuttavia, in ragione del fatto che la stessa mole di lavoro è stata suddivisa fra un numero superiore di magistrati, ha acconsentito alla riduzione del numero dei componenti.

¹⁷⁵ Le regole di un unico Presidente coordinatore sono contenute all'art. 24 della circolare in materia tabellare. Ad ogni modo, questo particolare modello organizzativo, meglio si sposa con le esigenze di sedi di grandi dimensioni.

La più recente circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili (prevista dall'art. 37 D.L. 98/2011)¹⁷⁶ del Consiglio Superiore della Magistratura ha disposto un congruo utilizzo dei GOT e dei giudici ausiliari, commisurato alla mole di lavoro di ciascuna sezione.

Questi potranno affiancare, su dirette disposizioni del Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello, i giudici onorari, e in caso di cospicue vacanze, anche dirimere autonomamente cause civili in materia societaria e fallimentare, proprietà industriale ed intellettuale¹⁷⁷.

Da ultimo, con la Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019, il CSM ha ribadito alcuni paradigmi a fondamento dell'organizzazione tabellare, provvedendo, oltretutto, ad innovare la disciplina dei tempi procedurali di formazione del progetto tabellare ed a rafforzare l'importanza dei GOT; ha, inoltre, affinato modelli organizzativi già sperimentati, rendendoli più duttili e funzionali a una più efficace risposta giurisdizionale.

Infatti, il CSM si è soffermato sulla volontà di privilegiare la specializzazione come *“paradigma organizzativo idoneo ad assicurare la migliore risposta giurisdizionale e a permettere ai magistrati di non disperdere le proprie energie professionali”*.

¹⁷⁶ Circolare n. 22890 del 9 dicembre 2016 la cui delibera è avvenuta il 7 dicembre 2016.

¹⁷⁷ Punto numero 6 della circolare n. 22890 del 9 dicembre 2016 del CSM: *“Fissato il carico esigibile, il dirigente può operare le valutazioni gestionali ed organizzative di sua competenza individuando, in riferimento al carico esigibile calcolato, gli obiettivi di rendimento dell'ufficio. Il dirigente, nell'ambito della discrezionalità valutativa che caratterizza e connota il suo ruolo, è chiamato – in esito al procedimento partecipato più avanti delineato - ad una sintesi realistica, virtuosa ed equilibrata, dovendo in primo luogo fotografare lo stato dell'ufficio, le sue condizioni oggettive e soggettive per poi, in secondo luogo, alla luce delle rilevazioni effettuate, compiere una sintesi operativa e prospettica degli obiettivi concretamente realizzabili con le risorse disponibili. Nelle scelte organizzative, i dirigenti (o i presidenti di sezione) dovranno assicurare anche il pieno impiego dei GOT, che non sempre risultano efficacemente utilizzati. Al riguardo va preliminarmente ricordato che, secondo l'art.43 bis dell'ordinamento giudiziario, ai giudici onorari non possono essere affidati, nella materia civile, la trattazione di procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio; inoltre, secondo la normativa secondaria, è fatto divieto di affidare ai GOT i giudizi di appello avverso le sentenze del giudice di pace. Nei limiti predetti, l'attuale circolare sulle tabelle degli uffici giudicanti prevede che l'impiego dei giudici onorari, possa avvenire secondo i seguenti modelli organizzativi: 1) Ciascun giudice togato può essere affiancato da un giudice onorario di tribunale nella trattazione di procedimenti individuati con criteri generali ed astratti. Al giudice togato deve, in questo caso, essere affidato un ruolo aggiuntivo. 2) In caso di significative vacanze nell'organico dell'ufficio, ai GOT, fermi i limiti già indicati sopra, può essere assegnato un ruolo, con esclusione delle seguenti materie: a) per il settore civile: - societaria e fallimentare; - proprietà intellettuale ed industriale. b) per il settore penale: - i procedimenti tratti a giudizio con rito direttissimo. 3) Fermi tutti i limiti di materia su evidenziati, i giudici onorari possono comunque essere destinati in supplenza dei giudici professionali anche nei collegi (ma non più di uno per collegio) ed anche nel caso di impedimento secondo l'accezione ampia elaborata dal Consiglio”*.

Ha stabilito che i Tribunali organizzati in più sezioni civili (e/o in più sezioni penali) devono prevedere modelli di specializzazione che accorpino materie in base ad aree omogenee e, ove ciò non sia possibile, disporre la creazione di gruppi di lavoro all'interno della stessa sezione.

Gli artt. 65¹⁷⁸ e 66¹⁷⁹ della circolare si occupano, nello specifico, delle Sezioni specializzate in materia di impresa.

Ogni sezione, per volontà del CSM, deve essere costituita da cinque magistrati ed un Presidente, e trattare, ove possibile, affari di competenza esclusiva della sezione specializzata.

8. Rilievi conclusivi

Le riforme rappresentano un'imperdibile occasione per tutti quei commentatori che vogliono consacrare -altezzosamente- la supremazia della loro conoscenza, in diritto, su quella del legislatore.

Fin dai giorni immediatamente successivi alle pubblicazioni dei testi legislativi, la dottrina si appresta, con grande affanno, a commentarli, talvolta con giudizi eccessivamente frettolosi che, con il tempo, si dimostrano errati, talvolta, invece, i dubbi palesati sulle riforme non tardano a concretizzarsi.

Quest'ultimo sembra proprio essere il caso del D. Lgs. 168/2003 che ha istituito, prima, le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, modificate, poi, nel 2012, in Sezioni specializzate in materia d'impresa.

¹⁷⁸ Art. 65 Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019 del CSM: "1. Le Sezioni specializzate in materia di impresa sono composte da almeno sei magistrati, di cui cinque giudici e un presidente di sezione. 2. Quando è istituita una sezione specializzata con due presidenti ovvero nel caso in cui sono mantenute due sezioni coordinate tra loro, le competenze di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168 sono esercitate da ciascun presidente per gli affari attribuiti rispettivamente al suo collegio o alla sua sezione. 3. Restano ferme le disposizioni di cui agli artt. 86 e 93."

¹⁷⁹ Art. 66: "1. Nei Tribunali e nelle Corti nei quali il numero degli affari giudiziari lo consente, sono istituite sezioni che si occupano in via esclusiva degli affari di competenza della sezione specializzata. 2. La destinazione in via esclusiva può riguardare anche solo parte dell'organico della sezione e, comunque, un numero di magistrati sufficiente alla formazione di almeno un collegio. 3. L'attribuzione di ulteriori competenze ai giudici assegnati alle Sezioni specializzate è, in ogni caso, commisurata all'esigenza di evitare ritardi nella definizione dei giudizi in materia di impresa e avviene con assegnazione di materie omogenee. A tale risultato si può pervenire modificando le competenze attualmente attribuite ai singoli magistrati ovvero ripartendo tra altre sezioni dell'ufficio una o più materie assegnate alle sezioni delle quali fanno parte i magistrati destinati alla sezione specializzata. 4. Nelle proposte tabellari relative agli uffici con minore contenzioso, la trattazione degli affari può, in via preferenziale, essere ripartita tra due collegi, con individuazione di quello competente, in via esclusiva, dei ricorsi e delle domande e quello competente per il contenzioso in sede di reclamo."

La maggior parte dei commentatori, infatti, non spese giudizi positivi in merito al Tribunale delle imprese, arrogante denominazione -poi fortunatamente rimossa dalla legge di conversione- attribuita alle SSI dall'ultima significativa riforma che ha colpito il Giudice specializzato delle cause economico-commerciali¹⁸⁰.

Tuttavia, ad ormai cinque anni dalla riforma ed a quasi quindici anni di operatività delle Sezioni specializzate, sembra opportuno valutare la buona riuscita o meno della disciplina, non tanto sulla base di giudizi che possono avere la colpa di macchiarsi di opinioni eccessivamente soggettive, ma avendo sotto mano dati statistici e numerici.

Il riscontro più rilevante sembra essere quello relativo al numero di procedimenti iscritti, che passano dai 1.468 di Milano ai 34 di Potenza, presso le rispettive Sezioni specializzate¹⁸¹.

Questo è l'evidente risultato dell'ampliamento, a questo punto, eccessivo della competenza per territorio del Tribunale delle imprese che, tra l'altro, si è ottenuto sfruttando il principio di invarianza dell'organico¹⁸² delle precedenti SSPII, ove già istituite, realizzandosi, così, una riforma a "costo-zero".

Contestualmente all'aumento delle Sezioni specializzate, il legislatore ha deciso di estenderne la competenza per materia; la prima, nello specifico, sembra essere funzionale alla seconda.

A tal proposito si menziona l'ingiustificata esclusione, tra le materie di cognizione delle Sezioni specializzate, delle cause ed i procedimenti riguardanti le società di persone, i contratti commerciali, dei procedimenti di insolvenza civile e per il recupero crediti.

Sembra, per l'appunto, l'ennesima scelta in contraddizione con l'intento del legislatore di consacrare la specializzazione del giudice attraverso l'affidamento, sempre più numeroso, di cause.

Per di più, giova ricordare che nel procedimento per la nomina dei Giudici è sempre più difficile prendere in considerazione anche, e soprattutto, le conoscenze tecniche, stante la scarsità di organico che caratterizza la Magistratura¹⁸³.

¹⁸⁰ Di questa idea: L. TENAGLIA, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *il Corriere giuridico*, edizione speciale 2/2012, pp. 75-82; F. SANTAGADA, *cit.*; L. VETTORI, *cit.*

¹⁸¹ Si tratta di dati risalenti al 2015. Per quanto riguarda i procedimenti presso altri Tribunali sedi di Sezioni specializzate: Perugia 39, Trento 43, Ancona 75, Palermo 81. (da: http://www.giuraemilia.it/RassegneStampaData/2017_2_5/Fe8z7H2Y.pdf)

¹⁸² L. TENAGLIA, *cit.*

¹⁸³ Come si è ampiamente avuto modo di constatare nei paragrafi 7 e 7.1.

Si ricorda, inoltre, che con riguardo al possesso di tale condizione, *ex art. 2 D. Lgs. 168/2003*, richiesta prima della nomina e durante la permanenza decennale, non è stato disposto alcun accertamento, tant'è che alcuni hanno parlato di “*semispecializzazione fino a quando non ci sarà un controllo effettivo*” sui giudici¹⁸⁴.

Il dato che la riforma del 2012 rappresenti l'ennesimo caso di *iperproduzione legislativa sovente priva di sistematicità ed organicità* è dimostrato dalle frequenti omissioni del legislatore nel disciplinare alcuni aspetti essenziali dell'operatività del Tribunale delle imprese.

Tra queste, merita di essere menzionata la mancata previsione di una soluzione nel caso in cui la causa, rientrando nelle materie di competenza delle Sezioni specializzate, venga erroneamente proposta al giudice ordinario e viceversa.

In merito a questa situazione, oltre alla mancata specificazione del legislatore, è stata registrata una giurisprudenza spesso in disaccordo.

Di ciò, non può essere attribuita nessuna colpa al Giudice di merito, che si è improvvisamente trovato a dover risolvere una questione che, dalle previgenti disposizioni, era risolta; tuttavia, lo stesso non può dirsi in merito alla Corte di Cassazione che, in alcuni casi, si è contraddetta a distanza di un solo mese.

Ultima critica da farsi in questa sede, si rivolge al contributo unificato ed alla specifica scelta di raddoppiarne l'importo per le cause devolute alla cognizione delle Sezioni specializzate in materia d'impresa.

Pare che tale scelta sia rivolta a favore della celerità dei procedimenti, nel senso che il legislatore ha voluto incentivare la ricerca di una soluzione in sede arbitrale, o comunque stragiudiziale, prima di adire il giudice specializzato.

Questo è il motivo per il quale il Tribunale delle imprese può essere definito una corsia preferenziale, ma si tratta, per la verità, di uno strumento che assicura celerità ed un servizio migliore solo per quelle imprese che hanno la possibilità economica di sostenere il costo relativo al contributo unificato, venendosi così a definire una evidente disparità.

Ma se è vero che il legislatore ha voluto garantire la celerità dei procedimenti, come si concilia la disposizione relativa al contributo unificato con la specializzazione del Giudice?

¹⁸⁴ L. VETTORI, *cit.*

Sembra, piuttosto, che sia stato lo stesso legislatore a voler scoraggiare la “tutela giurisdizionale speciale” del Tribunale delle imprese, scrivendo una disciplina che sembra evocare l’immagine di uno strano gioco in cui i componenti delle squadre, disposti su due file, l’una di fronte l’altra, si passano continuamente la palla, senza mai definire le regole del gioco.

8.1 Progetti di riforma

Il 10 marzo 2016 la Camera dei Deputati ha approvato il d.d.l. “Delega al Governo recante disposizioni per l’efficienza del processo civile”.

Il disegno di legge reca quattro pilastri fondamentali: la specializzazione dell’offerta di giustizia, l’accelerazione dei tempi del processo civile, attraverso la razionalizzazione dei termini processuali e la semplificazione dei riti, l’introduzione del principio di sinteticità degli atti, ed infine l’adeguamento delle norme processuali al processo civile telematico.

Lo stesso specifica che uno dei punti più rilevanti è la “*valorizzazione dei positivi risultati raggiunti dalle Sezioni Specializzate*”¹⁸⁵; sembra, quindi, che le riforme che colpiscono il Tribunale delle imprese non siano destinate ad interrompersi.

Non vi è, comunque, certezza della riforma in quanto è ancora necessaria l’approvazione del Senato al d.d.l. e la successiva adozione del decreto legislativo.

Il disegno di legge amplia le materie attribuite alla competenza delle sezioni anche alle controversie in materia di:

- a) concorrenza sleale e pubblicità ingannevole, non dovendosi più applicare l’interferenza
- b) l’azione di classe a tutela dei consumatori
- c) controversie sugli accordi di collaborazione nella produzione e lo scambio di beni e servizi
- d) controversie ex art. 3, co. 2, D. Lgs. 168/2003 relative alle società di persone
- e) controversie in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario

¹⁸⁵ Tale affermazione opinabile si legge in Delega a Governo per l’efficienza del processo civile A.C. 2953, n. 302 del 6 maggio 2015.

Le intenzioni, inoltre, sono quelle di rafforzare la collegialità delle Sezioni specializzate prevedendo l'istituzione, presso ogni sede, di un albo di esperti in ragioneria, contabilità, economia e mercato dai quali il Presidente possa attingere delle conoscenze necessarie per la soluzione delle controversie.

Tale riforma dovrebbe realizzarsi a costo zero adeguando gli organici delle “Sezioni specializzate per l'impresa ed il mercato” (è stata semplicemente modificata la denominazione) alle nuove competenze.

L'auspicio è che, almeno in sede di tale eventuale riforma, il legislatore colga l'occasione per colmare le lacune della disciplina, così da accogliere le richieste della dottrina e da porre un freno ai continui dibattiti, anche giurisprudenziali, in materia.

Capitolo II

Il private enforcement nel diritto antitrust

SOMMARIO: *Premessa* – 1. Il diritto della concorrenza – 1.1 Le condotte anticoncorrenziali – 2. Modalità di attuazione – 2.1 L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 2.1.1 Il regime di impugnabilità degli atti dell’Autorità – 2.1.2 La legittimazione a ricorrere dei consumatori e delle imprese concorrenti – 2.2 Il *private enforcement* – 2.3 L’evoluzione della tutela Antitrust dinanzi al Giudice ordinario italiano – 2.3.1 *Segue*: l’interferenza del CPI con il diritto nazionale della concorrenza – 2.3.2 *Segue*: la riunificazione delle competenze – 2.3 Profili processuali – 2.4 Le azioni esperibili: a) la nullità – 2.4.1 *Segue*: l’inibitoria del *private antitrust enforcement* e la sua evoluzione giurisprudenziale

Premessa

Le Sezioni specializzate in materia d’impresa sono anche competenti, *ex art.* 3, co. 1, lett. c) e d) del D. Lgs. 168/2003, a conoscere le controversie relative alle violazioni della normativa nazionale e comunitaria del diritto *antitrust*.

La finalità di tale disciplina è quella di assicurare il corretto funzionamento del gioco della concorrenza, nonché evitare che le imprese, attraverso condotte quali abuso di posizione dominante, intese restrittive e concentrazioni, possano minacciare il buon funzionamento dei mercati¹⁸⁶.

Nello specifico, la lett. c) rimanda all’art. 33, co. 2, della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, che conferisce ai consumatori ed agli imprenditori concorrenti la possibilità di rivolgersi al giudice specializzato per chiedere, ed eventualmente ottenere, il risarcimento del danno, l’adozione di provvedimenti d’urgenza e la dichiarazione di nullità degli accordi *ex art.* 101, co. 2 del Trattamento sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE).

Le caratteristiche distintive del diritto *antitrust* sono, da un lato, il coinvolgimento di una pluralità di organi ed istituzioni, sia a livello nazionale che comunitario, e, dall’altro, una tutela esperibile la cui determinazione dipende dall’entità del danno provocato al mercato¹⁸⁷.

Infatti, in caso di violazione di una norma anticoncorrenziale, vi è la possibilità che siano innescati due tipi di tutela, il *private* ed il *public enforcement*, di cui uno non esclude l’altro, e viceversa.

¹⁸⁶ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, in *Diritto antitrust*, Torino, 2013.

¹⁸⁷ M. BELLIA – G. A. M. BELLOMO, *Il ruolo del giudice ordinario nel sistema di tutela delle norme antitrust europee e nazionali e i suoi rapporti con il giudice amministrativo*, in G. Tesoro (a cura di) *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

Quest'ultimo è diretto a preservare l'effettività di una sana concorrenza tra imprese, unica condizione in grado di garantire un benessere generico dell'economia, degli operatori economici e dei concorrenti¹⁸⁸.

Tale tutela, in ambito Europeo, è assicurata dalla Commissione, mentre, a livello nazionale, la competenza è dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Il *private enforcement*, invece, è affidato all'autorità giudiziaria ordinaria ed ha come scopo la tutela delle posizioni giuridiche soggettive, principalmente mediante il risarcimento di eventuali danni subiti a seguito della violazione delle norme sulla concorrenza. Grazie a questa tutela, dunque, vengono risolti conflitti che potrebbero sorgere tra imprese concorrenti, o tra consumatori ed imprese¹⁸⁹.

Si tratta, quindi, di una tutela che, a differenza della prima, può essere azionata unicamente tramite l'iniziativa privata.

1. Il diritto della concorrenza

L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce il riconoscimento della libertà di impresa rinviando poi, per i limiti e per la disciplina della stessa, alla normativa dei singoli Stati Membri ed a quella comunitaria.

Tale disposizione rappresenta l'ennesima conferma della relazione intercorrente tra l'economia ed il diritto.

La normativa *antitrust*, nel caso specifico, istituisce il diritto a svolgere qualsiasi attività commerciale all'interno di un ambiente economico nel quale deve essere garantito, dalle autorità amministrative e giudiziarie, che il processo di sana competizione tra imprese non degeneri in forme patologiche, condizione che non assicurerebbe la crescita dell'economia dell'Unione.

È stata la stessa -allora- Comunità Europea, ad aver sottolineato l'esigenza di tutelare la concorrenza quale condizione imprescindibile di un mercato efficiente, anche attraverso azioni di iniziativa privata, con le quali viene concessa, al singolo consumatore

¹⁸⁸ Così si legge nella Relazione annuale dell'AGCM tenutasi il 30 aprile 2000.

¹⁸⁹ M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova Direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, Aracne, Roma, 2016.

o alla singola impresa lesa, l'opportunità di far pesare il danno subito in capo ai fautori delle condotte illecite¹⁹⁰.

Il diritto della concorrenza, quindi, circoscrive i presupposti giuridici, verificati i quali, talune condotte degli operatori economici devono essere inibite da parte delle autorità, in quanto rappresentano un pericolo per le *performance* di mercato¹⁹¹.

Dunque, la disciplina *antitrust* potrebbe essere definita come una *longa manus* del potere pubblico che ha, quindi, il compito di preservare il corretto funzionamento dei mercati e, in generale, dell'economia attraverso l'espletamento di poteri di gestione.

Il processo di industrializzazione, giunto al suo apice nel secolo scorso, ha fatto insorgere la necessità di introdurre un impianto normativo che avesse come obiettivo la creazione di un sistema di regolazione dell'attività d'impresa¹⁹².

Se così non fosse stato, infatti, alcune imprese avrebbero continuato ad abusare impropriamente della loro posizione di dominio a discapito dei consumatori e dei loro concorrenti.

Di questa stessa idea era la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 223 del 1982, rimarcando il concetto che la libertà di concorrenza, garantita dalla Costituzione, migliora la qualità dei prodotti e ne contiene i prezzi, ha sottolineato che *“libertà di concorrenza comprende pure la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio, da parte delle imprese più forti)”*.

La necessità di recepire le istanze europee di adozione di una efficace normativa anticoncentrazione a carattere generale, tra l'altro nuovamente richiesta a gran voce dalla Corte Costituzionale con la pronuncia n. 241 del 1990¹⁹³, fu definitivamente accolta con la legge n. 287 del 1990.

¹⁹⁰ C. MATRANGA, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. “Umbrella effects” nel caso “Kone”*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2015.

¹⁹¹ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

¹⁹² F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

¹⁹³ Così la Corte Costituzionale nella sent. 241/90: *“Di tali pressanti esigenze, nonché della già rilevata insufficienza della sola normativa comunitaria, vi è una crescente presa di coscienza pur se con ritardo rispetto agli altri Paesi economicamente avanzati - tanto che sono stati apprestati progetti contenenti norme per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr., in particolare, il disegno di legge n.*

Questa può essere definita come il primo complesso normativo che ha conferito un senso di organicità alla materia della concorrenza dell'ordinamento italiano che, prima della sua entrata in vigore, annoverava come sua unica fonte la disciplina codicistica sulla concorrenza sleale¹⁹⁴.

Tramite la L. 287/90, la libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita all'art. 41, è stata elevata a diritto di accesso al mercato, nonché a diritto ad operare in un mercato equo condizione che garantisce parità fattuale fra i concorrenti¹⁹⁵.

Sebbene, *prima facie*, un tale ritardo nella regolamentazione giuridica della concorrenza non venne visto favorevolmente, in verità, risvolti prettamente positivi non hanno tardato a manifestarsi.

Infatti, prendendo spunto dall'esperienza maturata dall'Europa, il legislatore nazionale ha avuto la possibilità di operare scelte consapevoli e ragionate, le quali hanno garantito l'efficacia al nostro sistema giuridico della concorrenza.

La L.287/90 si ispira al modello comunitario, avendo il legislatore optato per una -frequente- trasposizione delle norme sostanziali europee nella disciplina italiana, ripudiando così la ricerca un modello "innovativo" ed "originale"¹⁹⁶.

Inoltre, l'art. 1, co. 4, L. 287/90 dispone un obbligo di interpretazione filocomunitaria, prevedendo un rinvio ai principi dell'ordinamento europeo per tutti i casi di lacune legislative e giurisprudenziali interne.

Per comprendere a pieno l'efficacia della normativa *antitrust* nazionale, occorre tener presente che tale radicata armonizzazione va di pari passo con un coordinamento altrettanto funzionale: la competenza delle autorità interne sussiste solo se manca quella comunitaria, a riprova del fatto che il nostro ordinamento risulta, per certi versi,

3755 atti Camera, X Legislatura, già approvato dal Senato), dei quali è auspicabile la definitiva approvazione, in quanto necessaria ai fini del rispetto dei suddetti principi costituzionali.”

¹⁹⁴ L'eccessivo ritardo dell'adozione della disciplina anticoncorrenziale in Italia può essere ricercata in ragioni di natura prettamente politica. Infatti, una Commissione d'indagine del Parlamento, nei lontani anni '70, non ravvisò la necessità di introdurre una legislazione anticoncorrenziale nel nostro Paese poiché riteneva che garantire una sana concorrenza tra le imprese non potesse avere come risultato l'evoluzione del mercato interno, come invece era sostenuto da circa 120 Paesi in tutto il mondo. Da un lato, le imprese private che operavano a livello internazionale, sostenevano che su di loro era già applicata la normativa comunitaria; dall'altro vi erano le imprese pubbliche, numericamente superiori, che per pure ragioni di convenienza, definivano come oramai superata la disciplina *antitrust*, vedendola una minaccia per i monopoli. Tuttavia, in questo scenario, i mercati finanziari furono colpiti da una crisi che diede inizio ad un processo di privatizzazione delle imprese. In breve tempo, e sotto una forte spinta dell'allora Comunità Europea, venne approvato il progetto di legge della normativa *antitrust*.

¹⁹⁵ P. FATTORI, M. TONDINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010.

¹⁹⁶ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

“assorbito” in quello europeo, soprattutto in ambito di intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante.

In altre parole, l’ambito applicativo della legge italiana è residuale rispetto a quello europeo, delineandosi, in questo modo, un rapporto che la dottrina definisce di “sussidiarietà rovesciata”¹⁹⁷.

Quando le fattispecie illecite hanno rilevanza transfrontaliera, cioè qualora esse rechino pregiudizio al commercio fra Stati Membri, troveranno applicazione le regole comunitarie, che saranno attuate dalla Commissione.

Al contrario, la competenza delle autorità nazionali si ricava in senso negativo, sussistendo solo quando siano rispettati i criteri della normativa interna, di cui agli artt. 2, 3, 5, 6, 7 L. 287/90.

In tale quadro, non si escludono, però, situazioni di sovrapposizione tra la normativa comunitaria e quella nazionale, soprattutto con riferimento alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante, i cui effetti sul mercato sono di difficile delimitazione¹⁹⁸.

Tale problema di “interferenza” è stato risolto con il Regolamento CE 1/2003 che, mediante il principio di cooperazione, permette l’applicazione delle norme comunitarie anche da parte delle autorità nazionali, sia amministrative che giurisdizionali.

Queste ultime, infatti, potrebbero trovarsi ad applicare la disciplina comunitaria, ovvero gli artt. 101 e 102 TFUE, nel caso di fattispecie anticoncorrenziali aventi conseguenze sia sul nostro territorio, che, potenzialmente, sul commercio comunitario, salvo che la Commissione non ritenga necessario occuparsi personalmente del caso¹⁹⁹.

In ogni caso, la collaborazione tra Commissione ed Autorità nazionali è garantita dall’istituzione della Rete Europea della Concorrenza (*ECN*) che permette un costante

¹⁹⁷ A. TIZZANO, *L’applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 CE in Italia*, in *Il Foro Italiano*, 1/1997, pp. 33-47.

¹⁹⁸ Lo stesso concetto di pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri non può dirsi definito in maniera puntuale, nonostante le “Linee direttive sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 81 e 81 del Trattato” del 2004.

¹⁹⁹ Art. 11, co. 6, Reg. CE 1/2003. Se un’Autorità nazionale sta procedendo all’accertamento di una condotta anticoncorrenziale, l’avvio del procedimento da parte della Commissione europea sulla stessa condotta, determina immediatamente la perdita di competenza dell’autorità Nazionale. Ciò non accade tra Autorità nazionali di diversi Stati Membri, qualora entrambe stiano procedendo; vi è la possibilità, ma non l’obbligo, che una delle due sospenda il procedimento a favore dell’altra, rimanendo, quindi, in ogni caso possibile un contrasto tra giudicati.

scambio di informazioni, al fine di ottenere un'uniforme applicazione delle norme *antitrust*.

L'*European Competition Network* ha creato, quindi, un ulteriore efficace meccanismo per contrastare le imprese che, attraverso pratiche transfrontaliere, falsano il corretto gioco della concorrenza; le autorità di concorrenza si informano reciprocamente delle decisioni proposte e accolgono osservazioni delle altre autorità competenti in materia di concorrenza. In questo modo, l'*ECN* consente alle autorità di concorrenza di raggruppare le loro esperienze e individuare le migliori pratiche²⁰⁰.

1.1 Le condotte anticoncorrenziali

La disciplina *antitrust* annovera tre fattispecie anticoncorrenziali, quali le intesi restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e, infine, le concentrazioni²⁰¹.

La previsione di tali condotte, a ricorrere delle quali si rende necessario l'intervento delle autorità amministrative e, eventualmente, giurisdizionali, deriva dal fatto che il riconoscimento costituzionale di libertà di iniziativa economica deve essere correlato ad un impianto normativo tale da assicurare un sufficiente ed effettivo grado di concorrenza nel mercato.

All'interno del *corpus* normativo *de qua*, la colonna portante²⁰² è rappresentata dalla disciplina delle intese restrittive della concorrenza.

Oltre a rappresentare la fetta più consistente delle condotte illecite in materia *antitrust*, la loro rilevanza si coglie anche dal fatto che, mentre per le altre fattispecie

²⁰⁰ Cfr. la definizione di ECN consultabile sul sito http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html

²⁰¹ Il significato da attribuire alla locuzione "impresa", necessario per delimitare l'ambito di applicazione -da un punto di vista soggettivo- sia dell'art. 101 TFUE che dell'art. 2, L. 287/90, ha destato numerose problematiche. Sembra, tuttavia, che un intervento, a riguardo, della Corte di Giustizia -che, soprattutto in ambito del diritto della concorrenza, concorre costantemente alla formazione legislativa- abbia risolto ogni problema interpretativo. Infatti, questa stabilì che "*nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*"; Cfr. CG, C-41/90, *Hoefner e Elser/Macrotron*, in Racc., 1991, I-1979. Anche la nostra Suprema Corte è stata chiamata a ribadire che "*la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che eserciti, in modo continuato e durevole, un'attività economica sul mercato al di là del suo status giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali*"; a tal proposito cfr. Cass. civ. Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5763.

²⁰² F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

ciascuno Stato membro ha adottato criteri e sanzioni differenti, in tema di intese si ravvisa una generale volontà di condannarle incondizionatamente.

A norma dell'art. 2 L. 287/90 e dell'art. 101 TFUE, le intese sono definite come tutti “*gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*”.

Il divieto di intese scatta allorché esse abbiano “*per oggetto o per effetto*” quello di “*impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”²⁰³.

L'accertamento va effettuato secondo un giudizio concreto, che, caso per caso, tenga conto del contesto giuridico ed economico di riferimento.²⁰⁴

Chiunque può agire in giudizio per far dichiarare la nullità delle intese; mentre, qualora l'autorità amministrativa ravvisi la violazione, fissa un termine per l'eliminazione delle infrazioni e, nei casi più gravi, applica una sanzione amministrativa pecuniaria²⁰⁵.

La stessa normativa elenca, a titolo esemplificativo e non tassativo, situazioni specifiche che determinano l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza.

Queste sono, sommariamente, la fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali (c.d. *intese orizzontali*), la limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi ai mercati o la loro ripartizione, l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti (c.d. *intese verticali*), etc.

²⁰³ La Commissione, attraverso la Comunicazione *de minimis*, e facendo uso di dati numerici e quantitativi piuttosto che argomentativi, ha specificato quali intese non rientrano nel divieto di cui all'art. 101 TFUE. È stato, a tal proposito, chiarito che le intese tra imprese non restringono la concorrenza se: la quota di mercato aggregata delle parti coinvolte, qualora siano concorrenti effettivi o potenziali, è inferiore al 10%, o, alternativamente, non deve essere superata, dalle imprese coinvolte, la soglia del 15% qualora si tratti di parti non concorrenti. Qualora risulta complesso individuare la categoria nella quale ricade l'accordo, la soglia è del 15%. Si tratta di soglie che devono essere intese in “negativo”, in quanto le intese che non superano tali valori non rientrano negli interessi della Commissione di tutela della concorrenza (e quindi situazioni che determinano l'insorgere di un potere istruttorio).

²⁰⁴ In merito, cfr. CG, C-8/08, *T-Mobile*, con la quale la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che l'intesa è vietata quando essa sia “*idonea in concreto, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza sul mercato comune*”.

²⁰⁵ La sanzione pecuniaria può raggiungere la somma corrispondente al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Se l'impresa non ottempera nei termini fissati, la suddetta sanzione si applica in ogni caso, e se è già stata irrogata, l'importo minimo non potrà essere inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

Stante la pluralità di condotte che possono integrare la fattispecie in esame, si evince la difficoltà, tranne nel caso in cui il testo dell'intesa sia di dominio pubblico, di reperire prove univoche circa l'attività concertata delle imprese.

Fatta tale premessa, è pacifico che anche il semplice scambio di informazioni sensibili riguardanti le imprese, quale, ad esempio, le future politiche di prezzo, rientri nel divieto.

Sebbene la norma faccia riferimento ad *oggetto* ed *effetto* restrittivo della concorrenza, la Corte di Giustizia, alle interpretazioni della quale – giova ricordare- gli operatori nazionali devono uniformarsi, ha chiarito che è sufficiente verificare la sola sussistenza dell'*oggetto* anti-competitivo, non essendo necessario tener conto anche degli effetti provocati dall'intesa²⁰⁶.

Peraltro, non è richiesta l'intenzionalità, intesa come consapevolezza e volontà, di porre in essere una condotta illecita.

La seconda fattispecie anticoncorrenziale, definita sia dalla normativa comunitaria all'art. 102 TFUE, che da quella nazionale all'art. 3, L. 287/90, è l'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica.

L'obiettivo della disciplina *antitrust*, nel caso specifico, è quello di impedire il rafforzamento economico di imprese che già godono di un ampio potere di mercato, al fine di evitare l'eliminazione durevole della concorrenza negli specifici mercati²⁰⁷.

Le discipline di riferimento non puniscono le imprese per il solo fatto di ricoprire una posizione di dominio sul mercato²⁰⁸; infatti, oltre tale circostanza fattuale, deve essere

²⁰⁶ CG, 56 e 58/64, *Consten/Grundig*, in *Racc.* 1966, 259. Inoltre, Qualora non possa essere ravvisato l'oggetto restrittivo dell'accordo, del quale comunque è in dubbio la liceità, sarà applicata, nella fase di valutazione, una tolleranza maggiore dalle Autorità. Infatti, in tali casi, viene presa in considerazione la potenzialità dell'intesa a pregiudicare la concorrenza effettiva o eventuale, servendosi, inoltre, di argomentazioni di carattere economico e probabilistico. Tali valutazioni sono necessarie per prevedere eventuali conseguenze negative sui prezzi, sull'innovazione, sulla qualità dei beni o sulla produzione degli stessi. La consistenza delle restrizioni dipende, fondamentalmente, da tre aspetti: contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese, natura dell'intesa e, infine, potere di mercato.

²⁰⁷ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

²⁰⁸ Il legislatore europeo non ha mai specificato cosa debba essere inteso per "posizione dominante"; ciò ha determinato l'esigenza di un'interpretazione da parte della Corte di Giustizia. Il *leading case* della specifica questione è *United Brands* (GC, C-27/76, in *Racc.*, 1978, 207) nel quale, l'*ECJ* ha stabilito che "la posizione dominante di cui all'art. 86 (101) riguarda una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. L'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi."

verificato se, concretamente, le stesse riescano ad influenzare le imprese concorrenti nel mercato in cui operano e se, per di più, abbiano la possibilità di effettuare delle scelte economiche in autonomia rispetto a queste ultime²⁰⁹.

A tal proposito, la Corte di Giustizia, in relazione alle imprese che prevalgono sulle altre sotto il punto di vista del potere di mercato, ha specificato che queste sono investite di una “*speciale responsabilità*” per un duplice ordine di motivi: da un lato, infatti, a queste, sono vietati comportamenti che, invece, sono ammissibili in condizioni normali di mercato, venendosi così a definire una vera e propria asimmetria; dall’altro, esse devono tentare, attraverso scelte mirate, di risvegliare la concorrenza -che non c’è più o che non c’è mai stata- nel determinato settore nel quale operano²¹⁰.

Per la verifica di tale condotta abusiva, per prima cosa, è necessaria l’individuazione del mercato rilevante all’interno del quale agisce l’impresa che potrebbe aver violato il diritto della concorrenza.

Tuttavia, il fatto che sia pacifica la sussistenza di una posizione di dominio nel mercato rilevante, è condizione necessaria ma non sufficiente affinché la condotta possa configurarsi come una violazione del diritto della concorrenza.

Infatti, occorrerà verificare se l’impresa in questione abbia agito secondo dei comportamenti che, dal legislatore, sono qualificati come abusivi della posizione dominate.

In particolare, le condotte tipiche di cui trattasi sono: imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, impedire la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; ancora, applicare nei rapporti commerciali condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti ed, infine, subordinare all’accettazione dei contratti delle prestazioni supplementari.

Secondo la dottrina dell’*essential facility*, viene considerata abusiva anche la condotta di quelle imprese che, volontariamente, rifiutano di concedere l’utilizzo di proprie infrastrutture a favore di imprese concorrenti e non, il cui utilizzo, tra l’altro, è

²⁰⁹ Per valutare l’esistenza di una posizione dominante, oltre che la definizione data dalla Corte di Giustizia deve essere valutata la quota di mercato. In particolare, secondo la giurisprudenza, una quota di mercato superiore al 50% viene considerata come una palese prova della sussistenza di una posizione dominante. Inoltre devono essere presi in considerazione altri fattori: il carattere più o meno stabile della quota di mercato, le imprese concorrenti, sia da un punto di vista numerico che di potenza, che ruolo rivestono i potenziali concorrenti ed infine le -eventuali- barriere all’ingresso dello specifico mercato.

²¹⁰ Cfr. CG, C-322/81, *Michelin*, in *Racc.*, 1983, I-3461.

necessario a queste ultime per essere competitive nei mercati a valle. La pericolosità di tale rifiuto risiede proprio nel fatto che i soggetti maggiormente danneggiati sarebbero proprio i consumatori che, quindi, non avrebbero alcuna possibilità di scelta tra più erogatori di servizi o venditori di prodotti.

Anche in questo caso, l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, ne comporta il conseguente ordine di cessazione, e, eventualmente, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

La Corte di Giustizia, infine, ha stabilito che in tutte le ipotesi nelle quali può essere ravvisato un abuso di posizione dominante, non è esclusa l'applicabilità dell'art. 101 TFUE, e viceversa²¹¹.

Tra le fattispecie di abuso e di intese, pertanto, sussiste un rapporto di interferenza che comporta la possibile applicazione alternativa o cumulativa delle relative discipline²¹².

L'ultima fattispecie, sottoposta al controllo delle autorità preposte alla tutela della concorrenza e del mercato, sono le concentrazioni, disciplinate dalla normativa nazionale e comunitaria, rispettivamente, agli artt. 5-7, L. 287/90 e dal Reg. CE 139/2004.

La concentrazione determina un accrescimento della potenza di mercato di un'impresa, non attraverso una crescita interna, bensì attraverso un procedimento che permette di attingere ad economie di terzi²¹³, per mezzo di fusioni, acquisizione del controllo su un'impresa o su parti di essa e, infine, attraverso la costituzione di un'impresa comune.

A differenza delle intese restrittive e dell'abuso di posizione dominante, le concentrazioni non sono sottoposte ad un esplicito divieto.

²¹¹ Cfr. CG, C-395/96 P e C-396/96 P: *“L'applicabilità a un accordo dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE) non pregiudica l'applicabilità dell'art. 86 del Trattato (divenuto art. 82 CE) ai comportamenti delle parti di questo stesso accordo, purché ricorrano le condizioni di applicazione di ciascuna disposizione.”*

²¹² F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

²¹³ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

Invero, qualora l'operazione di concentrazione superi le soglie di fatturato di cui all'art. 16, L.287/90²¹⁴ o ex art. 1 e 5 Reg. CE 139/2004²¹⁵ a livello comunitario, le imprese coinvolte devono, rispettivamente, dare preventiva comunicazione all'Autorità amministrativa nazionale, o alla Commissione, affinché queste ultime possano valutare se la predetta iniziativa determini *“la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.”*

La necessità di dare preventiva comunicazione non determina il conseguente e necessario divieto dell'operazione da parte dell'Autorità nazionale che, tuttavia, potrebbe sentire l'esigenza di aprire un'apposita istruttoria al fine di valutare, in modo più approfondito, tutte le circostanze del caso.

Infatti, nel valutare l'operazione di concentrazione, l'AGCM deve tener conto di numerosi fattori, tra i quali: le barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, la posizione sul mercato ricoperta dalle imprese interessate, la possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori.

Una volta terminata l'istruttoria, vi è la possibilità che l'Autorità, nazionale o comunitaria, nel caso ravvisi l'eventualità di un rafforzamento economico eccessivo

²¹⁴ Art. 16, L. 287/90: *“Le operazioni di concentrazione di cui all'articolo 5 devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a cinquecento miliardi di lire, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a cinquanta miliardi di lire. Tali valori sono incrementati ogni anno di un ammontare equivalente all'aumento dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo.”*

²¹⁵ Art. 1, co. 2 e 3, Reg. CE 139/2004: *“2. Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:*
a) *il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR;*
b) *il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR;*
salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

3. Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando:

a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR;

b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;

c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e

d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.”

dell'impresa coinvolta nella concentrazione, possa vietare l'operazione o, eventualmente, autorizzarla con riserva prescrivendo misure necessarie ed idonee a limitare conseguenze negative per il mercato.

Qualora la concentrazione, precedentemente vietata dall'Autorità, venga comunque eseguita, o nel caso in cui non siano rispettate le misure prescritte, la sanzione pecuniaria potrebbe arrivare fino al dieci per cento del fatturato complessivo delle imprese interessate²¹⁶.

I terzi danneggiati da tali operazioni, non potranno richiedere la dichiarazione di nullità delle operazioni che hanno determinato una concentrazione vietata, ma potranno eventualmente ottenere il risarcimento del danno.

2. Modalità di attuazione

Delineate sommariamente le fattispecie di intese restrittive, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni, non risulta difficile comprendere le motivazioni che hanno spinto gli ordinamenti nazionali a promuovere la propria disciplina *antitrust*, ciascuna disegnata in funzione della creazione e del mantenimento di un mercato stimolante a tutela della concorrenza.

La caratteristica tipica di tale normativa è rappresentata dalla previsione di due tipi di *enforcement*, un pubblico ed uno privato, dei quali, quest'ultimo, ha ricevuto la definitiva consacrazione solo nel 2003, con il Regolamento CE n. 1.

Tali tutele, amministrativa e giurisdizionale, non sono affatto alternative: tra queste intercorre un rapporto di autonomia, senza che ciò, infatti, determini l'esclusione o la pregiudizialità, dell'una o dell'altra, in merito alla medesima fattispecie anticoncorrenziale.

E ciò in ragione del fatto che si potrebbe tanto verificare l'ipotesi in cui sia l'Autorità che, per prima, proceda avverso una condotta anticoncorrenziale, oppure che, indipendentemente dall'avvio di un procedimento amministrativo, sia il privato danneggiato a procedere autonomamente, adendo il giudice ordinario.

Nello specifico, nel primo caso si tratta di azioni "*follow on*", proprio perché il consumatore si servirà, "seguendola", della pronuncia dell'Autorità, nazionale o europea, per promuovere la propria azione presso il G.O.; nel secondo caso, invece, si parla di

²¹⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 2013.

azione “*stand alone*”, in quanto il consumatore dovrà autonomamente provare di aver subito un danno dovuto ad una specifica condotta anticoncorrenziale.

Stante le svariate possibilità -e modalità- di attuazione del diritto della concorrenza è necessario definire tutti quei meccanismi che regolano il rapporto tra le due tutele. E ciò in merito a tre specifici profili, quali: le eventuali forme di collaborazione tra Autorità e Giudici, gli strumenti atti ad evitare una collisione tra le pronunce ed, infine, le modalità attraverso le quali il giudice nazionale deve interpretare le prescrizioni del legislatore europeo.

A tal proposito, giova sottolineare che le due forme di tutela, oltre che godere di completa autonomia, si caratterizzano per essere complementari, così come specificato dalla Suprema Corte in una pronuncia del 2014, soprattutto in merito al profilo di collaborazione tra Autorità nazionali ed europee²¹⁷.

Inoltre, con la stessa sentenza, la Cassazione ha fatto menzione alla sinergia intercorrente tra *private* e *public enforcement*, che accresce l’efficacia globale della normativa *antitrust*; tale sinergia, in particolare, deve essere ricercata nel fatto che, talvolta, le imprese multate dalle Autorità non subiscono un pregiudizio (economico) superiore rispetto al ricavo effettivo conseguito grazie al compimento di una fattispecie anticoncorrenziale.

Stante l’esiguo pregiudizio arrecato dalle imprese attraverso le sanzioni amministrative, il legislatore europeo decise di introdurre, già con le prime disposizioni in materia anticoncorrenziale, un ulteriore meccanismo di *enforcement*, ovvero quello privato, concedendo ai soggetti danneggiati di proporre un’azione nei confronti delle imprese, il cui eventuale susseguente risarcimento si aggiunge alla *fee* già comminata dall’Autorità.

Il legislatore europeo ha voluto ribadire la necessità della tutela privata, facendone esplicita menzione nel considerando 6 della recente Direttiva 104/2014, nel quale ha affermato che “*per garantire un’efficace applicazione a livello privato [...] i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia della concorrenza*”.

Oltre alla multa ed al risarcimento del singolo, alla globalità dei consumatori danneggiati viene concessa la possibilità di proporre *class action*, ex art. 104 cod. cons.,

²¹⁷ Cfr. Cass. civ., Sent., 30 maggio del 2014, n. 12186, in *Pluris*.

la cui disciplina in materia è stata recentemente modificata ad opera della stessa Direttiva 104/2014.

2.1 L'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Il Titolo II della L. 287/90 è interamente dedicato all'istituzione ed alla disciplina dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che rappresenta, come già anticipato, il *public enforcement* nel diritto della concorrenza nazionale.

Si tratta di una Autorità che gode di totale “*autonomia con indipendenza di giudizio e di valutazione*”; inoltre, delibera tutte le norme concernenti il suo funzionamento e la propria organizzazione. È proprio questa assoluta indipendenza che la parifica ad altre autorità amministrative che il nostro Paese conosce, come, ad esempio, la Consob.

L'AGCM opera come organo collegiale, il cui numero è stato ridotto, da cinque a tre membri, incluso il presidente, nel 2011. I componenti sono scelti tra personalità di spicco, in ambito giuridico ed economico, del panorama giurisdizionale ed accademico italiano.

Già all'art. 10, co. 4, della L. 287/90 si individua il primo potere-dovere dell'Autorità, che ha il diritto di comunicare con tutte le pubbliche amministrazioni e la possibilità di richiedere tutte le informazioni necessarie all'espletamento delle sue funzioni.

Gli artt. 12 e ss. della predetta legge, specificano i poteri dell'Autorità in materia di abuso di posizione dominante e di intesa restrittiva.

Innanzitutto, a questa spettano poteri di indagine che scattano qualora informazioni rilevanti siano portate a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni; in ogni caso, può procedere d'ufficio anche su richiesta del Ministro del commercio e dell'artigianato, dell'industria, qualora siano ravvisati dei pericoli per il normale processo di sana concorrenza.

Qualora, a seguito del recepimento di informazioni sensibili o di comunicazione di intese, sussiste una potenziale infrazione degli artt. 2 e 3, L. 287/90, l'AGCM deve notificare l'apertura dell'istruttoria a tutte le imprese ed agli enti interessati, i quali, devono, in ogni momento, rendersi disponibili nel fornire informazioni o documenti rilevanti al caso.

Oltre alle già menzionate sanzioni, diffide ed impegni obbligatori per le persone giuridiche interessate, l'Autorità ha il potere di deliberare l'adozione di misure cautelari nei casi di rischio di un *danno grave e irreparabile per la concorrenza*.

Nel singolare caso di concentrazioni, e qualora non siano superate le soglie di cui all'art. 1, Reg. CE 139/2004, l'AGCM ha il dovere di valutare, sempre con riguardo alla pericolosità della concentrazione per il mercato, tutte le relative operazioni di cui riceve comunicazione, *ex art. 16, L. 287/90*.

Terminata l'istruttoria può decidere se disporre l'interruzione dell'operazione, o, qualora ne sia già stato dato seguito, comminare sanzioni amministrative.

Oltre tali specifici poteri, l'Autorità collabora periodicamente con il Governo ed il Parlamento per segnalare eventuali necessità legislative in materia di diritto *antitrust*; tali pareri non sono, in nessun modo, vincolanti per il legislatore.

Tuttavia l'AGCM, *ex art. 21-bis, L. 287/90*, è legittimata ad agire in giudizio contro *gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*.

2.1.1 Il regime di impugnabilità degli atti dell'Autorità

Per quanto l'Autorità sia un organo indipendente, questa è soggetta alle norme che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione, che vanno dalle disposizioni contenute agli artt. 97 ss., Cost., alla L. 241/90.

Pertanto, gli atti dell'AGCM devono fondarsi sui principi di proporzionalità e tipicità propri degli interventi degli organi amministrativi, con il conseguente obbligo di adeguata motivazione²¹⁸.

L'art. 33, co. 1, L. 287/90 chiarisce che avverso gli atti dell'AGCM è possibile proporre ricorso al TAR del Lazio che, in materia, gode di giurisdizione esclusiva; il secondo grado, invece, spetta al Consiglio di Stato²¹⁹.

A tal proposito, le condizioni soggettive richieste per agire in giudizio sono la legittimazione processuale, spettante a colui il quale si affermi titolare della situazione sostanziale lesa dall'atto dell'Autorità, e l'interesse a ricorrere, inteso come *interesse*

²¹⁸ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

²¹⁹ M. G. MONTANARI, *Gli atti impugnabili dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

*proprio del ricorrente al conseguimento di una utilità o di un vantaggio attraverso il processo amministrativo*²²⁰.

Tra i provvedimenti emessi dall'AGCM, solo quelli volti ad arrecare un pregiudizio immediato alle imprese sono ricorribili innanzi al TAR; ciò in ragione del fatto che molti dei poteri dell'Autorità si manifestano in semplici richieste di informazioni o di apertura di istruttoria ed, essendo, quindi, privi di effetti diretti, sono impugnabili solo una volta terminato il procedimento di controllo con il provvedimento finale.

Ciò che si rileva è che, molto spesso, i giudici amministrativi, hanno sminuito i provvedimenti dell'AGCM, contestando le decisioni anche sotto il punto di vista del merito, e non solo della legittimità.

La conseguenza, non di poco conto, è che il TAR ed il CdS hanno criticato, nel tempo, alcune valutazioni tecniche, presupposto degli atti emessi dall'Autorità, poste in essere da soggetti, quelli componenti il collegio dell'AGCM, che godono di una superiore conoscenza tecnica in materia di concorrenza e quindi, anche, di materie prettamente economiche²²¹.

In ogni caso, al Giudice amministrativo è conferita piena autorità nel far cadere o ridurre l'ammontare di eventuali sanzioni irrogate dall'AGCM, qualora non siano conformi alle disposizioni contenute nella L. 241/90.

La Corte di Giustizia può, comunque, intervenire nella regolazione di fattispecie anticoncorrenziali produttive di effetti anche solo in territorio italiano; pertanto le disposizioni del Titolo I della L. 287/90 devono conformarsi a quelle adottate nell'ambito del diritto comunitario²²².

Queste specificazioni determinano un rilevante effetto in sede di interpretazione e di successiva applicazione delle norme sulla concorrenza, in ragione del vincolo ermeneutico di cui all'art. 1, co. 4, L. 287/90, che, quindi, rendono possibili eventuali pronunce, recanti un carattere pregiudiziale, della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, potrà esprimere il proprio giudizio vincolante anche in merito alle regole da applicarsi con riguardo a situazioni puramente interne¹.

2.1.2 La legittimazione a ricorrere dei consumatori e delle imprese concorrenti

²²⁰ Così A. TRAVI, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012.

²²¹ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

²²² Cfr. CG C-280/06, in *Racc. I-10893*.

Un interessante profilo riguardante il *public enforcement* riguarda la legittimazione a ricorrere avverso gli atti dell'AGCM che, in tempi recenti, è stata attribuita anche alle imprese concorrenti ed ai consumatori, etichettabili come i controinteressati rispetto al comportamento, invece, consentito²²³.

Stante tale affermazione, saranno legittimati a “difendersi” anche coloro i quali non siano direttamente colpiti dal provvedimento negativo dell'Autorità, con il quale, ad esempio, quest'ultima abbia stabilito che una determinata intesa sia legittima per il diritto della concorrenza.

Ben può accadere, infatti, che mentre l'impresa che aveva destato preoccupazione nell'Autorità goda di una siffatta constatazione amministrativa, ciò contrariamente non accada per tutti quei soggetti che subiscono un pregiudizio economico, sebbene non considerato rilevante da parte dell'AGCM.

Inizialmente la legittimazione processuale ad impugnare i provvedimenti dell'AGCM non era attribuita anche ai terzi controinteressati, in ragione del fatto che, da un lato, la L.287/90 non è nata con lo scopo di tutelare le singole posizioni degli operatori del mercato, bensì per proteggere l'interesse pubblico di iniziativa economica, e, dall'altro, vi era la necessità di distinguere tra partecipazione processuale e procedimentale. Questo, pertanto, comportava l'impossibilità di elevare a diritto soggettivo o interesse legittimo un semplice *timor* delle concorrenti o dei consumatori di essere, in modo conforme alla legge della concorrenza, danneggiati economicamente²²⁴.

Una prima apertura fu mostrata dalla giurisprudenza amministrativa.

Dapprima, nel caso *Motorola*²²⁵, unicamente ai soggetti terzi, e dunque alle sole imprese concorrenti, venne riconosciuta la legittimazione a ricorrere nei soli casi in cui la lesione arrecata a questi ultimi, attraverso il provvedimento dell'AGCM, avesse avuto i caratteri della personalità, dell'attualità e della concretezza.

²²³ F. SBARRA, *Il ricorso delle imprese concorrenti e delle associazioni dei consumatori avverso le pronunce dell'autorità garante della concorrenza e del mercato: l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa verso l'estensione della legittimazione ad agire*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

²²⁴ A tal proposito Cfr. Cass. civ. Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475; la Suprema Corte esclude la legittimazione attiva dei singoli c.d. "consumatori finali".

²²⁵ Cons. Stato, 14 giugno 2004 n. 3865.

Successivamente, le SSUU, con la sentenza n. 2207 del 2005, riconobbero la legittimazione a ricorrere delle associazioni dei consumatori per le fattispecie di pubblicità ingannevole²²⁶.

A questa parziale apertura seguì la consacrazione, con una pronuncia del Consiglio di Stato nel 2011, della legittimazione ad agire per i consumatori anche nei casi di cui al diritto alla concorrenza²²⁷.

2.2 Il *private enforcement*

L'art. 33 della L. 287/90 rappresenta la più evidente manifestazione dell'esistenza di un doppio binario di tutela in materia di diritto della concorrenza.

Tuttavia, tale dicotomia trova le sue reali fondamenta nel Regolamento CE 1/2003, in quanto, solo con questo, si è attribuito ai giudici nazionali un coinvolgimento a pieno titolo²²⁸.

Giova comunque sottolineare che gli interventi sul sistema dell'*enforcement* sono stati copiosi e frequenti.

Dal lato del *public*, il legislatore ha avuto il merito di contribuire al superamento del paradigma indagine-sanzione, attribuendo alle Autorità un ventaglio di poteri che vanno di gran lunga oltre tale binomio.

Sebbene il contributo appena menzionato non sia affatto residuale, le modifiche più consistenti nell'ambito del diritto *antitrust* si registrano in tema di *private enforcement* e, nello specifico, in merito all'evoluzione del contenzioso civile.

Le circostanze che hanno determinato un così evidente ritardo nel coinvolgimento delle Corti con riguardo alle condotte anticoncorrenziali, devono essere ricercate nella palese apertura della Commissione verso il solo ed unico contributo delle Autorità nazionali nella valutazione di tali condotte.

²²⁶ Così si legge nel testo della sent. 2207/2005: “*La legge antitrust non concerne esclusivamente il livello operativo degli imprenditori, ma è la disciplina dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo sì da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere. Il consumatore finale, costituendo il contratto c.d. "a valle" lo sbocco dell'intesa anticoncorrenziale, è soggetto legittimato ad agire con azione risarcitoria ex art. 33 della legge n. 287 del 1990*”.

²²⁷ Cfr. CdS, sez. VI, sent. n. 3751 del 2011.

²²⁸ F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *cit.*

Inoltre, prima del Regolamento del 2003, spettava alla sola Commissione la valutazione degli abusi delle posizioni dominanti, delle intese restrittive e delle concentrazioni aventi rilevanza comunitaria. In tal senso, si registrava una ferma volontà della stessa a non voler cedere questo tipo di competenza né alle Autorità nazionali né tantomeno ai Giudici.

La situazione, ben presto, dovette mutare in ragione dell'impossibilità materiale della Commissione nel riuscire a valutare, ed eventualmente sanzionare, la totalità delle condotte anticoncorrenziali sottoposte alla sua attenzione.

Infatti, prima ancora del legislatore europeo, furono i Giudici di Lussemburgo che, con la sentenza *Courage*²²⁹, legittimarono le azioni individuali dinanzi alle Corti nazionali in tema di condotte anticoncorrenziali.

Pochi anni più tardi, anche a livello normativo furono definitivamente superate, con il predetto Regolamento n.1 del 2003, le inerzie della Commissione nei confronti della possibilità di applicazione, anche da parte delle Autorità nazionali, degli artt. 81 e 82 de Trattato CE²³⁰ e quindi di applicazione decentrata del diritto della concorrenza, e della previsione del doppio binario di tutela, includendo anche quella giurisdizionale, oltre che quella pubblica.

Il settimo considerando del Regolamento, recante regole necessarie per la modernizzazione delle regole di concorrenza, riconobbe, infatti, che *le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, in quanto tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni.*

Il contributo dei Giudici nazionali, quindi, è considerato necessario al fine di garantire una maggiore effettività del diritto della concorrenza, resa ancor più forte dalla disposizione, contenuta nello stesso Regolamento, secondo cui il controllo sulle intese deve essere effettuato *ex post*, permettendo, quindi, un intervento solo nel caso in cui la concorrenza sia realmente minata.

²²⁹ Cfr. Corte giustizia CE, caso 453 del 1999, sentenza 20 settembre 2001, in *Racc.* I-6297.

²³⁰ A partire dal 2009, anno in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, i corrispondenti articoli 81 ed 82 del Trattato di Amsterdam, sono mutati in artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

È possibile constatare di quanto, soprattutto alla luce delle parole scelte dal legislatore europeo a premessa del Regolamento, il *private enforcement* non nasca come strumento civilistico a tutela di posizioni giuridiche soggettive, quanto piuttosto come un deterrente al diritto comunitario della concorrenza²³¹.

Da ultimo, la Direttiva n. 104 del 2014 è intervenuta con l'obiettivo di *coordinare in modo coerente* le due "forme" di applicazione delle regole della concorrenza.

Se prima, infatti, il diritto *antitrust* veniva qualificato come istitutivo di un doppio binario di tutela, ora appare più opportuno identificare il sistema di *enforcement* come unico, anche se distribuito su due livelli, *private* e *public*, e messo in atto da Commissione, Giudici nazionali ed Autorità preposte alla tutela della concorrenza.

La Commissione, sebbene l'iniziale avversione mostrata nei confronti della tutela privata, non si è sottratta allo sviluppo del *private enforcement*, contribuendo alla produzione legislativa attraverso strumenti di *soft law*.

A tal proposito, giova menzionare il *Libro Verde* con il quale, la Commissione ha individuato alcuni meccanismi applicabili nel caso di proposizione di azioni innanzi alle Corti nazionali al fine di facilitare il risarcimento del danno²³², ed il *Libro Bianco*, nel quale sono stati affrontati temi più specifici con riguardo al termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, della vincolatività delle decisioni delle Autorità nazionali e della definizione e quantificazione del danno²³³.

2.3 L'evoluzione della tutela *antitrust* dinanzi al Giudice ordinario italiano

Le disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e agli artt. 2 e 3 L. 287/90, sono direttamente applicabili ai rapporti fra privati e ciò in ragione del fatto che la violazione del diritto *antitrust* determina la nascita di situazioni giuridiche soggettive invocabili dai singoli consumatori e dalle imprese concorrenti.

L'art. 3 D. Lgs. 168/2003, così come modificato dal Decreto Liberalizzazioni, attribuisce al Tribunale delle imprese la competenza a tutelare tutti quegli *status* che possono essere definiti "economici".

²³¹ G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo della concorrenza: evoluzione e risultati*, in *Informator*, 1/2014, pp. 110-114.

²³² Cfr. *Il Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Commissione europea, 19 dicembre 2015.

²³³ Cfr. *Il Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust*, Commissione europea, 2 aprile 2008.

Sarà il Giudice specializzato, quindi, a concorrere con l’Autorità amministrativa, per la corretta applicazione del diritto della concorrenza in territorio nazionale.

Fatta questa dovuta premessa, è bene ricordare che il legislatore italiano, in determinate occasioni, non si sia di certo contraddistinto per una chiara e sempre puntuale definizione di regole di ripartizione della giurisdizione e della competenza.

Invero, il punto di incontro tra la disciplina del Tribunale delle imprese e quella del diritto *antitrust* sembra proprio ravvisarsi nella difficoltà di stabilire con precisione, e quindi senza che siano sollevati particolari dubbi interpretativi, le competenze dei soggetti chiamati ad applicarle.

Sintomo della ragguardevole imprecisione lessicale mostrata, a più riprese, dal legislatore italiano è stata proprio l’eccessiva frammentarietà caratterizzante il profilo della competenza con riferimento alla L.287/90 che, già agli albori della sua entrata in vigore, aveva manifestato falle da un punto di vista pratico ed applicativo della relativa disciplina.

In una tale prospettiva, quindi, non vennero garantite la rapidità e l’efficacia nel contenzioso “*pro-concorrenziale*”²³⁴, né tantomeno una specializzazione del giudice della concorrenza.

Infatti, l’art. 33, co. 2, L. 287/90, definiva una competenza esclusiva ed in unico grado della Corte d’Appello competente per territorio, per le tutte azioni di nullità, di risarcimento del danno nonché per i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d’urgenza in tutti i casi in cui poteva essere ravvisata una violazione del diritto nazionale della concorrenza e, dunque, in presenza di condotte che avessero arrecato un pregiudizio - potenziale- del mercato nazionale o su una parte rilevante di esso; in caso contrario, infatti, qualora la condotta anticoncorrenziale fosse stata idonea a ledere il commercio fra più Stati membri, scattava automaticamente la competenza della Commissione²³⁵.

È proprio in merito al profilo dell’individuazione della competenza del Giudice civile che si ravvisa la disattenzione più evidente del legislatore del ’90 il quale, stante la specificità dell’art. 33, co. 2, ha escluso la cognizione della Corte d’Appello in tutti i casi

²³⁴ M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2012.

²³⁵ P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

di violazione degli -allora- artt. 81 e 82 del Trattato, attribuendola, quindi, al Tribunale ed al Giudice di Pace²³⁶.

Infatti, nel caso di violazione del diritto *antitrust* europeo, posto che normalmente ciò determina la causazione di un danno *ex art. 2043 c.c.*, venivano applicate le ordinarie regole di competenza per valore e per territorio che, dunque, facevano scattare la giurisdizione del giudice in primo grado, nonché l'applicazione dell'art. 50-*bis* del c.p.c.²³⁷

Appare evidente l'arduo compito del quale era investito l'attore in tutti quei casi in cui avesse subito un danno da condotta anticoncorrenziale: identificare, prima di istruire la causa, se si trattasse di una condotta produttiva di conseguenze per il solo mercato nazionale, oppure valutare l'eventualità che potesse essere applicata la disciplina europea da parte del Tribunale in primo grado o del Giudice di pace.

Tuttavia, poteva accadere che l'attore adisse contemporaneamente sia la Corte d'Appello che il giudice di primo grado, in ragione proprio della difficoltà nel valutare l'eventuale rilevanza comunitaria o esclusivamente nazionale della condotta.²³⁸

D'altronde, *tutti possono agire in giudizio per tutelare i propri diritti ed interessi legittimi*, pertanto non potevano essere biasimati tutti coloro i quali, danneggiati da condotte anticoncorrenziali, decidevano di rivolgersi ad entrambi i Giudici per assicurarsi, in un modo o nell'altro, ad esempio, il risarcimento dei danni.

Tuttavia, una tale parallela biforcazione delle competenze, se da un lato poteva garantire, quantomeno a mente dell'attore, una effettività della tutela, dall'altro generava delle conseguenze di particolare rilievo processuale.

²³⁶ Si ricorda, a tal proposito, che la Commissione ha avuto competenza esclusiva sulla normativa europea fino all'adozione del Regolamento 1/2003 con il quale, il legislatore europeo, ha permesso un decentramento nell'applicazione della disciplina europea, con riferimento ai soli pregiudizi a commercio nazionale affidati, però al Tribunale ed al Giudice di Pace, ai quali, in ragione dell'art. 101, par. 3, potevano valutare la sussistenza dei requisiti per l'essenziale individuale per le intese e gli abusi di posizione dominante.

²³⁷ C. FRATIA, *Private enforcement del diritto della concorrenza dell'unione europea. Profili europei, internazionali, privatistici e interni*, Napoli, 2015.

²³⁸ Se dal punto di vista delle fattispecie anticoncorrenziali concentrazioni non sono riscontrabili particolari difficoltà in quanto vengono valutate sulla base di parametri numerici, lo stesso non può dirsi per le intese e per gli abusi. Si ricordano, a tal proposito, alcuni degli elementi che devono essere presi in considerazione per decretare l'effettività delle prime: l'applicabilità alle sole "imprese" del diritto *antitrust*, questione che per molti anni e fino alla pronuncia della Corte di Giustizia ha causato molti problemi; l'analisi di accordi intercorrenti tra imprese dello stesso gruppo, nonché valutare in che modo la capogruppo ha influenzato le attività delle altre imprese. In merito all'abuso, sicuramente, il profilo più complesso è la definizione del mercato rilevante, compito complesso soprattutto per avvocati difensori che non hanno mai avuto a che fare con tale disciplina.

Infatti, non era da escludere la possibilità di un conflitto positivo di competenza, qualora entrambi i giudici avessero ritenuto di essere competenti e, quindi, di potersi pronunciare nel merito della questione.

Qualora, però, i processi fossero stati caratterizzati da identico *petitum*, *causa petendi* e soggetti, indubbiamente, veniva proseguito, *ex art. 39 c.p.c.*, il processo instaurato per primo, anche se tra i due mutava unicamente la fonte normativa di riferimento²³⁹.

Nel caso in cui l'attore, invece, avesse proposto domande caratterizzate da *petitum* immediati differenti, avendo richiesto, ad esempio, alla Corte d'Appello il risarcimento del danno ed al Tribunale o al Giudice di pace una condanna inibitoria²⁴⁰, l'ordinanza con cui giudice adito per secondo dichiarava la litispendenza non poteva essere pronunciata.

Ancor più probabile era la proposizione di eccezioni di incompetenza che avrebbero determinato, poi, l'instaurazione di nuovi giudizi e la conseguente ripetizione di attività processuali già condotte, senza che, in questo specifico caso, fosse possibile fare ricorso alla *traslatio iudicii*.

Ciò pregiudicava oltremodo l'applicazione del principio di economia processuale, facilitando il perpetrarsi di attività processuali inutili²⁴¹.

Tale sconcertante quadro, quindi, si sarebbe evitato se il legislatore avesse pensato ad attribuire ad un unico Tribunale le competenze in materia di diritto *antitrust*, sia nel caso di applicazione della normativa italiana che comunitaria.

Si parlava, dunque, in ragione dell'elencazione contenuta all'articolo in commento delle azioni esperibili, di una cognizione, quella attribuita alla Corte d'Appello, chiusa e parziale e che valeva solo nel caso in cui fosse stata violata la normativa nazionale *antitrust*²⁴².

Gli anni immediatamente precedenti all'entrata in vigore della L. 287/90, sono stati caratterizzati da un vero e proprio scontro, a suon di progetti di legge, sulla possibilità o

²³⁹ M. NEGRI, *cit.* In particolare, l'autore spiega che il concorso tra normativa nazionale e comunitaria deve essere inteso nel senso di concorso apparente di norme e non di diritti, potendo così operare l'istituto della litispendenza.

²⁴⁰ Rimedio, tra l'altro, che le Corti d'Appello non potevano assicurare in ragione dell'univoca possibilità di applicazione delle legge nazionale.

²⁴¹ F. P. LUIISO, *cit.*

²⁴² P. CATALLOZZI, *Il giudice competente nel processo antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

meno di impostare le tutele del diritto dalla concorrenza su un doppio binario contraddistinto, quindi, dalla cooperazione tra autorità amministrativa e giurisdizionale.

Invero, entrambe le proposte presentate si caratterizzavano per una evidente propensione verso o l'una o l'altra tutela; infatti, il progetto Battaglia privilegiava la sola via amministrativa, con la conseguenza che i relativi ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità sarebbero dovuti essere presentati al Tribunale civile di Roma qualora avessero recato ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo, oppure al TAR qualora non fosse stata ritenuta corretta la decisione dell'Autorità di autorizzare determinate intese. Nessuna menzione era stata fatta in merito ad eventuali controversie tra privati.

Il progetto Rossi, invece, implementava un sistema fondato prettamente sulla tutela giurisdizionale, nonché sulla creazione di Sezioni specializzate all'interno delle Corti d'Appello, competenti esclusivamente per le cause aventi ad oggetto il diritto *antitrust*, oppure nel caso in cui fosse stato richiesto un loro intervento dalla stessa Autorità amministrativa indipendente.

Il risultato di questo dibattito portò alla stesura dell'attuale L. 287/90 che può essere definita come il frutto di un vero e proprio compromesso tra i due progetti in quanto, come già anticipato, si erige su un doppio binario di tutela, amministrativa e giurisdizionale²⁴³.

L'art. 33, quindi, al primo comma, stabilì che al giudice amministrativo erano (e sono ancora) devoluti i ricorsi avverso i provvedimenti dell'AGCM, mentre, al secondo comma, fa chiarito che al giudice ordinario, *rectius* alle Corti d'Appello competenti per territorio, spettavano le sole azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi atti ad ottenere provvedimenti d'urgenza.

Il problema fondamentale di questa legge risiedeva, ed in parte risiede ancora, non tanto nell'ambito soggettivo di applicazione della stessa -in quanto l'art. 8 è tutt'ora chiaro nello stabilire che le relative disposizioni si applicano, genericamente, alle imprese- quanto, piuttosto, nell'individuazione delle competenze dell'Autorità e del Giudice, entrambi chiamati a proteggere la concorrenza entro i confini nazionali.

Le questioni più preoccupanti sono state registrate in ambito processuale, nonché in merito ai "rimedi civilistici" proponibili avverso le condotte anticoncorrenziali, con

²⁴³ M. NEGRI, *cit.*

particolare attenzione alla tutela cautelare nella materia *antitrust*, la cui natura e definizione resta un problema di grande attualità²⁴⁴.

Sostanzialmente, la L.287/90 aveva definito una competenza speciale, in quanto derogatoria delle ordinarie regole di ripartizione della competenza, giustificata dalla particolare funzione, stante la peculiarità della materia, che l'organo giurisdizionale ordinario sarebbe andato a ricoprire nella materia *antitrust*.

Il primo dubbio interpretativo, quindi, venne sollevato in merito alla speciale competenza funzionale attribuita alle Corti d'Appello. Dubbio che, fortunatamente, venne rapidamente risolto sulla scorta della più autorevole dottrina dell'epoca che stentava a includere, nel novero delle competenze previste dal codice, anche quella funzionale, con la conseguenza che tale particolare circostanza venne fatta rientrare nell'ordinaria competenza per materia, *ex art. 38 c.p.c.*²⁴⁵

In ogni caso, l'ormai superato unico grado delle Corti d'Appello, venne considerato coerente rispetto al disposto dell'art. 24 Cost., in ragione dell'inesistenza di un principio costituzionale che prescrive la necessità di un doppio grado di giurisdizione²⁴⁶.

Tuttavia, l'eliminazione del primo grado di giudizio portò all'esclusione automatica di tutte quelle domande, quand'anche connesse o cumulate, che non rientravano nell'elencazione dall'art. 33, L. 287/90.

Ad esempio, doveva ritenersi esclusa la possibilità di cumulo, con conseguente mancata realizzazione del *simultaneus processus*, della richiesta di nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza, rientrante nella competenza delle Corti d'Appello con la risoluzione per inadempimento in merito allo stesso contratto che determinava la violazione dell'art. 2, L.287/90.²⁴⁷

La spiegazione di tale esclusione deve essere ricercata nel fatto che la mancata applicazione del principio del doppio grado di giurisdizione, anche se comunque non

²⁴⁴ Per la trattazione di questo particolare profilo si rimanda ai prossimi paragrafi.

²⁴⁵ C. CONSOLO - F. P. LUISO - N. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1998.

²⁴⁶ Cfr. App. Milano, ord. 5 febbraio 1992, in M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998.

²⁴⁷ M. NEGRI, *cit.*

costituzionalmente garantito, poteva essere accettata in via straordinaria con riferimento alle specifiche azioni dell'art. 33²⁴⁸.

L'aspetto più critico dell'infelice formulazione dell'art. 33, L.287/90 risiedeva nella possibilità, stante l'eccessiva genericità della norma, di interpretare l'elencazione in esso contenuta in modo tassativo o, contrariamente, in senso meramente esemplificativo.

La difficoltà nell'abbracciare l'una, piuttosto che l'altra lettura, era confermata da una giurisprudenza che, nei primi anni di applicazione della disciplina, è stata pressoché altalenante²⁴⁹. Una tale situazione non ha di certo contribuito ad un'interpretazione univoca, in un senso o nell'altro, della norma.

Ad ogni modo, aderendo ad un'interpretazione letterale della norma scaturiva tale necessaria conseguenza²⁵⁰: le pronunce di mero accertamento della condotta anticoncorrenziale, anche se prodromiche al risarcimento del danno, sarebbero spettate al Tribunale ordinariamente competente, e non alla Corte d'Appello.

Il Tribunale o il Giudice di pace, dunque, seguendo tale interpretazione, sarebbero stati competenti a conoscere in via principale violazioni della legge *antitrust*, determinando la conseguente impossibilità di specializzazione della Corte d'Appello.

Al contrario, vi era una parte delle giurisprudenza e l'unanimità della dottrina che, muovendo dalla considerazione che in nessuno dei due progetti di legge era stata fatta menzione alla limitazione della competenza del giudice civile e non accettando le conseguenze di un'esegesi restrittiva, sosteneva che l'art. 33 dovesse essere letto nel senso che la Corte d'Appello era competente per tutte le domande fondate sulla legge

²⁴⁸ In particolare, è doveroso ricordare che l'appello non gode, allo stesso modo, di copertura costituzionale. Di tale avviso E. F. RICCI, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 12/1989.

²⁴⁹ Favorevole ad un'interpretazione restrittiva: Cass. civ. Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in cui la Corte di Cassazione aveva escluso la competenza della Corte d'Appello in merito ad una domanda di risarcimento del danno da parte del consumatore finale che aveva ricevuto pregiudizio da una impresa che, a sua volta, ha avuto contatto diretto con quella che ha posto in essere la condotta anticoncorrenziale; App. Roma Ord., 28 dicembre 1994: "*La richiesta di sospensione in via di urgenza dell'entrata in vigore di accordi che violerebbero la normativa antitrust non può essere accolta dalla Corte di appello adita a sensi dell'art. 33 l. 287/90 stante la sua limitata cognizione alle azioni di nullità e di risarcimento del danno [...]*"; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, Soc. Unimare Unione Agenti Marittimi c. Soc. Geasar Gestione Aeroporti Sardegna e altri; App. Roma, 21 dicembre 1993, Soc. De Montis Catering Roma c. Soc. Aeroporti Roma: "*Ai sensi dell'art. 33 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, la corte d'appello ha il potere di emettere provvedimenti diretti ad assicurare la fruttuosità delle sentenze di nullità e di risarcimento del danno.*" *Contra*: App. Roma, 16 gennaio 2001, Soc. Stream c. Soc. Telepiù e Soc. Telepiù e altri, in *Giurisprudenza commentata*, 2/2002.

²⁵⁰ Necessaria in quanto la compressione del diritto di agire in giudizio determinerebbe la violazione dell'art. 24, co. 1, Cost.

antitrust, “senza introdurre innaturali discriminazioni e senza pretesa di individuarne tassativamente il novero”²⁵¹.

2.3.1 *Segue: l’interferenza del CPI con il diritto nazionale della concorrenza*

Il problema legato all’applicazione del diritto *antitrust* si complicò notevolmente con l’entrata in vigore del D. Lgs. 30/2005 che attribuì alle SSII, istituite qualche anno prima con il D. Lgs. 168/2003, la competenza a conoscere gli illeciti afferenti all’esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della L. 287/90 e degli -adesso- artt. 101 e 102 del TFUE, qualora la competenza spettasse al giudice ordinario.

Se da un lato l’ingresso delle Sezioni specializzate aveva apparentemente ridotto le problematiche legate alla definizione del giudice preposto alla tutela civile degli illeciti antitrust²⁵², dall’altro, il CPI ha aggiunto una nuova circostanza alla già prolissa lista di disattenzioni legislative che hanno determinato, almeno in passato, un’eccessiva frammentarietà della competenza del GO in materia concorrenziale²⁵³.

A tal proposito, sembra opportuno sottolineare che i diretti interessati, nonché gli stessi soggetti nei confronti dei quali opera il diritto alla concorrenza, avevano cercato di dissuadere il Parlamento dall’introdurre una siffatta disposizione legislativa in quanto avevano ipotizzato una potenziale incertezza del diritto causata dalla ripartizione di controversie simili in capo a giudici diversi, i quali, tra l’altro, avrebbero dovuto applicare riti differenti²⁵⁴.

Il Parlamento, tuttavia, non desistette dalla sua primordiale scelta, giustificata, oltretutto, dal contenuto dell’art. 15 della legge delega del codice che aveva richiesto un adeguamento della normativa nazionale sulla base dei principi comunitari in tema di proprietà industriale della Direttiva 2004/48/CE²⁵⁵.

Dunque, all’ennesima deroga agli ordinari principi in materia di competenza civile introdotta con l’art. 134, CPI, si aggiungeva la complicata interpretazione del concetto di

²⁵¹ M. NEGRI, *cit.*

²⁵² Non si può parlare di una vera e propria soluzione al problema del riparto di competenze proprio perché sembra che l’art. 134 abbia istituito un terzo giudice in materia antitrust che, quindi, si aggiunse alle Corti d’Appello ed ai Tribunali (ed al Giudice di Pace)

²⁵³ P. CATALLOZZI, *cit.*

²⁵⁴ Audizione del 30 novembre 2004, Commissione Attività Produttive della Camera.

²⁵⁵ L. AGOSTINACCHIO, *La competenza antitrust delle sezioni specializzate*, in G. A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), *Il private enforcement nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali*, CEDAM, 2009.

“afferenza”, *discrimen* per l’individuazione della nuova competenza attribuita alle Sezioni specializzate.

Secondo un’interpretazione restrittiva, tra l’altro avallata anche dalla giurisprudenza, il significato di “afferenza” doveva intendersi nel senso che l’illecito antitrust dovesse rappresentare l’elemento costitutivo della *causa petendi*²⁵⁶.

In direzione opposta, invece, viaggiavano i fautori della tesi estensiva, secondo i quali doveva essere considerato il contesto in cui si realizzava l’esercizio del diritto di proprietà industriale -oltretutto valutando anche la connessione da un punto di vista economico- che, pertanto, sarebbe andato a ricoprire una posizione residuale rispetto alla centralità, nella causa, dell’illecito *antitrust*²⁵⁷.

In ogni caso, il criterio atecnico dell’afferenza, esattamente come accade con riferimento all’“interferenza” della concorrenza sleale²⁵⁸, non si esaurisce negli istituti sulla connessione e accessorietà *ex artt. 31 e 40 c.p.c.*, dovendosi, a tal proposito, intendere un significato più ampio.

Se così non fosse -anche se con qualche dubbio- il legislatore non avrebbe utilizzato una formulazione siffatta²⁵⁹.

Una diversa interpretazione del termine non sarebbe stata, in ogni caso, ammissibile stante la possibilità, evidenziata dalla dottrina, di poter utilizzare il criterio dell’interferenza in seno ai casi di afferenza legislativa, e viceversa²⁶⁰.

²⁵⁶ Cfr. App. Milano, 26 aprile 2005, *Soc. Farmacie Petrone c. Soc. Pfizer Italia e altri*, nota di G. CASABURI, in *Foro Italiano*, 1/2005: “l’art. 134 codice proprietà industriale (D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30) (nella specie neanche invocabile perché entrato in vigore successivamente al deposito del ricorso) limita la competenza delle sezioni specializzate alle fattispecie antitrust afferenti all’esercizio dei diritti di proprietà industriale, da intendersi restrittivamente con riferimento alle sole fattispecie in cui il titolo di proprietà industriale costituisce elemento costitutivo della causa petendi della domanda”.

²⁵⁷ P. CATALLOZZI, *cit.*

²⁵⁸ Cfr. sent. n. 12153, 18 maggio 2010, della Corte di Cassazione: “In tema di competenza delle sezioni specializzate in natura di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell’art. 3 del d. lgs. 27 giugno 2003, n. 168, si ha interferenza tra fattispecie di concorrenza sleale a tutela della proprietà industriale o intellettuale sia nelle ipotesi in cui la domanda di concorrenza sleale si presenta come accessoria a quella di tutela della proprietà industriale e intellettuale, sia in tutte le ipotesi in cui, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti asseritamente di concorrenza sleale interferiscano con un diritto di esclusiva. Ne consegue che la competenza delle sezioni specializzate va negata nei soli casi di concorrenza sleale c.d. pura, in cui la lesione dei diritti riservati non costituisca, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, tale da dover essere valutata, sia pure “incidenter tantum” nella sua sussistenza e nel suo ambito di rilevanza.”; per una specifica trattazione della *quaestio* si rinvia al cap. precedente.

²⁵⁹ L. AGOSTINACCHIO, *cit.*

²⁶⁰ G. CASABURI, nota all’ordinanza pronunciata dalla Corte d’Appello di Milano del 26 aprile 2005, in *Foro italiano*.

In definitiva, quindi, l'afferenza -così come l'interferenza- entra in gioco e fa scattare la competenza delle Sezioni specializzate solo quando si renda necessario un accertamento incidentale di diritti in materia di proprietà industriale ed intellettuale²⁶¹.

2.3.2 *Segue: la riunificazione delle competenze in capo al Tribunale delle imprese*

Il D. L. 1/2012 è stato determinante per il riordino delle competenze giurisdizionali in tema di diritto *antitrust*.

Riassumendo il complesso quadro appena delineato, prima del decreto Cresci-Italia, la realtà legislativa italiana aveva sviluppato, a causa dei continui ma non organici interventi in materia di *private enforcement*, le seguenti competenze del giudice ordinario:

- a) la Corte d'Appello, in unico grado, nei casi di violazione della normativa interna, ai sensi della L. 287/90;
- b) il Tribunale ed il Giudice di Pace, secondo le regole ordinarie e con possibilità di un doppio grado di giudizio, per le violazioni della normativa *antitrust* europea;
- c) le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale per gli illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale;
- d) ancora il Giudice ordinario per le azioni di classe ex art. 140-*bis* cod. cons.

Il Decreto Liberalizzazioni, come auspicato dalla stessa AGCM²⁶² e dalla dottrina²⁶³, ha attribuito al neo istituito Tribunale delle imprese la competenza, in via esclusiva, di tutte le azioni civile promosse in caso di violazione, sia nazionale che comunitaria, del diritto *antitrust*.

Sembra, per lo meno sotto il punto di vista del diritto della concorrenza, che il legislatore, con tale scelta "audace", sia stato particolarmente apprezzato in quanto, a partire dal 2012, sono state superate alcune delle criticità che, in passato, non hanno permesso al *private enforcement* di ritagliarsi un ruolo nel panorama della lotta alle

²⁶¹ L. AGOSTINACCHIO, *cit.*

²⁶² L'Autorità garante ha svolto un ruolo essenziale per la riunificazione. Ciò è stato possibile in ragione delle disposizioni contenute alla L. 287/90, in quanto l'AGCM ha la possibilità di formulare annualmente delle proposte legislative con l'obiettivo di rendere maggiormente efficiente il procedimento di applicazione di questo specifico diritto. Nello specifico si tratta della segnalazione dell'AGCM al Parlamento ed al Governo del 5 gennaio 2012, recante "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2012".

²⁶³ C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3/2011, pp. 427-462, il quale, in ragione della "sussistenza di diversi centri di imputazione" auspicava un intervento volto alla semplificazione delle competenze.

condotte anticoncorrenziali tanto importante quanto quello ricoperto dal rimedio pubblicistico.

Tale disposizione legislativa, quindi, non solo ha avuto il pregio di riunificare le altamente frammentate competenze del giudice ordinario in merito alle condotte anticoncorrenziali, ma ha risposto alle esigenze di alta specializzazione e tecnicità richieste dalla trattazione disciplina *antitrust*²⁶⁴.

Sebbene l'ampliamento generale delle competenze delle precedenti Sezioni specializzate non sia stato accolto favorevolmente né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza²⁶⁵, dal punto di vista dell'applicazione del diritto *antitrust* una siffatta riforma è stata salutata positivamente²⁶⁶.

Tuttavia, il nuovo riparto delle competenze e la relativa disciplina non si applica anche alle azioni di classe *ex art. 140-bis* cod. cons.; tale scelta non è stata, contrariamente, accolta di buon grado²⁶⁷.

Infatti, come già anticipato, il *private enforcement*, strumento di tutela individuale, si affianca alla *class action* che, ai sensi della definizione contenuta all'art. 3, lett. a) cod. cons., può essere proposta dalla categoria dei c.d. soggetti deboli, tra i quali sono ricompresi i consumatori e gli utenti restando, invece, escluse le piccole e medie imprese.

2.3 Profili processuali

Il diritto *antitrust*, potrebbe essere invocato in varie forme dalle parti in causa; a tal proposito, ed in ragione dei ruoli che, all'interno delle aule di Tribunale, potrebbe rivestire il *private enforcement*, si suole associarlo a due strumenti: lo scudo e a spada.

In particolare, la prima ipotesi si manifesta allorquando, il contratto oggetto dell'azione intentata dall'attore, sia contrario al diritto della concorrenza; l'impresa convenuta, potrebbe, in via di eccezione, invocare la violazione delle norme *antitrust*, a protezione della propria situazione giuridica.²⁶⁸

²⁶⁴ Ulteriori ostacoli al decollo della tutela privata possono essere rinvenuti anche nella difficoltà dei soggetti lesi dalle intese o da abusi posti in essere dalle imprese a fornire la prova del danno subito, e ancor di più del nesso tra pregiudizio subito e condotta anticoncorrenziale, nelle lungaggini dei processi italiani, e nelle asimmetrie informative tra i consumatori e gli attori del mercato, C. TESAURO, *cit.*

²⁶⁵ Cfr. il Capitolo I del presente elaborato.

²⁶⁶ M. NEGRI, *cit.*

²⁶⁷ Così C. FRATEA, *Private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizioni scientifiche italiane, 2015.

²⁶⁸ In particolare si fa riferimento, a titolo esemplificativo, a tutti quei casi in cui l'attore abbia intentato azione di risarcimento del danno da inadempimento o azione di esecuzione del contratto, nonché

La seconda funzione, invece, si manifesta ogni qual volta l'attore sfrutti la condotta anticoncorrenziale di un'impresa come movente per colpirla, ad esempio, con la pronuncia di risarcimento dei danni del Giudice civile²⁶⁹.

Nello specifico, le azioni esperibili avverso tali condotte sono, ex art. 33, co. 2, L. 287/90, l'azione di nullità e di risarcimento dei danni. A queste, devono essere aggiunte anche quelle di mero accertamento della condotta vietata dalla normativa *antitrust*.

Inoltre, ai sensi dell'art. 3, co.3, D. Lgs. 168/2003, il Tribunale delle imprese è competente anche per le cause che presentano ragioni di connessione con le materie di cui ai commi precedenti dello stesso articolo. È stata, così, superata quella prassi radicatasi in giurisprudenza di limitare alla cognizione del giudice specializzato (da intendersi anche quello delle Corti d'Appello in unico grado) le sole fattispecie lesive degli *status* economici, rimanendo escluso il complesso di illeciti che comunque concorrevano alla predetta violazione²⁷⁰.

Tale incertezza interpretativa non ha mai riguardato il sistema di *enforcement* affidato, precedentemente, al Tribunale ordinario e dal Giudice di pace, che non subiva alcuna limitazione in merito all'applicazione degli artt. 81 ed 82 TFUE, stante la chiarezza degli articoli in parola.

Particolari problematiche nascono in merito all'ultima azione esperibile, elencata allo stesso art. 33, ovvero "*i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza*".

A tal proposito, giova sottolineare che, anche in questo ambito, la giurisprudenza si è orientata principalmente verso un'interpretazione restrittiva della tutela cautelare dell'art. 33; nello specifico, tale orientamento è stato sostenuto nelle cause in cui giocava un ruolo importante la dottrina dell'*essential facility*²⁷¹.

Le considerazioni che hanno spinto i giudici a desistere dal concedere questo tipo di tutela, tuttavia, non sembrano essere -del tutto- errate; questi infatti muovono dalla

origine della violazione della normativa *antitrust*. L'impresa concorrente, nonché convenuta, piuttosto che rischiare di subire un provvedimento dall'Autorità, corredato da un eventuale giudizio civile - entrambi, in caso di colpevolezza, fonte di ingenti esborsi monetari-preferisce opporre l'invalidità del contratto del quale si lamenta l'inadempimento.

²⁶⁹ P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

²⁷⁰ In tal senso, cfr. App. Milano, ord. 27 settembre, 8 ottobre 1994, *Telesystem s.p.a. c. SIP*.

²⁷¹ I numeri più consistenti nella storia italiana si rinvengono, con specifico riferimento alle cause la cui soluzione si deve al diritto *antitrust*, nel settore delle telecomunicazioni. L'attore, in questo ambito, sovente, lamenta un abuso di posizione dominante che si concretizza attraverso il rifiuto a contrarre e, quindi, di mettere a disposizione una struttura indispensabile, per i concorrenti dell'impresa in posizione dominante, per essere competitivi.

considerazione che un ordine recante ad oggetto l'obbligo di fare rientrasse maggiormente nelle prerogative dell'AGCM²⁷².

Alcuni ritengono, invece, che la norma debba essere interpretata nel senso che provvedimenti di questo tipo trovano la loro giustificazione solo nel caso in cui siano rivolti allo specifico rapporto intercorrente tra impresa e consumatore finale²⁷³.

Rinviando la trattazione delle singole azioni esperibili e delle relative controversie ai prossimi paragrafi, sotto il profilo strettamente processuale si ricorda che le cause *antitrust*, in quanto rivolte alle Sezioni specializzate in materia di impresa, sono risolte con il rito ordinario ed eventuale possibilità del doppio grado; è comunque garantito il ricorso per Cassazione e non è prevista la partecipazione obbligatoria del PM.

Le controversie in questo ambito, come già anticipato, hanno ad oggetto diritti soggettivi disponibili che presupporrebbero la possibilità, per le parti in giudizio, di disporre oltre che delle prove precostituite anche delle c.d. prove costituende *i.e.* la confessione.

Siffatta conclusione non può essere estesa a cause che hanno ad oggetto un potenziale abuso di posizione dominante, ciò non può accadere poiché il fatto da provare, ovvero l'avvenuta violazione della normativa sulla concorrenza, non è chiaramente nella disponibilità delle parti.

Nei casi in cui si sospetti una condotta anticoncorrenziale, il giudice, prima di pronunciarsi nel merito, deve verificare la sussistenza del presupposto, inquadrabile come "questione pregiudiziale antitrust"²⁷⁴.

Dunque, in tutte le circostanze in cui il Giudice, su domanda delle parti, decida su una questione pregiudiziale, sulla stessa si formerà giudicato, *ex art.* 2909 c.c.

Contrariamente, qualora questa venga somministrata al giudice tramite eccezione, o rilevata *ex officio*, allora la questione pregiudiziale sarà esaminata *incidenter tantum*²⁷⁵.

²⁷² Corte App. Roma, ord. 21 dicembre 1993, *De Montis s.r.l. & Catering Roma c. Aeroporti di Roma s.p.a.*

²⁷³ F. VALERINI, *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

²⁷⁴ F. VALERINI, *cit.*

²⁷⁵ Cass. civ. Sez. Unite, 04 settembre 2012, n. 14828 (rv. 623290): "Il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto è espressamente rimesso alla volontà dei fatti allegati e provati, o comunque emergenti "ex actis", una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità "incidenter tantum" senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la

Da ultimo, stante la difficoltà nel comprendere, fin dall'origine, che la soluzione alla *quaestio* addotta in causa può essere rinvenuta nella normativa *antitrust*, ben può accadere che si formi il giudicato sulla validità contratto, qualora, ad esempio, le parti non abbiano allegato in giudizio i fatti necessari alla dichiarazione di nullità di quest'ultimo.

L'esistenza del doppio binario di tutela potrebbe, delle volte, far insorgere nel Giudice specializzato la necessità di sospendere il giudizio civile in attesa della chiusura dell'istruttoria dell'Autorità o, eventualmente, della Commissione, anche se ciò non è espressamente previsto dalla legge.

Una tale eventualità è resa più concreta dalle disposizioni contenute nella Direttiva 104/2014 sul *private enforcement*, con la quale è stata conferita ai provvedimenti dell'Autorità valenza di prova piena, come più approfonditamente si avrà modo di constatare nel capitolo successivo.

2.4. Le azioni esperibili: a) la nullità

Con la nota sentenza *Courage*²⁷⁶ la Corte di Giustizia ha espressamente deliberato che la nullità *può essere fatta valere da chiunque* in giudizio.

Fatta tale premessa, l'art. 2 della L. 287/90 stabilisce che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*”; tuttavia, tale disposizione, da sola, non completa la disciplina della nullità in quanto il Giudice specializzato è chiamato ulteriormente ad applicare l'art. 101 TFUE, il quale afferma che “*Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto*”.

Preliminarmente, occorre ricordare che la nullità civile può essere dichiarata solo con riferimento agli *atti* così come definiti ai sensi dell'art. 1325 c.c.

L'azione di nullità, pertanto, non può essere esperita per gli atti che non hanno un valore giuridico e, quindi, vincolante.

Il dato che interessa, in tal senso, è che la maggior parte delle intese si basa proprio su circostanze e su accordi che, per loro natura, non rientrano nel novero degli atti vincolanti²⁷⁷.

relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste”, in *Pluris*.

²⁷⁶ Cfr. CG, C-453/99, *Courage c. Crehan*.

²⁷⁷ Le intese restrittive, infatti, sono poste in essere attraverso tre modalità alternative o contingenti, ovvero tramite accordi, la cui esistenza è comprovata dalla semplice “*convergente volontà di operare sul*

La specifica disciplina della nullità *antitrust* rientra nelle prerogative dei singoli Stati membri; ciò comporta che le Sezioni specializzate, nel caso in cui sia stata loro proposta azione di nullità di un'intesa potenzialmente restrittiva della concorrenza dovranno far riferimento alle disposizioni contenute agli artt. 1418 e ss. c.c.

Tuttavia, stante la contestuale applicazione del diritto nazionale e comunitario da parte del Tribunale delle imprese, la Corte di Giustizia ha ricoperto un importante ruolo di indirizzo per le Autorità ed i Giudici statali.

La Corte di Lussemburgo, infatti, ha chiarito che la nullità potrebbe investire anche solo una parte dell'accordo realizzandosi, così, una nullità parziale.

Qualora, invece, le clausole viziate non siano oggettivamente separabili da quelle che, considerate nella loro unicità, risultano lecite, la nullità investirà l'intero accordo²⁷⁸.

Ancora, nel caso *Van Shijndel*²⁷⁹ è stato stabilito che la nullità è rilevabile d'ufficio, a meno che il sistema processuale interno non lo vieti espressamente.

Inoltre, le dichiarazioni di nullità sono strumenti funzionali che concorrono, assieme ad altri, al corretto funzionamento del mercato; per tale ragione, quindi, non è richiesto un preventivo provvedimento dell'Autorità nazionale o della Commissione²⁸⁰.

Tuttavia, un elemento che differenzia il regime interno da quello europeo può essere ravvisato nel fatto che, a livello europeo, qualora un'intesa restrittiva della concorrenza possieda i requisiti di esenzione individuale *ex art. 101, co.3, TFUE*, non occorre che la "convalida" dell'intesa avvenga mediante il necessario provvedimento della Commissione.

In Italia, invece, ai sensi dell'art. 4 L. 287/90, l'AGCM "*può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2*". Quindi, è possibile qualificare il provvedimento dell'Autorità come sanante l'illiceità della fattispecie vietata²⁸¹.

mercato con determinate modalità" (così TPG, T-18/03, *CD-Contact*, in *Racc.*, 2009, II-1021), oppure per il tramite di decisioni di associazioni di imprese che, tramutando la precedente definizione, si verificano nel caso di volontà collettiva; ed infine, per mezzo di pratiche concordate. Tale ultima modalità, ancor più delle precedenti, è quasi priva di atti giuridici, in quanto per realizzarla saranno sufficienti la concertazione da parte delle imprese interessata, la condotta interna e, infine, la manifestazione esterna della pratica.

²⁷⁸ P. CAPRILE, *La messa in opera delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali (private enforcement)*, in A. Frignani – S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, CEDAM, 2013.

²⁷⁹ Cause riunite, CG, C-430/93 e C-431/93, I-4728.

²⁸⁰ E. CAMILLERI, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

²⁸¹ E. CAMILLERI, *cit.*

L'azione di nullità ha come scopo quello di ripristinare lo *status quo ante* all'intesa, motivo per il quale, l'eventuale e conseguente pronuncia di invalidità produrrà un effetto retroattivo rispetto all'istruzione della causa²⁸².

Aspetto interessante che riguarda, in particolare, la prima azione esperibile a tutela del corretto gioco della concorrenza e degli interessi del singolo, è la possibilità che la dichiarazione di nullità del contratto a monte non investa anche quelli “*scaturiti in dipendenza dello stesso*”²⁸³.

Secondo i Giudici di Piazza Cavour, nonostante questi ultimi mantengano la loro validità, il singolo non rimane senza tutela, potendo comunque esperire l'azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori.

Ciò, poiché il contratto a valle è caratterizzato da un'implicita illiceità, in quanto “*sbocco [...] essenziale*” per la realizzazione degli effetti illeciti dell'intesa vietata, così come stabilito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005.

La stessa pronuncia ha toccato un'ulteriore aspetto della nullità, comunque non risolto in modo definitivo, riguardante la definizione del rapporto intercorrente tra le azioni nominativamente previste dall'art. 33, L. 287/90²⁸⁴.

Secondo gli Ermellini, infatti “*innanzi alla Corte d'Appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole [...] da togliere attraverso il risarcimento*”, del quale si rimanda ad una trattazione più approfondita nel capitolo successivo.

Da ultimo, stante la diretta applicabilità della disciplina interna, la nullità è imprescrittibile.

2.4.1 Segue: b) l'inibitoria del *private antitrust enforcement* e la sua evoluzione giurisprudenziale

L'art. 33 attribuisce alle Corti d'Appello *-rectius* alle SSI in ragione del D.L. 1/2012-competenti per territorio, *i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza*.

²⁸² P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

²⁸³ Cfr. Cort. Cass., sez. III, 6 giugno 2003, n. 9384.

²⁸⁴ M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, Corriere Giuridico, 8/2005, pp 1093-1098.

Assieme al risarcimento dei danni, i rimedi inibitori possono definirsi il *fulcro*²⁸⁵ del diritto *antitrust* in ragione della chiara inadeguatezza mostrata dall'azione di nullità, la cui durata è sempre più incerta, a proteggere gli operatori economici vittime, al contrario, della vertiginosa rapidità alla quale si evolve il mercato e, più in genere, l'economia²⁸⁶.

Ad una tale conclusione, a maggior ragione, si giunge stante la piena autonomia riconosciuta al *private* rispetto alla tutela pubblica, non essendo richiesto un previo provvedimento dell'Autorità per ottenere una tutela dal giudice ordinario.

L'ormai risolta frammentazione delle competenze del giudice ordinario in materia *antitrust*, in passato, oltre a destare dubbi sotto il profilo della certezza giurisdizionale, ha contribuito alla creazione di “*spettri*” anche nell'ambito dei rimedi inibitori²⁸⁷.

I rimedi cautelari richiamati, come si vedrà, in modo non univoco dall'art. 33, hanno subito le problematiche del complesso quadro normativo finora delineato.

Uno dei tanti esempi può essere rinvenuto nel caso che ha coinvolto la *Lega Calcio*, contro la quale l'attore aveva richiesto al giudice l'adozione di rimedi cautelari, *ex art. 33, L.287/90*. In quel caso, la Corte d'Appello di Milano fu costretta ad accogliere l'eccezione di incompetenza funzionale, stante l'asserito pregiudizio al commercio comunitario, e non nazionale, unica condizione a poter assegnare la cognizione della causa alla Corte d'Appello e non al Tribunale che, infatti, con la l'ordinanza del 24 maggio 2010, confermò la sua competenza²⁸⁸.

Oltre questo, gli specifici problemi connessi alla tutela cautelare sono sorti con riferimento al rapporto tra il Giudice ordinario e l'Autorità, riguardo al quale, in passato, è venuto alla luce un ulteriore interrogativo: l'eventuale “sovrapponibilità” delle pronunce delle due autorità.

²⁸⁵ Così L. ARNAUDO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2006, pp. 983-1008.

²⁸⁶ A tal proposito, cfr. App. Milano, 18 luglio 1995, *Soc. Telsystem c. Soc. Telecom*. Si parla di un intervento dell'autorità giudiziaria che è avvenuto con eccessivo ritardo in quanto, le lungaggini del processo, hanno fatto sì che i provvedimenti fossero presi solo quando l'impresa interessata era già fallita ed, ormai, fuori dal mercato.

²⁸⁷ M. NEGRI, *cit.*

²⁸⁸ “*Il giudice ordinario è competente a conoscere della richiesta di inibitoria cautelare avanzata [...] in vista del futuro giudizio di merito [...] In ogni caso, l'art. 33 fa chiaro riferimento solo alle azioni di nullità e risarcimento del danno, ed ai provvedimenti d'urgenza, non menzionando l'eventualità della proposizione di azioni inibitorie, nonché sulla tutela preventiva, sia essa di merito o definitiva*”, Trib. Milano, ord. 24 maggio 2010, in *Pluris*.

In particolare, secondo alcuni, i provvedimenti d'urgenza erano attribuiti dalla legge unicamente all'AGCM, a causa delle tecnicità richieste per le valutazioni propedeutiche alla loro concessione.

Fortunatamente, tale interpretazione, altamente pregiudizievole per i consumatori e per le imprese concorrenti, è stata superata muovendo dalla differente natura che contraddistingue il provvedimento pubblico dalla pronuncia del giudice in sede cautelare²⁸⁹.

Infatti, solo quest'ultima ha il valore di titolo esecutivo, a differenza dei provvedimenti dell'Autorità che, di fatto, non sono idonei ad incidere sulla situazione giuridica dei soggetti ai quali si rivolgono.

Si tratta, pertanto, in assenza di specificazioni legislative, di un semplice problema di coordinamento, la cui soluzione sembra essere la seguente: l'ordine di cessazione, già pronunciato dall'AGCM, volto all'interruzione del perpetrarsi di condotte illecite, determinerà il rigetto della richiesta di tutela inibitoria²⁹⁰.

Una situazione così descritta, attiene alle sole azioni c.d. *follow-on*, che si realizzano ogni qual volta sulla stessa fattispecie lesiva per la quale è instaurato il giudizio volto ad ottenere una delle tutele di cui all'art. 33, si sia già espressa l'AGCM. In questa eventualità, infatti, le Sezioni specializzate, così come l'allora Corte d'Appello in unico grado, sono investite della sola azione risarcitoria del danno eventualmente subito.

In concreto, si vuole evitare che le rispettive pronunce delle due autorità possano essere in contrasto tra di loro.

Nei casi, invece, di richiesta di inibitoria al giudice in assenza di un antecedente provvedimento dell'Autorità, la giurisprudenza, come anche la dottrina, non è sempre stata unanime nel ritenere quale effetto potesse avere un provvedimento inibitorio tra le parti in causa²⁹¹.

Nel precedente sistema di competenze giurisdizionali in materia *antitrust*, nei casi di violazioni della normativa comunitaria, il Giudice in primo grado (Tribunale e Giudice di pace) utilizzava, anche in quest'ambito, la disciplina codicistica della concorrenza

²⁸⁹ M. SCUFFI, *I poteri inibitori e risarcitori del giudice nazionale antitrust*, in G. A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, CEDAM, 2012.

²⁹⁰ M. NEGRI, *cit.*

²⁹¹ Contrariamente ai chiari ed impliciti poteri inibitori attribuiti, dall'art. 14-*bis* della L. 287/90, all'AGCM la quale deve assicurare una efficace applicazione delle regole sulla concorrenza.

sleale ed il relativo sistema sanzionatorio, incentrato sulla clausola generale della *correttezza professionale ex art. 2598 c.c.*

Grazie a tale forma di analogia, vi era la possibilità di emettere non solo sentenze inibitorie ma anche provvedimenti anticipatori d'urgenza²⁹².

I problemi più consistenti si riscontravano con riferimento alle violazioni interne, di competenza delle Corti d'Appello che, a causa dell'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 33, erano nell'impossibilità di accogliere le richieste di provvedimenti d'urgenza che non fossero stati funzionali alle azioni di nullità o di risarcimento del danno.

La giurisprudenza, pertanto, si uniformò alla tradizionale dottrina che vede l'inibitoria come un rimedio strumentale a quello definitivo, ottenuto unicamente attraverso il processo ordinario di cognizione²⁹³.

Infatti i Magistrati delle Corti d'Appello tendevano a dichiararsi incompetenti ad emettere provvedimenti d'urgenza che non fossero *preordinati* alle azioni nominate *ex art. 33, L. 287/90*²⁹⁴.

Tale prassi, ormai superata quantomeno in ambito concorrenziale, è stata sradicata grazie ad un'innovativa visione dottrinale che si è nutrita del concetto secondo cui la tutela inibitoria dovesse essere utilizzata come uno strumento interruttivo della condotta illecita²⁹⁵.

²⁹² A tal proposito, cfr. Cass. civ. Sez. I, 20 marzo 1991, n. 3011; Trib. Roma, 11 febbraio 2004: "*Compie atti di concorrenza sleale per contrarietà alla correttezza professionale chi si impone sul mercato in danno degli altri operatori economici del settore avvantaggiandosi, nella ricerca della clientela e nella conclusione dei rapporti contrattuali, dell'abuso di posizione dominante commesso dall'impresa controllante*", in *Pluris*; Cass. civ. Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 22118 (rv. 637723); nondimeno, tale formula è stata utilizzata in ambito penale, Cass. pen. Sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3868 (rv. 266180): "*La condotta materiale del delitto previsto dall'art. 513-bis cod. pen. può essere integrata da tutti gli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 cod. civ., tra i quali vi rientrano quelli diretti non solo a distruggere l'attività del concorrente, ma anche ad impedire che possa essere esercitato un atto di libera concorrenza, come quello della ricerca di acquisizione di nuove fette di mercato. (In motivazione, la Corte ha affermato che l'art. 2598 cod. civ., da interpretarsi alla luce della normativa comunitaria e della Legge n. 287 del 1990, prevede ai numeri 1) e 2) i casi tipici di concorrenza sleale parassitaria, ovvero attiva, mentre al n. 3) una norma di chiusura secondo cui sono atti di concorrenza sleale tutti i comportamenti contrari ai principi della correttezza professionale idonei a danneggiare l'altrui azienda)*".

²⁹³ F. P. LUISO, *cit.*

²⁹⁴ Cfr. App. Roma, 21 dicembre 1993, *Soc. De Montis Catering Roma c. Soc. Aeroporti Roma*: "*In materia antitrust, la corte d'appello può adottare provvedimenti d'urgenza preordinati solo alle pronunce di nullità e di risarcimento del danno, devolute alla sua cognizione*"; App. Torino, 07 settembre 2001: "*La competenza cautelare della Corte d'appello adita ai sensi dell'art. 33, L. 10 ottobre 1990, n. 287 comprende solo i provvedimenti anticipatori dei futuri rimedi giurisdizionali, quali l'annullamento dei contratti e il risarcimento dei danni*"; App. Catanzaro, 03 luglio 1998.

²⁹⁵ A favore di questa tesi: V. CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2007, pp. 63-90; M. VANZETTI, *Contributo allo studio di misure coercitive e delle sanzioni civili nel diritto industriale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010.

La medesima direzione è stata presa anche nelle aule dei tribunali²⁹⁶; infatti i Giudici delle Corti d'Appello hanno iniziato a considerare idonea e sufficiente -alla "causa" oggetto di trattazione- l'adattabilità della tutela inibitoria alla futura azione di risarcimento o di nullità²⁹⁷.

L'evoluzione di tale orientamento ha permesso, infine, di conferire alla tutela provvisoria una funzione preventiva e conservativa, volta a limitare il perpetrarsi delle condotte illecite e dei danni²⁹⁸.

L'interpretazione sistematica della norma in esame, dunque, ha reso definitivamente ammissibili, nell'ambito del diritto della concorrenza, i provvedimenti inibitori con funzione conservativa preordinati alla futura azione di risarcimento del danno, che vanno, tra l'altro, ad assumere la qualità di una tutela cautelare "autonoma"; ciò è possibile facendo leva, alternativamente, sull'art. 700 c.p.c., che non impone l'individuazione della natura del singolo provvedimento d'urgenza, oppure, attraverso un'interpretazione estensiva della strumentalità, nonché della funzione anticipatoria, dei provvedimenti d'urgenza²⁹⁹.

Il superamento della visione restrittiva, con riferimento all'art. 33, oggi, indubbiamente si deve anche all'introduzione, con la L. 69/2009, dello strumento di coercizione indiretta *ex art 614-bis c.p.c.*, che attribuisce al giudice, su richiesta di parte, il potere di fissare la somma di denaro che il soccombente dovrà conferire ogni qual volta violi il precetto del provvedimento di condanna³⁰⁰.

Se i problemi interpretativi connessi alle inibitorie cautelari negative possono dirsi risolti, consistenti perplessità rimangono con riferimento ai provvedimenti d'urgenza a contenuto positivo.

²⁹⁶ App. Milano, 29 settembre 1999: "*La misura cautelare di diritto antitrust, se deve essere strumentale al provvedimento di merito, non per questo ne è una mera anticipazione potendo essere diretta ad evitare l'aggravarsi del danno*", in *Diritto Industriale*, 1999.

²⁹⁷ M. SCUFFI, *ult. op. cit.*

²⁹⁸ Cfr. Cort. App. Milano, ord. 28 settembre 2005, *Tele2 Italia c. Telecom Italia*; App. Milano, ord. 16 maggio 2006, *Soc. Telecom Italia c. Soc. FastWeb*: "*Rientrano nella competenza funzionale della Corte d'appello ai sensi dell'art. 33, 2° comma, legge n. 287/1990 i provvedimenti cautelari inibitori in senso stretto (di mera astensione dal comportamento vietato) emessi in funzione conservativa, con il fine cioè di impedire l'ampliamento e/o l'aggravamento del danno*", in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2007.

²⁹⁹ M. NEGRI, *cit.*

³⁰⁰ Trib. Milano Sez. Spec. in materia di imprese, ord. del 26 maggio 2015, *Soc. coop. Taxiblu e altri c. Uber International BV e altri*: "*sussistono i presupposti per inibire in via d'urgenza, disponendo una penale per il ritardo nell'attuazione del comando giudiziale*".

Parte della dottrina è portata a risolvere tale interrogativo ricorrendo all'analogia degli artt. 2597 e 1679 c.c. sull'obbligo di contrarre del monopolista legale, con la conseguenza che un'impresa che ricopre una posizione di dominio, in una specifica fetta di mercato, non potrebbe opporre alcun rifiuto alla sottoscrizione di nessun contratto³⁰¹.

La giurisprudenza prevalente, al contrario, esclude una tale possibilità, in quanto il Giudice andrebbe ad insediarsi nell'autonomia negoziale delle parti³⁰².

Ulteriore soluzione che permetterebbe l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari positivi, potrebbe essere ricercata nella disciplina codicistica della concorrenza sleale che prevede sanzioni nel caso in cui, l'impresa dominante, metta in atto pratiche escludenti che potrebbero realizzarsi attraverso il rifiuto -ingiustificato- di contrarre.

³⁰¹ F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 6/2013, pp. 1293-1340.

³⁰² P. COMOGLIO, *La tutela cautelare nell'azione antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

Capitolo III

Il danno antitrust

SOMMARIO: *Premessa* – 1. Il percorso giurisprudenziale verso la centralità del consumatore – 2. Profili dell'azione risarcitoria – 2.1 *Segue*: a) L'elemento soggettivo – 2.2. *Segue*: b) il nesso causale – 2.3. *Segue*: c) il fatto illecito – 2.3.1. Le azioni autonome – 2.3.2. Le azioni *follow-on* – 3. Il valore probatorio delle decisioni dell'AGCM prima delle Direttiva – 3.1. Il superamento della prova privilegiata – 4. I programmi di clemenza e le decisioni con impegni a confronto del giudizio civile – 5. I poteri istruttori del giudice – 6. Il *passing-on* – 7. La quantificazione del danno – 8. La prescrizione

Premessa

A norma dell'art. 33, co. 2, L. 287/90, l'azione di risarcimento del danno conseguente alla violazione della disciplina *antitrust* è promossa dagli imprenditori concorrenti e dai consumatori dinanzi il Tribunale civile ordinario competente per territorio, presso cui è istituita la Sezione specializzata in materia d'impresa.

La disposizione appena menzionata si limita a dettare una regola di mera competenza; non figurando ulteriori specificazioni, si ritiene che l'azione di risarcimento del danno *antitrust* soggiaccia all'ordinaria disciplina della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*

Dunque, i requisiti per l'azione di risarcimento, di cui all'art. 33, restano quelli propri dell'illecito aquiliano, ovvero l'antigiuridicità del fatto, il nesso di causalità e la colpevolezza³⁰³.

Inevitabilmente, nel silenzio legislativo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione hanno contribuito a definire talune peculiarità in relazione a ciascuno dei presupposti richiesti per legge affinché possa nascere l'obbligazione risarcitoria.

La scelta di trattare in maniera autonoma e più approfondita l'azione di risarcimento deriva dall'importanza che la stessa ha assunto alla luce del recentissimo ingresso, nel panorama legislativo italiano, del D. Lgs. 3/2017, in attuazione della Direttiva 104/2014 sul *private antitrust enforcement*.

³⁰³ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, F. Anelli – C. Granelli (a cura di), Milano, 2013.

Invero, quest'ultima, sulla scia della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, improntata ormai sulla tutela del consumatore, ha introdotto, a vantaggio del privato danneggiato, nuove regole che rendono la sua tutela effettiva.

Basti pensare alla previsione secondo cui ai provvedimenti delle Autorità nazionali è conferito il valore di prova vincolante nei giudizi civili in materia di risarcimento del danno antitrust.

Da questi spunti, si evince la definitiva consacrazione della stringente interazione tra il *private* ed il *public enforcement*, che, quindi, devono essere considerati strumenti complementari, «*entrambi necessari ad assicurare un effettivo funzionamento del complessivo sistema di applicazione delle norme di concorrenza*»³⁰⁴.

La tutela del diritto antitrust, dunque, si fonda su un sistema binario dove, da un lato, l'intervento delle Autorità, nell'esercizio di funzioni tipicamente afflittive e punitive, è finalizzato a «*garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati*»³⁰⁵ e, dall'altro, il privato richiede l'intervento del giudice civile per far valere un proprio diritto soggettivo leso da una condotta anticompetitiva.

Dunque, solo mediante un'efficace cooperazione tra *public* e *private enforcement* è possibile rafforzare la funzione di deterrente dal commettere illeciti antitrust³⁰⁶.

1. Il percorso giurisprudenziale verso la centralità del consumatore

L'adozione della Direttiva 2014/104/UE costituisce un intervento da tempo atteso nel panorama *antitrust* europeo, rappresentando il necessario epilogo dell'evoluzione giurisprudenziale, mediante la quale si è assistito ad una sempre crescente attenzione nei confronti dell'effettività della tutela dei consumatori.

Tre sono le principali fasi che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha attraversato nell'approccio al diritto *antitrust*.

In un primo momento, i giudici di Lussemburgo avevano mostrato una particolare propensione alla salvaguardia di quelle disposizioni del Trattato che hanno ad oggetto le libertà fondamentali, quali la libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi

³⁰⁴ R. CHIEPPA, relazione al Convegno *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva*, AGCM, 2015.

³⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

³⁰⁶ G. PITRUZZELLA, *La Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust*, *Il Diritto Industriale* 4/2016, pp. 313.

ed infine dei capitali. Una giurisprudenza orientata in questo senso non poteva che avere come obiettivo l'eliminazione delle barriere, verso un mercato europeo comune³⁰⁷.

Nonostante tale approccio economico, la Corte di Giustizia non si è mai sottratta dal ricordare lo scopo fondamentale al quale sono preposte le norme concernenti il diritto della concorrenza: la protezione dei consumatori finali, ultimi operatori della catena di produzione e distribuzione.

La centralità del consumatore è dimostrata dal dato che la Corte di Giustizia, nel celebre caso *United Brands*, nel dare una definizione di impresa dominante, prese in considerazione anche la posizione ed il ruolo indiretto degli utenti finali. Infatti, in quell'occasione venne chiarito che un'impresa verte in una posizione di dominio quando è in grado di tenere dei comportamenti che non tengono conto di quelli dei propri concorrenti, dei clienti e, infine, dei consumatori³⁰⁸.

Le fondamenta della seconda fase hanno preso forma sulla convinzione per cui solo un mercato competitivo è in grado di produrre benefici a favore di tutti gli operatori del mercato, questi ultimi intendendosi non solo le imprese concorrenti, ma anche i consumatori.

Una siffatta considerazione sembra rimandare alla c.d. teoria della *workable competition*, elaborata per la prima volta nella prima metà del secolo scorso. Il fautore della predetta teoria, J. M. Clark, partendo dal presupposto che la concorrenza perfetta non esiste, riteneva che le politiche di mercato dovessero essere rivolte alla concreta realizzabilità della concorrenza.

In questa fase, dunque, i principi di diritto con i quali la Corte ha dettato le linee guida per una efficace applicazione del diritto *antitrust*, avevano ad oggetto la salvaguardia della struttura del mercato e della concorrenza come interesse pubblico³⁰⁹.

L'ultimo stadio dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, rilevante per l'argomento oggetto di trattazione, ha come assoluto protagonista il consumatore. I magistrati hanno cominciato a mostrare una innegabile predisposizione alla protezione dei soggetti che muovono l'ultimo tassello della catena industriale: i consumatori.

³⁰⁷ A tal proposito si rimanda agli artt. 85 ed 86 CEE.

³⁰⁸ Cfr. GC, C-27/76, *United brands*, in Racc. 1978, 207.

³⁰⁹ A. TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Rivista italiana di antitrust*, 1/2015, pp. 8.

Tale atteggiamento coincide pienamente con la *ratio* rivoluzionaria del nuovo Regolamento 1/2003 che si apprestava a modernizzare il diritto *antitrust* europeo³¹⁰.

Infatti, alcune delle pronunce più celebri, e che hanno radicalmente modificato l'approccio nell'applicazione delle norme sulla concorrenza, fanno riferimento proprio a questa fase interpretativa della Corte di Giustizia. Tra queste, non può non essere menzionato il caso *Courage*, vero e proprio punto di svolta dell'evoluzione del diritto della concorrenza³¹¹.

I giudici di Lussemburgo, infatti, con la suddetta pronuncia hanno definitivamente riconosciuto anche ai consumatori il diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale, che, infatti, fino a questo momento, era garantito solo nei confronti delle imprese concorrenti.

Tale orientamento, tra l'altro, venne confermato in un'altra celebre pronuncia concernente il *private enforcement*, la sentenza *Manfredi*, con la quale, la Corte, partendo dalla solidissima base del *leading case Courage*, si è spinta ben oltre, definendo il risarcimento del danno, non solo come uno strumento utile per rendere effettiva la tutela dei consumatori, ma anche come garanzia del rispetto del diritto della concorrenza³¹².

Dunque, la Corte, per la prima volta, pose l'accento sulla circostanza per cui il *public* ed il *private enforcement* producono effetti che, concretamente, si realizzano nella stessa direzione. Da tale considerazione si poteva dedurre la loro evidente compatibilità; infatti, da lì a poco, sarebbero crollati tutti i dubbi circa la possibile coesistenza dei due strumenti.

Per quanto concerne il percorso giurisprudenziale nazionale, uno dei primi orientamenti della Suprema Corte, in merito al diritto *antitrust*, era fondato sulla tutela dell'imprenditore, unico soggetto legittimato ad avvalersi del risarcimento. Pertanto, i consumatori finali, quantomeno nei primi approcci all'applicazione del diritto *antitrust* italiano, erano esclusi dalla tutela di cui all'art. 33, L. 287/90.

³¹⁰ Si ricorda: l'abbandono del sistema di notifica preventiva delle intese al fine di alleggerire il carico di lavoro della Commissione e l'applicazione decentrata, ovvero da parte dei giudici nazionali, degli artt. 101 e 102 TFUE.

³¹¹ Cfr. GC, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, Racc. I-06297.

³¹² Cfr. GC, 13 luglio 2006, *Manfredi*, Racc. C-295/04. Lo stesso orientamento si rileva anche nella sentenza *Pfleiderer* (GC, 14 giugno 2011, Racc. C-360/09); in quest'ultima, inoltre, la Corte di Giustizia ha rivolto uno specifico invito al legislatore europeo affinché elabori una norma nella quale viene data la possibilità di accedere agli atti relativi al procedimento che ha dato vita al programma di clemenza.

Tale interpretazione restrittiva venne mantenuta nella sentenza *Axa*, con la quale la Corte di Cassazione ha precluso ai consumatori l'”accesso” alla tutela specifica prevista nei casi di fattispecie anticoncorrenziali, indubbiamente più favorevoli rispetto all'ordinaria azione di responsabilità³¹³.

In questa circostanza, tuttavia, la restrittività dell'interpretazione si è affievolita in quanto, per lo meno, non è stata negata al consumatore la possibilità di chiedere il risarcimento a norma dell'ordinaria azione di responsabilità civile assoggettata, dunque, alle regole del codice di rito.

L'abbandono di questa interpretazione è pressoché coinciso con la terza fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Infatti, sull'onda del caso *Courage* del 2001, gli Ermellini stabilirono che «*la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*»³¹⁴.

Nella stessa pronuncia, venne formalmente riconosciuta la diversità tra la tutela del danno *antitrust* e la tutela codicistica della concorrenza sleale, con la conseguenza che non sarebbero più esistiti i presupposti per negare un'azione risarcitoria esperibile dinanzi al giudice ordinario, ma a norma dell'art. 33, L. 287/90.

Questa interpretazione delle norme sulla concorrenza è stata definitivamente consacrata dalla Corte di Cassazione pochi anni più tardi, precisamente nel 2007.

In occasione del caso *Fonsai*, in particolare, è stato posto l'accento sul pregiudizio che un'intesa restrittiva avrebbe potuto recare al consumatore finale, al quale, essendo ultimo operatore economico della filiera, non veniva assicurato il diritto di individuare, con scelta consapevole ed autonoma, quale prodotto acquistare. Si è parlato piuttosto di «*scelta apparente*» dal momento che, a seguito della realizzazione di un'intesa restrittiva, l'individuazione del prodotto era pilotata, già a monte, da comportamenti illeciti³¹⁵.

I giudici di Piazza Cavour, per la prima volta in quell'occasione, hanno fatto riferimento al concetto di interesse collettivo alla libertà contrattuale ed al conseguente diritto che tutti i consumatori hanno di giovare individualmente della competitività del

³¹³ Cfr. Cort. Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, *Soc. Axa Assicur./Larato*, in *Pluris*.

³¹⁴ Cfr. SSUU, 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol/Mario Ricciardelli*, in *Pluris*.

³¹⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. 2 Febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*, in *Pluris*.

mercato che, come già ampiamente sottolineato nei precedenti capitoli di tale elaborato, costituisce una delle caratteristiche imprescindibili per un commercio sano.

Inoltre, la Corte, in quella sede, decise in merito ad alcune questioni procedurali di particolare importanza, quali, ad esempio, l'inscindibilità tra i contratti a valle stipulati con i consumatori finali e l'intesa illecita verificatasi già nei primi passaggi della filiera produttiva; individuò una serie di presunzioni nei confronti delle quali è ammessa la prova contraria solo in merito al nesso causale tra danno e condotta anticompetitiva; infine, ha riconosciuto l'ammissibilità del risarcimento in forma equitativa del giudice³¹⁶.

Da ultimo, la Corte ha riconosciuto la legittimazione ad agire, *ex art. 33*, anche alle associazioni dei consumatori, in quanto rappresentative degli interessi degli utenti finali³¹⁷.

2. Profili dell'azione risarcitoria

La giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, come si evince dal precedente paragrafo, ha riconosciuto alle imprese ed ai consumatori finali la legittimazione ad agire dinanzi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno derivante da un comportamento anticompetitivo.

A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sempre con la sent. n. 2305 del 2007, hanno chiarito che tale responsabilità ha natura *extracontrattuale*, rimandando, pertanto, per la relativa disciplina, all'art. 2043 c.c.

Il fondamento della pretesa risarcitoria *antitrust* deve essere ricercato nel fatto illecito altrui e, come già anticipato, è comunque subordinato al tradizionale accertamento dei requisiti ricavabili dalla norma di riferimento della responsabilità extracontrattuale: elemento soggettivo, nesso di causalità e danno ingiusto.

2.1 Segue: a) l'elemento soggettivo

L'elemento soggettivo del danno *antitrust* svolge tradizionalmente un ruolo più limitato rispetto all'ipotesi di ordinaria responsabilità extracontrattuale, ma comunque costituisce

³¹⁶ P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

³¹⁷ Cfr. Cort. Cass., 18 agosto 2011, n. 1735, F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *cit.*, p. 334.

una condizione necessaria affinché possa dirsi configurato l'illecito anticoncorrenziale e chiedere, dunque, il risarcimento del danno.

Il Libro Bianco, a tal proposito, aveva stabilito che, una volta dimostrata l'infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE, il soggetto al quale si imputavano le condotte illecite doveva essere ritenuto come il responsabile dei danni subiti, tranne nel caso in cui fosse riuscito a dimostrare che il comportamento antiggiuridico era frutto di un errore scusabile³¹⁸.

È stata così abbracciata la proposta di applicare, in via analogica, l'art. 2600 c.c. relativo alla presunzione di colpevolezza che ricorre ogni qual volta è stato accertato l'atto di concorrenza sleale. Pertanto, in questi casi, spetterà alla controparte l'onere di fornire la prova contraria. Si tratta di un orientamento che non è stato apertamente abbracciato dalla giurisprudenza ma che si può ricavare da correnti dottrinarie³¹⁹.

In ogni caso, l'accertamento del dolo non richiede che la coscienza, da parte dell'autore, dell'antigiuridicità del fatto posto in essere³²⁰. Tuttavia, non è da escludersi l'eventualità che il convenuto riesca a dimostrare che non era a conoscenza della disciplina per colpa a lui non imputabile, sottraendosi così all'obbligo risarcitorio.

2.2 Segue: b) il nesso causale

Chi agisce per ottenere il risarcimento del danno, oltre a dare prova della condotta illecita, deve dimostrare che sussiste una connessione tra quest'ultima ed il danno subito.

L'accertamento del collegamento logico-temporale tra la violazione delle norme sulla concorrenza e l'illecito anticoncorrenziale costituisce una delle più rimarchevoli differenze intercorrenti tra il *public* ed il *private enforcement*.

Infatti, l'Autorità può direttamente sanzionare l'impresa che, in seguito all'istruttoria, risulti aver violato le prescrizioni concernenti il diritto della concorrenza.

³¹⁸ R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

³¹⁹ L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Pardolesi – A. Frignani – A. Patroni Griffi (a cura di).

³²⁰ V. MOSCA, *Private antitrust enforcement: accertamento e quantificazione del danno*, *Il diritto industriale*, 5/2010, pp. 457-469. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Pluris*.

In questo caso, infatti, il nesso di causalità non è un presupposto che deve essere provato ai fini dell'applicazione della sanzione, in quanto, quest'ultima, potrà essere comminata anche qualora l'effetto pregiudizievole per il mercato non si sia concretamente prodotto; rileverà solo in sede di quantificazione della sanzione³²¹.

Nell'ambito del *private enforcement*, al contrario, l'attore avrà l'onere di dimostrare la sussistenza di un effettivo collegamento causale tra il danno subito e la violazione.

Altro aspetto sul quale deve essere posto l'accento è che il legislatore europeo non ha mai elaborato una nozione comune di nesso di causalità. Tale lacuna normativa si rileva anche nel Libro Bianco che, come è noto, ha affrontato una serie di importanti questioni relative alla tutela dei soggetti danneggiati da illeciti *antitrust*.

Tuttavia, quantomeno nel panorama civilistico nazionale, il nesso di causalità costituisce la colonna portante della responsabilità extracontrattuale, motivo per il quale è un aspetto che non deve essere sottovalutato.

Indicazioni maggiori relative a questo presupposto devono, pertanto, essere ricercate nella giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Come già anticipato, la Corte di Cassazione ha stabilito l'inscindibilità tra il comportamento anticoncorrenziale ed il contratto a valle, in quanto, proprio attraverso quest'ultimo, si realizza il vantaggio per l'impresa a discapito dei consumatori³²².

Nel caso *Unipol*, i giudici di legittimità hanno rilevato che l'attore deve essere considerato assolto dall'onere di provare il nesso di causalità in caso di giudizi *follow-on*, e quindi quando l'accertamento dell'imputabilità della condotta anticoncorrenziale sia stato già condotto dell'AGCM.

In ogni caso, al giudice è attribuito il potere di stabilire la sussistenza del nesso sulla base di un accertamento basato su «*criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale*»³²³.

La Corte ha, comunque, specificato che al convenuto è sempre concesso il diritto alla prova contraria, discostandosi dai fautori della teoria del "danno in *re ipsa*".

³²¹ V. MOSCA, *cit.*

³²² Cfr. SSUU, 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Pluris*.

³²³ Cfr. Cass. Sez. Un., 2 Febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*, in *Pluris*.

Secondo questi ultimi, infatti, ad ogni violazione del diritto *antitrust* corrisponde, inevitabilmente, un danno nei confronti di uno o più consumatori³²⁴.

È evidente di quanto un sillogismo così costituito non possa essere accolto nel generale ambito del risarcimento del danno, tanto da essere definito dagli stessi giudici della Corte come “*aberrante*”.

Una siffatta teoria è contraria al principio di diritto elaborato dalla Corte di Cassazione nel caso *Axa Assicurazioni*, per cui, ai fini della risarcibilità, non è sufficiente la semplice sussistenza dell’*intesa vietata*, ma è necessario dimostrare in che modo quest’ultima abbia contribuito alla lesione di uno specifico ed autonomo diritto soggettivo proprio del consumatore che ha agito in giudizio³²⁵.

Nella sentenza *Manfredi*, i magistrati di Lussemburgo hanno specificato che la risarcibilità del danno derivante dalla nullità di un’*intesa* può essere garantita solo nel momento in cui viene provato il nesso di causalità.

Un particolare aspetto riconducibile al nesso di causalità è quello relativo al c.d. *umbrella effect*. La definizione di tale fenomeno è stata elaborata dalla Corte di Giustizia, adita per valutare la possibilità, per un’impresa concorrente, di ottenere il risarcimento del danno in seguito alla fissazione di un prezzo -eccessivo- da parte di un cartello³²⁶.

In questo caso, il ragionamento seguito dalla Corte di Giustizia è stato il seguente: il venditore, per determinare il prezzo di vendita, non deve prendere in considerazione dati esclusivamente interni all’azienda, ma anche l’andamento medio dei prezzi di mercato. Pertanto, se a causa di un illecito, i prezzi sono elevati, il venditore non colluso dovrà comunque determinare un prezzo competitivo e, nell’individuare, dovrà necessariamente prendere in considerazione i prezzi fissati dalle imprese che hanno aderito al cartello³²⁷.

La Corte di Giustizia ha quindi riconosciuto la possibilità di agire per ottenere il risarcimento del danno concretamente subito da un’impresa terza al cartello ma che

³²⁴ G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, CEDAM, 2012.

³²⁵ Cfr. Cass. civ. Sez. I, 09 dicembre 2002, *Axa Assicurazioni c. Isvap e Larato*, n. 17475, in Foro.it.

³²⁶ Cfr. GC, 5 giugno 2014, *Kone*, Racc. C-557/12.

³²⁷ C. LOMBARDI, *E piove anche sotto l’ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno e responsabilità*, 7/2014, pp. 710-715. Sottolinea, in ogni caso, che potrebbe concretamente verificarsi un diverso scenario, non analizzato nella sentenza oggetto di quale l’innalzamento dei prezzi in previsione dell’aumento della domanda del bene alternativo a quello coperto dal cartello.

comunque, nelle scelte di mercato, come la definizione dei prezzi, è stata pilotata dal comportamento delle imprese colluse.

Alcuni sostengono che l'essenzialità del ragionamento dei giudici di Lussemburgo deve essere ricercata nella superiore esigenza di garantire l'effettività dell'applicazione della disciplina europea relativa alla concorrenza, dovendosi, pertanto, includere il maggior numero possibile di fattispecie anticoncorrenziali³²⁸.

2.3 Segue: c) il fatto illecito

Come già anticipato, nei giudizi civili instaurati dinanzi l'autorità giuridica nazionale, la parte lesa ha l'onere di provare il perfezionamento della condotta anticoncorrenziale.

Il fatto ingiusto, dunque, rappresenta il terzo ed ultimo presupposto affinché il giudice possa accogliere la domanda di richiesta di risarcimento del danno *antitrust*; nello specifico, deve essere provato che la condotta abbia prodotto effetti dannosi - anche- nei confronti del consumatore attore.

Una siffatta disposizione normativa, per quanto in perfetta armonia con le norme civilistiche nazionali sul risarcimento del danno, ha determinato un forte rallentamento della crescita del *private antitrust enforcement*, non solo in Italia ma anche nella stragrande maggioranza dei Paesi europei.

Ciò che, in concreto, ha causato uno scarso impiego dell'arma più potente per la tutela dei soggetti lesi in tal senso, è stata la consistente asimmetria informativa dei consumatori e delle imprese concorrenti che, rispetto agli autori dell'illecito, non sono dotati di mezzi tali da riuscire ad ottenere informazioni utili da allegare nella richiesta di risarcimento.

La motivazione principale di una siffatta sproporzione deve essere ricercata nei presupposti antiggiuridici delle condotte tipiche del diritto *antitrust*: la riservatezza e la segretezza propri delle intese e dei cartelli, hanno da sempre reso sporadica la richiesta di risarcimento del danno *antitrust*.

Infatti, l'ingente somma di denaro necessaria per riuscire ad ottenere la prova della condotta illecita, ha da sempre scoraggiato i consumatori e le imprese danneggiate a far valere in giudizio la lesione di un proprio diritto soggettivo.

³²⁸ C. MATRANGA, *cit.*

A tal proposito, è possibile segnalare una distinzione tra le azioni autonome, frutto di iniziativa giudiziaria indipendente del consumatore o dell'impresa concorrente lesa, e quelle che, invece, sono una diretta conseguenza di una precedente decisione della Commissione o di una Autorità nazionale.

Non è di certo un segreto, sulla scorta di quanto precedentemente affermato in relazione all'asimmetria informativa, la netta prevalenza delle azioni civili instaurate in un momento cronologicamente successivo rispetto al provvedimento delle Autorità, stante la possibilità, del soggetto leso, di sfruttare come prova della condotta illecita l'accertamento amministrativo.

Nelle così dette azioni *follow-on*, quindi, il contenuto del provvedimento diviene presupposto logico-giuridico dell'azione civile; mentre, le azioni *stand alone* si caratterizzano per il fatto che spetterà al giudice accertare l'avvenuta violazione delle norme *antitrust* ed, eventualmente, ordinare la liquidazione della somma dovuta.³²⁹

In quest'ultimo caso, l'onere della prova sarà decisamente più gravoso per l'attore, che dovrà dimostrare la colpevolezza del ricorrente senza poter sfruttare le risultanze istruttorie già espletate da parte dell'Autorità, nazionale o europea che sia.

2.3.1 Le azioni autonome

Nel silenzio legislativo, la giurisprudenza è sempre stata concorde nel ritenere che i provvedimenti dell'AGCM non costituiscano il presupposto processuale necessario per instaurare un giudizio dinanzi al giudice ordinario per chiedere ed ottenere il risarcimento del danno *antitrust*³³⁰.

Una tale conclusione, peraltro, è conforme all'art. 33, L. 287/90, che non fa alcuna menzione alla pregiudizialità del provvedimento dell'autorità.

In un simile contesto non può operare l'art. 295 c.p.c. a norma del quale il giudice deve dichiarare la sospensione del processo nel caso in cui debba essere decisa una questione pregiudiziale, la cui soluzione potrebbe dipendere, alternativamente, da esso

³²⁹ E. CORAPI, *Danno antitrust e consumatore. Analisi comparatistica della normativa europea in Italia, Francia e Gran Bretagna*, l'articolo è frutto dei temi affrontati al "IV Colloquio biennale dei giovani comparatisti" tenutosi presso L'università Europea di Roma il 30 maggio 2014, in www.comparazionedirittocivile.it.

³³⁰ Cfr. *ex multis* Cass. Civ, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro.it*; Cort. App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giurisprudenza commerciale*; Cort. App. Milano, 29 settembre 1999, in *Diritto Industriale*.

stesso o da un altro giudice. Ciò, poiché l’Autorità garante non rientra nel novero delle autorità giudiziarie.

Per quanto conforme alla disciplina processuale, una simile soluzione potrebbe determinare seri problemi di coordinamento tra le decisioni dell’autorità giudiziaria e dell’Autorità garante.

Parte della dottrina, pertanto, ritiene che il giudice civile debba sospendere il procedimento, *ex art. 295 c.p.c.*, solo quando il provvedimento dell’AGCM sia stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

La *ratio* sottesa al suddetto articolo, deve essere ricercata nell’esigenza che vi sia coerenza fra i giudicati e quindi rileva solo quando la questione oggetto del primo giudizio è, per definizione, pregiudiziale per la soluzione del secondo.

Tuttavia, deve essere rilevato che la pregiudizialità, in questi casi, non opera quando la questione può essere decisa *incidenter tantum* nel procedimento pendente; l’eventualità è solo quella che potrebbe realizzarsi una incompatibilità logica, e non giuridica.

Il motivo principale dell’impossibilità di applicazione dell’art. 295 c.p.c. è rappresentato dal fatto che, nella maggior parte dei casi, i soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo e civile, sono diversi.

Infatti, nei casi in cui due processi si contraddistinguono per parti differenti, in nessun caso le relative decisioni potrebbero far stato nei confronti delle parti dell’altro giudizio. La motivazione è semplice: il contraddittorio non è stato assicurato nei loro confronti, motivo per il quale le reciproche decisioni non possono costituire l’antecedente logico necessario della relativa decisione.

Le azioni *stand alone* hanno quasi sempre un epilogo negativo per l’attore che lamenta di aver subito un danno il quale, nella maggior parte dei casi, è dovuto al perpetrarsi di un abuso di posizione dominante.

In ogni caso si tratta di uno strumento che, a differenza del panorama processuale americano, risulta scarsamente diffuso a causa dell’onere probatorio più rigoroso al quale è sottoposto l’attore che non può avvalersi delle presunzioni, a lui più favorevoli, riconosciute in sede di giudizi *follow-on*. L’analisi sulla colpevolezza potrà essere condotta con il supporto di indizi gravi, precisi e concordanti, *ex art. 2729 c.c.*³³¹

³³¹ V. MOSCA, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, www.federalismi.it, 2/2015.

2.3.2 Le azioni *follow-on*

Il settore delle comunicazioni elettroniche, nell'ultimo ventennio, è stato protagonista di un repentino processo di innovazione. Tutte le più importanti imprese di telefonia, fissa e mobile, hanno iniziato una vera e propria lotta per accaparrarsi l'ambita posizione di *leader* del settore e per arginare, il più possibile, l'ingresso di nuovi concorrenti nel medesimo mercato che, allo stesso modo, avrebbero potuto compromettere la loro posizione di dominio.

Una tale situazione non può che rappresentare un fertile terreno per la consumazione di fattispecie anticoncorrenziali. Infatti, quello delle comunicazioni elettroniche, è il settore nel quale, negli ultimi anni, si è registrata la stragrande maggioranza delle azioni civili instaurate dinanzi al giudice italiano.

Le azioni in questione sono di tipo *follow-on*; la motivazione di questa scelta deve essere ricercata nell'importanza che assume il provvedimento dell'AGCM; l'autorità amministrativa, infatti, è dotata di strumenti tecnici e procedurali più efficaci per condurre un'adeguata attività istruttoria e di ricerca delle informazioni.

Uno dei primi casi di azione *follow-on* è il giudizio di risarcimento che vide come convenuto l'ex monopolista SIP, citata in giudizio da Telesystem.

Quest'ultima, nel caso di specie, lamentava di aver subito dei danni causati da una condotta della SIP che, sfruttando illegalmente la sua posizione dominante, era riuscita ad impedire la diffusione di un nuovo servizio telefonico da parte della società attrice.

La condotta illecita, già accertata dall'AGCM³³², si sostanziò nel mettere a disposizione, con ingiustificato ritardo, delle infrastrutture di rete di proprietà della Sip, essenziali per Telesystem, nonché nel rifiuto di installare alcuni circuiti urbani indispensabili per il nuovo servizio che, quest'ultima, avrebbe dovuto erogare.

La Corte di Appello di Milano, sulla scorta del precedente provvedimento dell'AGCM, condannò SIP al risarcimento del danno consistente nel mancato guadagno di Telesystem in ragione della non erogazione del servizio per la cui preparazione, oltretutto, erano stati sostenuti ingenti investimenti³³³.

³³² Si tratta, nello specifico, del procedimento A71 Telesystem/Sip condotto dall'AGCM nel 1995.

³³³ In un'altra occasione, il giudice ordinario ha accolto la domanda di risarcimento del danno promossa da diversi operatori contro Telecom Italia che, a causa delle sue condotte abusive, aveva impedito il conseguimento di un guadagno connesso all'esclusione dal mercato della fornitura di servizi internet ADSL.

3. Il valore probatorio delle decisioni dell'AGCM prima della Direttiva

La disciplina relativa all'onere della prova nei giudizi civili *antitrust* può essere ricavata da una lettura congiunta dell'ormai lontano Regolamento 1/2003 e della più recente Direttiva del 2014³³⁴.

La questione si veste di una complessità tale da essere stata oggetto, quantomeno in circoscritte situazioni, non solo di decisioni giurisprudenziali, ma anche di specifiche regole contenute in testi legislativi degli Stati membri³³⁵.

La particolarità dell'argomento e il dibattito che si è creato partono da un duplice ordine di considerazioni: da un lato, la propensione verso l'attribuzione di piena prova al provvedimento dell'Autorità avrebbe leso il diritto di difesa del destinatario del provvedimento che, pertanto, avrebbe prodotto effetti "negativi" anche in sede di giudizio civile; dall'altro, non attribuendo alcuna rilevanza al preliminare provvedimento dell'Autorità, il rischio sarebbe stato quello di giungere, non solo a giudizi contrastanti, ma anche e soprattutto al non garantire una tutela effettiva.

Dunque, il legislatore -nazionale ed europeo- nell'ultimo ventennio, è stato chiamato a definire il preciso rapporto intercorrente tra il procedimento amministrativo e quello civile e, nello specifico, in che misura, il giudice ordinario, debba sentirsi vincolato alla precedente decisione dell'Autorità.

Appare evidente di quanto la soluzione a questo problema assume un significato rilevante per le sole azioni *follow-on*, dal momento che l'attore si vedrebbe totalmente spogliato dell'onere di provare la circostanza che si sia effettivamente realizzato un illecito *antitrust*.

Da ultimo, un caso per il quale è stato investito il Tribunale di Milano in una azione *follow-on*, ha visto Vodafone obbligata ad accettare degli impegni ed, invece, condannata al risarcimento TIM e Wind per non aver garantito soluzioni tecniche idonee a ridurre i costi *wholesale* e l'applicazione discriminatoria di tariffe di terminazione mobile in sede di vendita all'ingrosso.

³³⁴ A questi appena citati devono essere aggiunti, per una forma di completezza del quadro dell'onere della prova, anche di una serie di interventi della Commissione. Questi sono stati realizzati mediante tipici strumenti di soft law. Il primo è rappresentato dal Libro Verde del 2005 con il quale vennero individuati meccanismi che avrebbero facilitato l'intervento delle Corti nazionali; più di recente, la Commissione, è intervenuta con il Libro Bianco che ha contribuito a fornire soluzioni legislative in merito alla legittimazione ad agire (anche sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia), alla vincolatività delle decisioni delle autorità nazionali, sul recupero delle spese legali ed, infine, sulle regole per la quantificazione del danno.

³³⁵ È questo il caso della legge antitrust tedesca che ha sostanzialmente anticipato la posizione mantenuta dal legislatore europeo nella redazione della più recente Direttiva in tema, andando a conferire, al precedente provvedimento dell'Autorità garante interna di prova vincolante, purché si tratti di atto vincolante.

Il giusto compromesso individuato dal legislatore europeo, al tempo del Regolamento 1/2003, fu quello di stabilire la piena vincolatività delle sole decisioni della Commissione, nulla stabilendo, tra l'altro, rispetto al peso che avrebbero dovuto rivestire le decisioni delle Autorità nazionali.

Nello specifico, neanche l'art. 33, L. 287/90, contiene -e quindi conteneva- una disciplina specifica relativa al valore probatorio da attribuire al provvedimento dell'AGCM in sede di giudizi civili di nullità o di risarcimento del danno.

Una soluzione doveva essere individuata in quanto, a norma dell'art. 2697 c.c., l'azione risarcitoria presuppone che l'attore debba provare il concreto dispiegarsi dell'illecito e per di più, ex artt. 2056 e 1223 c.c., viene richiesto al danneggiato di dimostrare che il pregiudizio subito sia diretta conseguenza della condotta anticoncorrenziale, stante l'impossibilità di applicare la teoria dell'effetto pregiudizievole *in re ipsa*.

D'altro canto, però, l'attore non poteva essere caricato di un onere che, sulla base degli ordinari strumenti investigativi, non era realizzabile, in ragione del fatto che le pratiche anticompetitive sono difficilmente individuabili, stante le circostanze segrete nelle quali concretamente si eseguono e la necessità di condurre analisi di mercato che richiedono conoscenze tecniche specifiche.

Dunque, nel silenzio non solo del Regolamento, ma anche della legge italiana, rivestirono un ruolo centrale le decisioni giurisprudenziali delle Corti domestiche, i cui giudici, infatti, si videro costretti a sopperire alle relative lacune legislative dei testi di riferimento.

Infatti, la Cassazione, già nel 2009, aveva conferito al provvedimento dell'AGCM valore di prova privilegiata, ovvero di evidenza che, almeno *prima facie*, fosse testimone di una violazione delle norme a tutela della concorrenza³³⁶.

³³⁶ Cort. Cass, sez. I, 13 febbraio 2009, *A.N.C.L. - Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro c. Inaz Paghe S.R.L.*, n. 3640, in *Pluris*: «Nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le decisioni del Giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie».

Appare evidente l'importanza che, a partire da quel momento, ha rivestito il provvedimento dell'AGCM in sede di giudizi civili seguenti ad un illecito *antitrust*.

Date le premesse, infatti, è stato permesso ai consumatori ed alle imprese concorrenti danneggiate di approcciarsi in modo diverso alle azioni di nullità e di risarcimento, *ex art. 33, L. 287/90*; in particolare, era stato eliminato il grande scoglio probatorio che non aveva mai permesso di prendere in considerazione l'idea di un giudizio per timore di non essere in possesso delle informazioni necessarie per l'accoglimento della domanda.

Risultano necessarie alcune specificazioni; la Corte, nella stessa sentenza, ha precisato che nel giudizio civile dovevano confluire le ricostruzioni del fatto dell'AGCM le quali, quindi, avrebbero provato la sussistenza dell'illecito *antitrust*.

Infatti, non poteva essere completamente escluso il diritto delle controparti a difendersi; ciò avrebbe potuto comportare un accertamento del fatto, questa volta condotto in sede civile, diverso rispetto a quello dell'Autorità.

Sulla base di tali conclusioni, dunque, il provvedimento dell'AGCM, ancorché confermato dai giudici amministrativi, non costituisce il presupposto per l'istaurazione del giudizio civile. Allo stesso tempo, sarebbe del tutto irragionevole escludere l'utilizzabilità di quest'ultimo soprattutto se l'oggetto dei procedimenti risulta essere il medesimo.

Una regola così formulata, anche se non contenuta in un testo legislativo, permette di assurgere al principio di economia processuale stante la possibilità di accogliere *de plano* il provvedimento dell'AGCM tra gli elementi probatori sui quali il giudice può fondare la sua decisione³³⁷.

Del resto, nella sentenza *Fonsai* di qualche anno prima, le Sezioni Unite avevano confermato la complementarità tra il *public* e del *private enforcement* specificando che, la sinergia tra questi due strumenti, garantisce un accrescimento dell'efficacia complessiva del diritto *antitrust*.

Per tale motivo, dunque, si consolidò in giurisprudenza l'orientamento secondo cui il provvedimento del Garante dovesse assumere una «*elevata attitudine probatoria, tanto*

³³⁷ F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, *Il Diritto Industriale*, 3/2016, pp. 252-264.

con riferimento all'accertamento della condotta anticoncorrenziale quanto con riferimento alla idoneità di procurare un danno ai consumatori»³³⁸.

Pertanto, l'impresa sanzionata non poteva mettere in discussione i fatti costitutivi della violazione rilevati dall'Autorità sulla base delle stesse argomentazioni o dello stesso materiale probatorio presentato in sede di procedimento amministrativo.

Dunque, era necessario che il convenuto estendesse il *thema decidendum* adducendo diversi comportamenti o situazioni tali da escluderlo dalla partecipazione all'intesa illecita.

L'attore assolveva all'onere di provare la condotta anticoncorrenziale presentando al giudice civile il provvedimento dell'AGCM ed il contratto stipulato con il quale, l'illecito veniva portato realmente a compimento.

Con tale decisione, quindi, la Corte di Cassazione si è spinta fino ad analizzare aspetti relativi al nesso di causalità. Infatti, l'allegazione dei documenti menzionati, non solo dimostrerà la concreta realizzazione del fatto anticoncorrenziale illecito, ma anche l'esistenza del nesso tra l'illecito ed il danno lamentato, sulla scorta di un criterio di alta probabilità logica³³⁹.

Dunque, con prova privilegiata deve intendersi «*l'elevata attitudine probatoria del provvedimento dell'autorità garante nel giudizio civile con riferimento sia all'accertamento della condotta anticoncorrenziale, sia all'idoneità a procurare un danno ai consumatori*»³⁴⁰.

Le falle di questo orientamento erano tante.

Prima fra tutte, il provvedimento dell'AGCM non sempre ha carattere definitivo, stante la possibilità dei soggetti legittimati a poterlo impugnare dinanzi il giudice amministrativo, il quale, infatti, potrebbe anche decidere per l'annullamento dello stesso, facendo cadere l'impianto probatorio sul quale si fonda l'azione *follow-on* di risarcimento del danno.

Per di più, una forte delimitazione al diritto alla prova contraria, unito alla semplice qualifica di presunzione probabilistica del nesso di causalità poteva determinare un

³³⁸ Cass. Civ., sez. I, 30 maggio 2014, n. 12186, in *Pluris*. Nella stessa sentenza viene ribadito (cfr. Cass, 22 maggio 2013, n. 12551) che *non è possibile distinguere tra danno arrecato alla generalità dei consumatori e danno arrecato al consumatore*. Dunque, l'accertamento della violazione avviene in modo antitetico rispetto al principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*.

³³⁹ Tale criterio è stato per la prima volta citato dalla Corte nella sent. n. 2305 del 2 febbraio 2007.

³⁴⁰ C. FRATIA, *cit.*

concreto contrasto con i principi del giusto processo sanciti, non solo dalla nostra Costituzione, ma anche dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. A ciò si deve aggiungere l'impossibilità di ammettere il danno *in re ipsa*, in quanto contrario all'art. 2043 c.c.

Infine, non tutti gli atti sono concretamente producibili in giudizio; ad esempio, ciò accade quando l'oggetto illecito della condotta non sia rappresentato da un servizio bensì della vendita di un bene di consumo, attività che non presuppone la sottoscrizione di un contratto³⁴¹.

3.1 Il superamento della prova privilegiata

La definizione di prova privilegiata, attribuita al provvedimento dell'AGCM da parte della Corte di Cassazione, è stata superata a seguito dell'approvazione della Direttiva 2014/104/UE.

Tale intervento normativo, come si avrà modo di constatare, si inserisce in un percorso già parzialmente tracciato dalle Corti domestiche e da alcune previsioni normative statali³⁴².

Infatti, l'art. 9, co. 1, della Direttiva stabilisce che gli Stati Membri devono provvedere affinché la decisione, divenuta ormai definitiva, delle autorità nazionali o di un giudice del ricorso «sia ritenuta [...] 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».

Invece, il secondo comma si occupa delle decisioni adottate da un'autorità di un diverso Stato Membro. Queste ultime assumeranno, nei giudizi dinanzi al giudice nazionale, titolo di prova *prima facie* della concreta violazione del diritto della concorrenza, con la possibilità che possa essere valutata insieme alle altre prove eventualmente addotte dalle parti.

Posto che la Direttiva ha ad oggetto le violazioni della disciplina *antitrust* degli Stati Membri e dell'Unione Europea, la finalità è quella di armonizzare le legislazioni nazionali

³⁴¹ C. FRATIA, *cit.*

³⁴² A questi, deve essere aggiunto anche il Libro Bianco con il quale, la Commissione, aveva già auspicato un intervento definitivo del legislatore europeo per attribuire alle decisioni delle autorità nazionali un *effetto simile* a quelli della Commissione, in sede di giudizio civile.

affinché venga resa effettiva la certezza del diritto al risarcimento del danno e la relativa efficienza procedurale³⁴³.

Un'applicazione disomogenea del diritto della concorrenza, infatti, costituisce un vero e proprio vantaggio per tutte quelle imprese che hanno violato gli artt. 101 e 102 TFUE; le diverse modalità nelle quali, concretamente, vengono ad essere applicate le norme *antitrust* dai singoli Stati rappresentano una fonte di grave incertezza dell'impianto normativo della concorrenza.

Il principio di leale collaborazione, previsto all'art. 4, par. 3, TUE, rappresenta un punto nodale per una più corretta ed efficace applicazione delle nuove disposizioni relative al *private enforcement*.

Infatti, in sede di applicazione delle norme sulla concorrenza, ai giudici nazionali deve essere attribuito un ruolo tanto importante quanto quello delle Autorità garanti anche se queste ultime, nella maggior parte dei casi, intervengono per prime nei casi di violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Un simile riconoscimento, concorre a rendere più efficiente il sistema di *enforcement* considerato nella sua interezza. Il giudizio di risarcimento del danno, ancorché certo da un punto di vista probatorio, rappresenta un vero e proprio deterrente per tutte le imprese che ricorrono a comportamenti illeciti per ottenere un guadagno, a discapito dei propri concorrenti e dei consumatori.

Tuttavia, affinché questo obiettivo possa essere concretamente raggiunto, gli Stati Membri devono conformarsi al principio di equivalenza e di efficacia, al quale la Direttiva dedica l'art. 4, secondo cui le discipline nazionali non possono essere formulate così da rendere difficile o concretamente impossibile l'azione di risarcimento del danno o comunque tali da essere meno favorevoli rispetto alle tipiche azioni nazionali simili.

Il legislatore italiano si è conformato alle prescrizioni europee, infatti, l'art. 7, co. 1, D. Lgs. 3/2017, ha stabilito che ai fini dell'azione per il risarcimento del danno deve ritenersi definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto antitrust accertata dall'AGCM.

Le decisioni dell'AGCM, ormai, non assurgono più al semplice ruolo di prova privilegiata; esse costituiscono un elemento giuridicamente vincolante per il magistrato

³⁴³ G. PITRUZZELLA, *cit.*

che esamina la domanda di risarcimento del danno *antitrust*, non potendo, tra l'altro, mettere in discussione ciò che è stato precedentemente stabilito.

Tuttavia, la medesima decisione dell'autorità garante, così come si evince sia dal silenzio dell'art. 7, D. Lgs. 3/2017, che dall'art. 9, co.1, della Direttiva, ha un effetto diverso a seconda che venga prodotta dinanzi al giudice civile dello stesso o di un diverso Stato Membro, restando ferma la vincolatività delle decisioni della Commissione a norma dell'art. 16, Regolamento n. 1/2003³⁴⁴.

L'elemento più critico della Direttiva, nonché del Decreto di recepimento, è rappresentato proprio dalla disparità del valore probatorio attribuito alle decisioni delle autorità domestiche e di quelle straniere. Il testo originario non prevedeva tale distinzione, tuttavia, in sede di approvazione definitiva del testo della Direttiva, si è raggiunto tale compromesso, più per ottenere la maggioranza necessaria per l'approvazione del testo che per una valida *ratio*.

Ad ogni modo, anche se una decisione è stata impugnata, assumerà la definizione di provvedimento definitivo in relazione alle sole parti che non sono oggetto di un ulteriore giudizio; se, ad esempio, l'impugnazione ha ad oggetto la sola quantificazione della sanzione, il giudice sarà vincolato agli accertamenti relativi alla commissione dell'illecito.

In un primo momento, si potrebbe ritenere che i provvedimenti dell'AGCM, non divenuti ancora definitivi in quanto soggetti al vaglio del giudice amministrativo, possano essere utilizzati come prova privilegiata. Tuttavia, una conclusione di tale portata andrebbe a contrastare con il principio di effettività, per cui la soluzione preferibile sarebbe quella di disporre la sospensione del giudizio in attesa del giudizio di impugnazione.

La contestazione "*definitivamente accertata*", dunque, non può più essere messa in discussione nei suoi quattro elementi essenziali.

³⁴⁴ In merito a queste ultime, il principio di leale collaborazione si realizza mediante la consegna degli atti dell'indagine posta in essere dalla Commissione a favore delle autorità nazionali che hanno iniziato la loro analisi formale della quale ne hanno già dato comunicazione alla Commissione stessa, comunque al massimo entro trenta giorni prima dell'adozione definitiva di una decisione con la quale si ordina la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria. Il mancato rispetto di tale procedura comporta la possibilità che sia oggetto di impugnazione del provvedimento.

Il primo fra questi è rappresentato dalla *natura della violazione*, per cui il giudice civile non potrà modificare la qualificazione giuridica del fatto; sarà, tuttavia, possibile procedere all'integrazione della medesima, potendo il magistrato accertare, ad esempio, la violazione di un'altra disposizione che, pertanto, si aggiungerà a quella relativa al diritto *antitrust*.

Il secondo elemento è rappresentato dalla *portata materiale* della violazione: solo le condotte, sia nel loro accertamento negativo che positivo, prese in considerazione dall'autorità garante nazionale, si intenderanno provate, anche dinanzi il giudice civile. Eventuali circostanze, per quanto connesse a queste ultime, dovranno essere oggetto di nuova e diversa valutazione da parte dell'AGO.

Ancora, il riferimento alla *portata personale* implica che solo per le imprese, nei cui confronti il provvedimento produce i suoi effetti, la decisione dell'autorità assumerà valore di prova della condotta illecita. Non è, infatti, possibile estenderne il relativo effetto vincolante alle imprese che, nel provvedimento, non sono specificatamente menzionate.

L'ultimo elemento è costituito dalla *portata temporale*, con ciò intendendosi che il giudice potrà valutare l'ammontare del risarcimento considerando unicamente il tempo in cui il provvedimento ne conferma l'infrazione. Nel caso in cui la domanda faccia riferimento ad un arco temporale differente, l'attore dovrà produrre le prove che, quindi, saranno esaminate e prese in considerazione dal giudice civile³⁴⁵.

4. I programmi di clemenza e le decisioni con impegni a confronto nel giudizio civile

L'art. 14-ter, L. 287/90, introdotto dal decreto Bersani, attribuisce alle imprese la possibilità, entro 3 mesi dalla notifica dell'istruttoria condotta dall'AGCM nei loro confronti, di presentare degli "impegni" volti a far venire meno gli effetti di eventuali condotte anticoncorrenziali, oggetto di verifica da parte dell'autorità.

³⁴⁵ I quattro elementi relativi alla decisione definitivamente accertata sono stati analizzati da I. TACCANI, *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali*, F. Munari – C. Cellerino (a cura di), Aracne editrice, 2016.

L'AGCM, valutata l'idoneità degli impegni, può renderli obbligatori; in questo modo, il procedimento verrà concluso senza una decisione formale che, dunque, non attesta la realizzazione di un'infrazione del diritto *antitrust*³⁴⁶.

Tale disposizione è di evidente matrice comunitaria; infatti, il Regolamento 1/2003, all'art. 9, già prevedeva la possibilità per la Commissione di adottare delle decisioni con impegni³⁴⁷. La *ratio* sottesa è, indubbiamente, quella di semplificare la soluzione dei casi e permettere, nel più breve tempo possibile, la rimozione di tutte quelle condotte che potrebbero, anche solo eventualmente, arrecare un danno al mercato, comunitario e nazionale.

I c.d. programmi di clemenza regolati dall'art. 15, co. 2-*bis*, L. 287/90, invece, sono degli strumenti necessari, per le Autorità, ad ottenere informazioni rilevanti per scoprire ed, eventualmente, sanzionare nuovi cartelli.

A tal proposito, viene attribuito all'AGCM il potere di ridurre l'ammontare della pena amministrativa pecuniaria ed, in alcuni casi, escluderla *in toto*, qualora, un'impresa, coinvolta in una condotta anticoncorrenziale, contribuisca alla scoperta dei c.d. *hardcore cartels*, sia orizzontali che verticali³⁴⁸.

La differenza tra le decisioni con impegni ed i *leniency programs* sta nell'attitudine probatoria del relativo provvedimento emanato dall'AGCM. Solo per questi ultimi, infatti, non vi è alcun dubbio sull'essenziale peso probatorio –fino ad essere considerato prova privilegiata- che le dichiarazioni confessorie rivestono nell'eventuale giudizio civile instaurato.

³⁴⁶ In ogni caso l'AGCM, qualora gli impegni presentati dalla stessa impresa non siano rispettati, potrà irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria corrispondente al 10% del fatturato. Il procedimento, inoltre, potrà essere riaperto qualora venga a modificarsi la situazione di fatto che aveva determinato l'accettazione degli impegni; se le imprese contravvengono alle prescrizioni; ed, infine, se le informazioni che sono state trasmesse alle parti sono incomplete o fuorvianti.

³⁴⁷ La Commissione deve giustificare la sua decisione sulla base di un'analisi di mercato; in ogni caso, deve individuare la potenziale infrazione.

³⁴⁸ La legge richiede la verifica di alcuni presupposti come condizione di accesso ai programmi di clemenza: innanzitutto deve essere considerata la tempestività con la quale un'impresa decide di collaborare con l'autorità. Solo la prima, infatti, otterrà una esenzione totale dalla sanzione. La seconda e la terza, invece, possono ottenere uno sconto che non può comunque essere superiore al 50% della pena pecuniaria. La seconda condizione è che le informazioni debbano avere una certa importanza probatoria, con ciò si deve intendere che le stesse devono essere rilevanti per l'accertamento dell'infrazione; l'autorità non deve già disporre di informazioni utili per l'individuazione dell'illecito. Terza ed ultima condizione è che l'impresa che intende collaborare, deve mettere fine a qualsiasi condotta illecita e deve fornire immediatamente tutte le informazioni riguardanti il cartello nel momento in cui ne viene in possesso, deve essere sempre disponibile a qualsiasi richiesta di collaborazione dell'autorità ed infine deve astenersi dal distruggere, alterare o celare informazioni rilevanti.

Sebbene non possano essere sollevate questioni interpretative circa la natura probatoria delle confessioni, un primo scoglio che il privato potrebbe incontrare nel suo cammino processuale verso il risarcimento, è rappresentato dall'impossibilità di accedere alla documentazione concernente i programmi di clemenza.

Nel celebre caso *Pfleiderer*³⁴⁹, un soggetto danneggiato da pratiche anticoncorrenziali aveva a disposizione come unica prova del fatto illecito il fascicolo dell'autorità procedente. Con il medesimo, oltretutto, il giudice *a quo*, avrebbe avuto le informazioni necessarie e sufficienti per poter quantificare il danno subito.

Per la prima volta, in quell'occasione, alla Corte di Giustizia venne sottoposta la delicata questione relativa alla possibilità di ottenere la disponibilità degli atti raccolti dell'autorità.

I giudici di Lussemburgo stabilirono che non può essere precluso il diritto di accesso nei confronti dei soggetti che vogliono agire per il risarcimento. Al silenzio delle disposizioni europee, avrebbero dovuto sopperire le norme domestiche con le quali il legislatore deve stabilire le condizioni di accesso, comunque nel rispetto della legge nazionale applicabile e del principio europeo di effettività.

Nel successivo caso *Donau Chemie*³⁵⁰, la Corte, sulla scia della precedente giurisprudenza, ha chiarito che una disposizione nazionale richiedente l'accordo di tutte le parti coinvolte per l'accesso al fascicolo relativo al procedimento concluso con il programma di clemenza, è vietata dal diritto UE. Una simile regola, infatti, permetterebbe a chi viola il diritto della concorrenza di evitare di essere chiamato in giudizio.

Il Programma nazionale, all'art. 10-*bis*, stabilisce che solo i partecipanti al cartello possono ottenere dichiarazioni confessorie, solo dopo l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie. Il dato interessante è che all'attore non è attribuito lo stesso potere di accesso alla documentazione relativa ai programmi di clemenza³⁵¹.

È evidente di quanto una simile disciplina, pur violando il diritto di difesa del danneggiato, miri a preservare l'efficienza dei programmi di clemenza che rappresentano un vero e proprio supporto per l'AGCM alla lotta contro i cartelli segreti.

³⁴⁹ CG, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, C-360/09.

³⁵⁰ CG, 6 giugno 2013, C-536/11.

³⁵¹ A tal riguardo cfr. http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/Cap2_4_2013.pdf/download.html.

Le decisioni con impegni, invece, contrariamente a quanto appena detto per i programmi di clemenza, basati su dichiarazioni autoaccusatorie, non hanno alcun valore probatorio.

Tuttavia, parte della dottrina, pronunciandosi sulla natura giuridica della decisione, si è discostata dall'idea secondo la quale questa non possa essere utilizzata come prova dell'illecito nel giudizio civile³⁵².

Ad una simile conclusione sono giunti gli autori che equiparano la decisione con impegni alla sentenza di patteggiamento, la quale, secondo le Sezioni Unite penali, anche se non può essere equiparata ad una sentenza di condanna, esonera la controparte dall'onere della prova.

Tuttavia, una simile interpretazione non può essere accolta dal momento che il rito speciale, *ex art. 444 c.p.p.*, ha ad oggetto un fatto che si presuppone essere già accaduto; mentre, l'impegno, per sua natura, non implica l'avvenuta violazione del diritto *antitrust*, con conseguente lesione alla concorrenza, bensì una semplice preoccupazione per un comportamento che, se mantenuto nel tempo, potrebbe provocare un'alterazione del corretto funzionamento del mercato³⁵³.

Pertanto, in nessun caso, la proposta delle imprese di attenersi a specifiche regole di condotta e di mantenere determinati impegni, può rappresentare un'ammissione di colpevolezza.

Anche la giurisprudenza nazionale, in un primo momento, si è vista favorevole ad all'utilizzazione, da parte dei privati nel giudizio civile, delle decisioni con impegni come prova di un illecito *antitrust*. Infatti «*l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della concorrenza*»³⁵⁴.

I giudici amministrativi hanno precisato che non deve essere fatto un uso parsimonioso delle decisioni con impegni, in ragione del fatto che esse rappresentano un valido strumento probatorio per il privato che vuole far valere in giudizio la lesione di un proprio diritto soggettivo.

³⁵² M. LIBERTINI, *Le decisioni con "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2006.

³⁵³ L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè Editore, 2012.

³⁵⁴ Cfr. TAR Lazio, 19 maggio 2011, n. 3964, in C. FRATIA, *cit.*

Tuttavia, la decisione in esame, è stata successivamente riformata dal Consiglio di Stato, i cui giudici hanno chiarito che gli impegni non devono essere considerati come uno strumento previsto a difesa del privato, bensì come un mezzo rapido ed efficace per evitare distorsioni del mercato³⁵⁵.

Per cui, l'attore non potrà utilizzare le decisioni con impegni; egli sarà gravato dell'onere di provare la condotta illecita, il danno subito ed il nesso causale.

A differenza di quanto accade in un processo civile, nel quale il giudice è obbligato a decidere circa la colpevolezza o meno delle imprese convenute, l'accoglimento degli impegni si basa sull'eventualità che possano migliorare l'efficienza del mercato, eliminando tutte le perplessità che avevano ingenerato la necessità di apertura dell'istruttoria.

Un provvedimento così definito, dunque, almeno *prima facie*, risulta inidoneo a dimostrare la natura della condotta, lecita o illecita che sia, della quale, infatti, la decisione con impegni nulla ha stabilito sull'eventuale responsabilità; in un simile scenario, il privato danneggiato non può che affidarsi ad una azione *stand alone*.

Il Tribunale di Milano, da ultimo, ha ritenuto che la decisione con impegni, unita alla comunicazione delle istanze istruttorie, possa essere utilizzata dal giudice civile per trarre indizi sulla sussistenza della violazione e della responsabilità dell'impresa, specificando che, in ogni caso, tali elementi, dai quali si può ricavare una colpevolezza, seppur eventuale, devono essere confermati da ulteriori elementi acquisiti in giudizio³⁵⁶.

Tale documentazione, dunque, potrà essere utilizzata come mero supporto alla tesi dell'attore. A questo punto, il giudice potrà, *ex art. 213 c.p.c.*, fare richiesta alla pubblica amministrazione di esibire documenti ed atti necessari per il procedimento.

5. I poter istruttori del giudice

Una delle fondamentali differenze che intercorre tra il *private* ed il *public enforcement* riguarda i poteri istruttori di cui godono, rispettivamente, l'autorità giudiziaria ed amministrativa.

³⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez VI, 22 settembre 2014, n. 4773. Nota a sentenza di F. M. BALESTRA, R. TREMOLADA.

³⁵⁶ Trib. Milano, ord., 20 maggio 2011, n. 5997.

Infatti, l'AGCM, *ex art.* 10, co. 4, L. 287/90, ad esempio, ha il potere di richiedere ed ottenere informazioni necessarie per l'adempimento delle sue funzioni, non solo alle pubbliche amministrazioni e dagli enti di diritto pubblico, ma anche agli organi europei a norma del diritto comunitario.

Invece, ai sensi dell'art. 12 del medesimo testo di legge, l'autorità può condurre, d'ufficio o su richiesta del Ministero dell'economia, indagini conoscitive aventi ad oggetto i settori economici nei quali si ritiene che si stia consumando l'illecito.

Ed ancora, l'art. 14, L. 287/90, stabilisce che l'AGCM, qualora a seguito di comunicazione di intese, ritenga che la concorrenza potrebbe venire ad essere falsata, impedita o ristretta, notificherà alle imprese interessate l'apertura dell'istruttoria, durante la quale potrà richiedere ai soggetti, in qualunque modo in possesso di dati rilevanti, di esibire le informazioni; l'ingiustificata inottemperanza a questo ordine di esibizione, autorizza l'autorità a comminare una sanzione pecuniaria amministrativa.

Nell'ambito del *private enforcement*, invece, gli strumenti di cui dispone il magistrato sono esclusivamente quelli indicati dalla nuova Direttiva 104/2014, recepita attraverso il D. Lgs. 3/2017 che fa un richiamo ai mezzi istruttori del codice di rito, primo fra i quali, l'ordine di esibizione, *ex art.* 210 c.p.c.

Il giudice può ordinare alla parte o al terzo di esibire tutti i documenti necessari al processo; il presupposto è che tale ordine di esibizione abbia ad oggetto i soli atti che non potevano, in nessun modo, essere acquisiti dalla parte interessata.

L'ordine può riguardare solo documenti specificatamente indicati dalla parte che ne ha fatto formale richiesta; in nessun caso, potranno essere assunte al procedimento informazioni generiche, ma solo quelle proporzionate alla decisione, così come richiesto dall'art. 3, D. Lgs. 3/2017, e mai documenti riguardanti informazioni sensibili.

Infatti, a tal proposito, è richiesto che siano disposte efficaci misure a tutela del soggetto nei cui confronti tale informazioni si riferiscono, soprattutto se si tratta di dati confidenziali. In quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 211 c.p.c., il terzo potrà opporsi in giudizio all'ordine di esibizione, qualora una divulgazione di informazioni, anche se rilevante per il processo, possa pregiudicare i propri diritti.

Invece, l'art. 4, co. 1, dello stesso decreto legislativo, specifica che il giudice potrà ordinare l'esibizione di prove contenute nel fascicolo dell'AGCM, solo all'esito del procedimento pubblico, «*quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di*

fornire tale prova»; il co. 5 specifica che l'ordine non può avere ad oggetto informazioni legate ad un programma di clemenza o proposte di transazione.

In caso di mancato assolvimento all'ordine, non sono previste forme di esecuzione coattiva del mezzo istruttorio; tuttavia, qualora il rifiuto sia ingiustificato, il giudice potrà comminare una sanzione pecuniaria, a norma dell'art. 6, D. Lgs. 3/2017.

Sembra essenziale specificare che tale mezzo istruttorio non può, in nessun caso, supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova posto a carico della parte richiedente³⁵⁷.

L'art. 213 c.p.c., invece, attribuisce al giudice il potere di richiedere direttamente all'amministrazione atti e documenti necessari al processo. Tale mezzo istruttorio, tuttavia, può essere esperito solo qualora la parte interessata non sia riuscita ad ottenere le informazioni rilevanti per il caso.

Gli atti relativi al procedimento amministrativo, possono essere richiesti solo alla chiusura dello stesso; tutti gli altri, ad eccezione dei documenti relativi alle dichiarazioni di *leniency*, potranno essere richiesti senza alcuna limitazione temporale³⁵⁸.

Infine, l'ultimo mezzo istruttorio rilevante per i giudizi di risarcimento del danno *antitrust*, è la consulenza tecnica d'ufficio.

Indubbiamente, per la specificità e per l'elevata competenza tecnica richiesta per acquisire ed elaborare i dati relativi ad una potenziale o concreta violazione delle norme della concorrenza, questo è il mezzo istruttorio più ricorrente nei giudizi civili di specie innanzi al Tribunale delle imprese. È essenziale, non solo per l'identificazione dei presupposti richiesti per la configurazione della condotta illecita, ma anche e soprattutto per la quantificazione del danno.

Concludendo, la giurisprudenza antecedente al D. Lgs. 3/2017, ha sottolineato la necessità di interpretare estensivamente le norme processuali così da garantire il raggiungimento dell'obiettivo di *«una corretta attuazione del diritto della concorrenza»*, in ragione dell'evidente asimmetria informativa esistente tra le parti in merito all'accesso alla prova³⁵⁹.

³⁵⁷ L. TRAMONTANO, *Codice di procedura civile*, Piacenza, 2015. Cfr. sent. Trib. Milano, 23 giugno 2014, *Eutelia/Telecom Italia*, nella quale il giudice ha respinto la richiesta di esibizione poiché la parte attrice non aveva fornito nessun dato che potesse soddisfare il principio di ordine probatorio, tale da giustificare l'esperimento del mezzo istruttorio.

³⁵⁸ V. MOSCA, *cit.*

³⁵⁹ Cfr. Cass. Civ, sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *Pluris*.

6. Il *passing-on*

In base a criteri di razionalità economica, gli effetti dannosi delle condotte anticoncorrenziali si trasferiscono da un operatore economico all'altro, lungo la catena produttiva o distributiva, fino ad essere sofferti integralmente o parzialmente dal c.d. consumatore finale.

Tale fenomeno, definito come traslazione del danno, ha conseguenze particolarmente rilevanti sia dal punto di vista procedurale, in quanto influisce sulla legittimazione attiva e passiva, sia da un punto di vista sostanziale, andando a toccare anche il profilo della quantificazione del danno.

Il *passing-on*, può rivestire un duplice ruolo in sede di giudizio civile.

Infatti, la sua funzione offensiva si estrinseca quando l'acquirente indiretto, che ha subito il danno a causa del trasferimento del sovrapprezzo, agisce nei confronti dell'autore dell'illecito anticoncorrenziale. In questo modo, viene assicurato che il risarcimento venga concesso a favore del soggetto che ha effettivamente sofferto il danno e non, invece, a favore dell'acquirente diretto che ha traslato il sovrapprezzo³⁶⁰.

In questi casi, a norma dell'art. 12, co. 1, D. Lgs. 3/2017, l'onere della prova è in capo all'attore, il quale «*deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento, anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi*».

Il suddetto articolo, al co. 2, stabilisce una presunzione semplice a favore dell'acquirente indiretto il quale, piuttosto che ricostruire i singoli passaggi, può limitarsi a dimostrare che il convenuto abbia commesso una violazione del diritto della concorrenza, che da quest'ultima sia derivato il sovrapprezzo e che l'attore abbia acquistato, indirettamente, i beni o servizi oggetto della condotta illecita.

Ovviamente, è fatto salvo il diritto del convenuto a fornire prova contraria.

Su un altro versante, la traslazione del danno può rivestire un ruolo difensivo; ciò accade quando essa venga opposta, come eccezione, dall'impresa convenuta dall'acquirente diretto.

A tal proposito, può essere utile prendere in considerazione uno dei pochi esempi pratici che vede come protagonista la società sportiva Juventus, convenuta in giudizio da

³⁶⁰ L'acquirente diretto, qualora non fosse previsto l'istituto del *passing-on*, dopo aver traslato il sovrapprezzo, realizzerebbe un arricchimento senza causa.

un'agenzia di viaggi con la richiesta di risarcimento per un abuso di posizione dominante³⁶¹.

La Corte d'Appello di Torino, ritenne che l'attore fosse privo di legittimazione, avendo concorso a traslare il danno a terzi, cioè ai consumatori finali.

7. La quantificazione del danno

Ai sensi dell'art. 14 del recentissimo D. Lgs. 3/2017, con il quale l'Italia ha recepito la Direttiva 2014/104, il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza si determina secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

Dunque, ai fini del risarcimento da illecito *antitrust* il giudice deve tener conto del danno emergente, del lucro cessante, dei relativi interessi maturati e della eventuale diminuzione per il concorso colposo del danneggiato, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di effettuare una valutazione equitativa³⁶².

Sebbene, *prima facie*, il rinvio ai tradizionali criteri di quantificazione appaia semplice, così non è, poiché, nel panorama concorrenziale, le dinamiche finanziarie e di mercato che influenzano il guadagno -ottenuto o mancato- di un'impresa sono quantitativamente superiori e qualitativamente più complesse di quelle dell'illecito aquiliano di diritto comune.

Per quanto concerne la quantificazione del danno emergente, ovvero della diminuzione del patrimonio del danneggiato³⁶³, non si rinvencono particolari difficoltà.

Rientrano nella sottocategoria del danno emergente tutti quegli elementi genericamente identificati come “voci di spesa”³⁶⁴, quali i costi sostenuti per acquisire elementi di prova del fatto illecito, per limitarne gli effetti negativi, i costi di perizie o di analisi di mercato svolte da consulenti esterni all'impresa³⁶⁵.

³⁶¹ Cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l./Juventus FC s.p.a.* In particolare, l'attore lamentava di aver subito un'imposizione gravosa per la vendita di biglietti di una partita calcistica.

³⁶² Di ulteriore, rispetto alle regole comuni, vi è la presunzione, fino a prova contraria dell'autore della violazione, dell'esistenza del danno cagionato da un cartello (art. 14, co.2).

³⁶³ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *cit.*

³⁶⁴ P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

³⁶⁵ Nello specifico, cfr. App. Roma, 31 marzo 2008, *International Broker*, nella quale si legge che nel danno emergente si computano anche “*le spese sostenute nella fase podromica al procedimento dinanzi alla ACGM e in quella che si è svolta dinanzi all'autorità ora indicata*”.

Più complessi risultano, invece, i profili del lucro cessante e della perdita di *chance*, la cui determinazione si ottiene, come è noto, mediante un giudizio controfattuale, che mette a confronto la situazione risultante dalla commissione dell'illecito con una situazione ipotetica nella quale l'illecito non è stato commesso.

Generalmente, all'esito della comparazione, il lucro cessante risulta essere l'utile che il soggetto danneggiato avrebbe realizzato con gli affari sottrattigli dalla condotta anticompetitiva.

Il pericolo, però, in un giudizio prognostico di questo tipo, è quello di non prendere in considerazione altre cause, che sono ulteriori rispetto all'illecito, dalle quali è possibile che sia derivata la diminuzione dei ricavi dell'impresa; si pensi, ad esempio, ad una gestione inefficiente dell'impresa, ad un mutamento delle condizioni del mercato, ad una crisi economica nazionale³⁶⁶.

Al fine di evitare che circostanze diverse dalla condotta illecita possano distorcere i dati utili per la quantificazione del lucro cessante, la Commissione Europea, in uno studio del 2009³⁶⁷, ha identificato tre modelli di quantificazione, da utilizzare in maniera flessibile a seconda delle caratteristiche del caso di specie³⁶⁸.

Il primo metodo è definito comparatistico, mediante il quale si confrontano lo scenario risultante dall'infrazione e lo scenario di contesti simili.

Qualora il contesto di riferimento sia collocato in un tempo cronologicamente precedente, l'approccio comparatistico è di tipo temporale (c.d. metodo *before-and-after*); esso può essere utilizzato per elementi di uno stesso mercato geografico e di prodotto, che abbia conservato un andamento stabile nel tempo. Diversamente, in caso di variabili che abbiano influenzato l'evoluzione del mercato o dell'impresa, l'approccio temporale dovrà tenere in considerazione tali fattori³⁶⁹.

³⁶⁶ C'è chi non accoglie il criterio del *counterfactual* sostenendo che «non sempre il decremento del fatturato costituisce un indice del pregiudizio subito: basti ipotizzare il caso in cui il fatto illecito abbia impedito la realizzazione delle strategie di espansione dell'impresa-vittima, senza peraltro ridurre il volume d'affari corrente» P. FATTORI, M. TONDINO, *cit.*

³⁶⁷ *Quantifying antitrust damages. Toward non-binging guidance for courts. Study prepared for the European Commission, OXERA and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos, 2009.*

³⁶⁸ V. MOSCA, *Private antitrust enforcement: accertamento e quantificazione del danno, cit.*

³⁶⁹ Un esempio di applicazione del metodo *before-and-after* si rinviene nella sent. App. Roma, 20 gennaio 2003, *Albacom*, in cui la perdita di clientela dell'impresa attrice è stata calcolata considerando la quota di mercato detenuta dall'impresa prima di subire il danno anticoncorrenziale.

L'approccio comparatistico può essere anche incrociato (c.d. *yardstick*), mediante un confronto di contesti contemporanei, simili, ma geograficamente distanti.

È possibile, secondo la Commissione, applicare congiuntamente i due metodi, in modo da considerare più variabili ed ottenere, in tal modo, risultati maggiormente attendibili.

Il secondo tipo di approccio è quello finanziario, attraverso cui, per calcolare la diminuzione delle performance dell'impresa danneggiata, si confrontano le sue perdite con gli utili conseguiti dall'impresa autrice dell'infrazione.

In ultima analisi, è possibile operare la quantificazione del danno mediante un approccio di mercato, che prevede un'analisi prospettica delle variazioni della struttura e delle condizioni di mercato a seguito della condotta lesiva della concorrenza.

Non esiste un modello preferibile all'altro; spesso nessun modello è applicabile, ben potendo accadere che non si disponga dei dati necessari per l'approccio finanziario o che non esista un mercato contiguo con cui comparare quello della fattispecie concreta.

Il criterio residuale, cui sia la Direttiva che il decreto di recepimento fanno espresso rinvio, è quello della liquidazione equitativa, che, infatti, ha trovato terreno fertile nelle azioni di risarcimento del danno *antitrust*. Significativo è anche il fatto che, prima ancora di una previsione legislativa, la Corte di Cassazione aveva già riconosciuto al giudice il potere di liquidare il lucro cessante in via equitativa³⁷⁰.

Passando ad un aspetto più dinamico, a seguito del recepimento della Direttiva, è prevista una particolare interazione tra il giudice e l'Autorità. Infatti, in sede di quantificazione del danno, il giudice può richiedere a quest'ultima chiarimenti o, addirittura, assistenza in tutti i modi che ritiene opportuni, «*salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza*» (art. 14, co. 3, D.lgs. 3/2017).

È dunque lasciata all'Autorità la facoltà di esercitare un'azione di *self-restraint*³⁷¹, con la quale essa decide di non collaborare con l'autorità giudiziaria.

Tale possibilità risulta utile per garantire la parità delle armi e l'indipendenza del giudizio, soprattutto nelle azioni *follow-on*, nelle quali l'Autorità, avendo già effettuato

³⁷⁰ Cass. Sez. Un., 2 febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*.

³⁷¹ R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Il Diritto Industriale* 4/2016.

l'istruttoria e, probabilmente, già quantificato il danno, influenzerebbe eccessivamente la decisione civile.

8. La prescrizione

Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni.

Ciò è quanto disposto dall'art. 8 del D.Lgs. 3/2017, che, con un approccio minimalista si è limitato a recepire letteralmente la Direttiva europea³⁷², accoglie la tesi maggioritaria della giurisprudenza secondo cui si tratta di una responsabilità extracontrattuale.

Infatti, prima della Direttiva, non esisteva a livello comunitario una disciplina univoca e la Corte di Giustizia, nella nota sentenza *Manfredi*, aveva affidato agli Stati Membri il compito di individuare il tempo necessario a prescrivere e il *dies a quo* dal quale farlo decorrere.

Nel silenzio del legislatore nazionale, la Corte di Cassazione, con la sentenza 2395/2007, aveva precisato che, come ogni azione fondata su un fatto illecito, il termine di prescrizione per l'azione di risarcimento per violazione delle regole della concorrenza fosse di cinque anni. E ciò, quandanche la condotta si riflette in un accordo contrattuale, poiché il danno non scaturisce dalla stipulazione del contratto, bensì dal comportamento anteriore dell'impresa, «*di cui il contratto costituisce solo il passaggio finale*»³⁷³.

Se da un lato si forniva -e si fornisce tutt'ora- al danneggiato un termine breve per l'esercizio dell'azione, dall'altro si è sempre assistito alla tendenza a predisporre garanzie per un pieno diritto risarcimento del danno *antitrust*.

Quest'ultimo, invero, rientra in quella categoria di danni definita *lungolatenti*, per i quali si può assistere ad uno «*scollamento temporale tra il momento in cui il danno viene inferto e il momento della sua percezione da parte del danneggiato, a partire da quale quest'ultimo può ritenersi in stato di inerzia*»³⁷⁴.

³⁷² E. DE GIORGI, *Risarcimento del danno antitrust: primo commento allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE*, in www.dirittobancario.it.

³⁷³ V. MOSCA, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit.

³⁷⁴ M. MELPIGNANO, *La prescrizione del diritto al risarcimento danni*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013. Si tratta del c.d. "Teorema

Dunque, se è vero che l'inerzia del titolare del diritto assume rilevanza solo quando egli è posto di fronte alla possibilità di esercitare il diritto stesso, a causa dello scarto temporale di cui sopra, si è sempre ritenuto che il termine di prescrizione decorresse dal momento in cui il soggetto leso avesse avuto informazioni sufficienti a consentirgli l'esercizio del diritto risarcitorio³⁷⁵ e fosse, dunque, «*adeguatamente edotto delle circostanze di questo particolare fenomeno d'illecito prospettato dalla L. n. 287 del 1990*»³⁷⁶.

A tal proposito la giurisprudenza di merito operava una distinzione tra il *dies a quo* per la prescrizione dell'azione promossa da un consumatore e quella per l'azione esperita un'impresa concorrente.

Rispetto al consumatore, si considerava ragionevole identificare il momento della conoscibilità, e, quindi, il *dies a quo*, con il giorno della pubblicazione della sanzione dell'Autorità.

Per l'impresa concorrente, invece, il pregiudizio si considerava conoscibile già nel momento in cui l'Autorità pubblicava il provvedimento di avvio dell'istruttoria per accertare l'infrazione³⁷⁷.

In maniera non del tutto sovrapponibile con la consolidata giurisprudenza finora analizzata, la Direttiva ed il Decreto, prevedono che il termine di prescrizione non può mai cominciare a decorrere prima che la violazione sia cessata, ritenendo, dunque, l'illecito *antitrust* come un illecito permanente dal quale conseguono una pluralità di danni.

In ogni caso, sempre secondo il disposto normativo, il *dies a quo* deve essere fissato quando l'attore *sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza* dell'infrazione, dell'identità del suo autore e del danno che gli ha cagionato.

Rilievo è dato anche alla causa sospensiva della prescrizione, quale l'avvio dell'indagine o dell'istruttoria da parte dell'Autorità per l'accertamento di quella stessa

dell'esteriorizzazione del danno», così definito in B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, relazione al convegno *Il libro bianco della Commissione europea in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust* (Milano 17 giugno 2008, Università degli studi di Milano, Centro di eccellenza Jean Monnet).

³⁷⁵ C. FRATIA, *cit.* Cfr. Cass. Civ., 3 aprile 2013, n. 8110; Trib. Milano 15 aprile 2014, *Uno Communications c. Telecom Italia*.

³⁷⁶ Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*.

³⁷⁷ Trib. Roma, Sez IX, Sezione specializzata in materia di impresa, 23 novembre 2016, *Fastweb S.p.a. c. Wind Telecomunicazioni S.p.a.*

violazione. Durante tutto il procedimento dell'Autorità e per un anno dall'adozione del provvedimento sanzionatorio o, in ogni caso, conclusivo, la prescrizione resta sospesa.

Ciò vuol dire che la “conoscibilità” cui fa riferimento il diritto positivo si sposta ancor più avanti rispetto a quella considerata dalla giurisprudenza precedente, ricomprendendo anche la conoscenza degli atti del procedimento dell'Autorità e la qualificazione della condotta da parte della stessa.

CONCLUSIONI

Il risarcimento del danno *antitrust*, quantomeno nelle intenzioni del legislatore comunitario, rappresenta l'azione di riferimento, la colonna portante, per tutti quei

soggetti che hanno subito un pregiudizio economico a causa di un illecito anticoncorrenziale.

Nonostante la centralità che si attribuisce a tale tutela, non pochi sono gli ostacoli che questa ha incontrato nella sua evoluzione, fortemente condizionata dalla possibilità di poterla definire come un mezzo complementare e/o alternativo rispetto al rimedio pubblicistico.

Oltretutto, è possibile affermare, con estrema certezza, che il limite più consistente alla crescita della tutela risarcitoria prevista all'art. 33, L. 287/90, deve essere attribuito al tardigrado processo con il quale è stata riconosciuta la legittimazione ad agire anche nei confronti dei consumatori, non solo in Italia, ma, in genere, in quasi tutti gli Stati europei.

Per di più, il problema che si riscontrava -in passato in modo più accentuato- non riguardava solo lo scarso ricorso alla tutela giudiziaria ordinaria da parte dei privati, ma anche il mancato riconoscimento a tale strumento di un effettivo valore in termini di efficienza al pari del rimedio pubblicistico.

I dati numerici, che non si riferiscono anche alla Germania ed ai Paesi Bassi, sono significativi: oltre il 90% delle azioni poste in essere negli Stati europei a difesa della concorrenza è di natura amministrativa, a riprova della scarsa consapevolezza che i consumatori e, più genericamente, tutti i soggetti potenzialmente lesi -come anche le PMI- hanno delle potenzialità del *private enforcement*³⁷⁸.

In aggiunta alle perplessità radicatesi in passato circa l'effettività della tutela *antitrust*, vi è il dato che, attualmente, esiste una difformità in merito al valore da attribuire alle decisioni delle autorità domestiche e straniere, dal momento che solo le prime sono vincolanti per i giudici appartenenti al medesimo Stato membro delle autorità che le hanno emanate.

Giova ricordare che il testo iniziale della Direttiva non prevedeva tale disuguaglianza; probabilmente la scelta di emendare la parte relativa ai provvedimenti delle autorità straniere, sebbene confliggente con il fine ultimo della Direttiva di rafforzare il *private antitrust enforcement*, è il frutto di un compromesso per ottenere il consenso utile per l'approvazione del testo.

³⁷⁸ R. CHIEPPA, *cit.*

La formulazione originaria, infatti, avrebbe costretto gli Stati membri, sempre restii a cedere fette della propria sovranità, ad attribuire alle autorità straniere un potere equivalente a quelle interne.

Sulla base di siffatti presupposti, ad eccezione di quanto da ultimo rilevato in tema di leale collaborazione, appare evidente di quanto la Direttiva ed il suo recepimento in territorio nazionale giochino un ruolo cruciale in merito all'efficacia del risarcimento del danno *antitrust*.

Infatti, se, da un lato, è vero che il legislatore nazionale si è limitato a riprodurre pedissequamente il testo della Direttiva, altrettanto indubbio è che, mediante il recepimento della stessa, la disciplina *antitrust* in Italia può dirsi finalmente completa, almeno dal punto di vista sostanziale.

Invero, il preesistente sbilanciamento caratterizzato dalla netta prevalenza dell'intervento pubblico a discapito di quello privato che intercorreva tra i due strumenti della politica della concorrenza, sembra ormai essere superato.

Tale affermazione, tuttavia, deve essere interpretata *cum grano salis* stante l'assenza di una matura consapevolezza applicativa del D. Lgs. 3/2017 da parte delle Sezioni specializzate in materia d'impresa.

Dunque, se da un lato la disciplina relativa al *private antitrust enforcement*, quantomeno *prima facie*, assicura l'effettività della tutela dei consumatori, dall'altro sarà necessario verificare se i giudici del Tribunale delle imprese saranno in grado di concretizzarne la sua l'efficacia.

I dubbi a riguardo, tuttavia, non tardano ad affiorare considerando che il D. L. 1/2012 è un testo normativo ricco di contraddizioni che, con molta probabilità, non saranno risolte neppure dall'attesissimo testo legislativo recante ad oggetto l'efficienza del processo civile.

Infatti, nonostante al Decreto liberalizzazioni deve essere attribuito il merito -forse l'unico- di aver soppresso alcuni uffici appartenenti alle precedenti Sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale ed industriale, contemporaneamente ha ampliato la competenza per materia delle Sezioni specializzate costringendo, dunque, la dottrina e la giurisprudenza ad intervenire per sopperire alle lacune ed alle disattenzioni del legislatore.

Nondimeno, dal testo del disegno di legge si evince che le materie attribuite alla cognizione del Giudice, a questo punto non più specializzato, del Tribunale delle imprese saranno ampliate, dovendosi ritenere a questo attribuite anche la cause in tema di concorrenza sleale, sugli accordi di collaborazione, in materia di contratti pubblici, relative alle società di persone ed, infine, le azioni di classe.

Ad ogni modo, aldilà delle contraddizioni storico-sistematiche che accompagnano la specifica disciplina del Tribunale delle imprese, il problema principale si rinvia alla base, posto che il processo dinanzi allo stesso è regolato dalle norme del rito comune, del quale segue il lento ritmo.

Concludendo, sarebbe più coerente con la *ratio* ispiratrice dell'istituzione del Tribunale delle imprese predisporre norme processuali *ad hoc* fondanti un nuovo "rito economico" caratterizzato da termini brevi in linea con la rapidità delle dinamiche di mercato.

Bibliografia

AGOSTINACCHIO L., *La competenza antitrust delle sezioni specializzate*, in G. A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), *Il private enforcement nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali*, CEDAM, 2009.

ANDRIOLI V., *Rilevanza costituzionale della nozione di sezione specializzata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1961.

ARNAUDO L., *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2006.

BACCAGLINI L., *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, *Nota a ord. Cass. sez. VI civ. 24 giugno 2015, n. 15619*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/2016.

BALENA G., *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Il giusto processo civile*, 2/2012.

BELLIA M. – BELLOMO G. A. M., *Il ruolo del giudice ordinario nel sistema di tutela delle norme antitrust europee e nazionali e i suoi rapporti con il giudice amministrativo*, in G. Tesauro (a cura di) *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M., *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, CEDAM, 2012.

BENACCHIO G. A., *Il private enforcement del diritto europeo della concorrenza: evoluzione e risultati*, in *Informator*, 1/2014.

BOERI T.- GARIBALDI P., *Le riforme a costo zero*, Chiarelettere, 2011.

BORRIELLO G. - GUADAGNO I., *Rapporto tra sezioni delle imprese ed altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario*, *Nota a ord. Trib. Napoli sez. spec. Impresa 31 maggio 2016*, in *Le Società*, 1/2017.

CAIAZZO R., *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

CALAMANDREI P., *Troppi avvocati!* (1921), in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Id., Opere giuridiche*, Napoli, 1966.

CAMILLERI E., *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale*, Torino, 2013.

CAPRILE P., *La messa in opera delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali (private enforcement)*, in A. Frignani – S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, CEDAM, 2013.

CARNEVALE V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007.

CASABURI G., *Codice di proprietà industriale e Sezioni specializzate: una relazione virtuosa*, in *Il Diritto industriale*, 2008.

CASABURI G., *Il processo industrialistico rinnovato*, in *Il Diritto Industriale*, 6/2010.

CASABURI G., *Inammissibile l'appello proposto genericamente alla corte avverso una sentenza resa dalle sezioni della proprietà industriale*, in *Quotidiano giuridico*, 2014.

CASABURI G., *La novellazione infinita del tribunale delle imprese*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2014.

CASABURI G., *La riforma del "tribunale delle imprese"*, commento al decreto legge n. 145 del 23 dicembre 2013, in *Il Diritto Industriale*, 2/2014.

CASABURI G., *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Il Diritto industriale*, 6, 2012.

CASABURI G., *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle Sezioni specializzate*, in *Il Diritto industriale*, 2/2014.

CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè Editore, 2012.

CATALDO V.- VANZETTI A., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè Editore, 2012.

CATALLOZZI P., *Il giudice competente nel processo antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

CELENTANO P., *Le sezioni specializzate in materia d'impresa. Commento a d.l. 24 gennaio 2012, n. 1*, in *Le Società*, 2012, fasc. 7.

CELENTANO P., *La riforma del tribunale delle imprese, Commento a d.l. 23 dicembre 2013, n. 145*, in *Le Società*, 2014, fasc. 6.

CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Il Diritto Industriale* 4/2016.

CHIEPPA R., relazione al Convegno *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva*, AGCM, 2015.

COMOGLIO P. –DELLA VEDOVA P., *Lineamenti di diritto processuale societario*, Giuffrè Editore, 2006.

COMOGLIO P., *La tutela cautelare nell'azione antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

COMOGLIO P., *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Giappichelli Editore, 2014.

CONSOLO C.- LUISO F. P.-SASSANI N., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1998.

COSTANTINO G., *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria di primo grado*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, fasc. 2, pp. 387-431.

CRISCUOLI P., *Il Tribunale delle imprese*, in *La Magistratura*, 2014, 1-2.

CURRO' P., *Il C.p.i.: profili processuali. Questioni vecchie e nuove sulla competenza nell'esperienza delle Sezioni specializzate*, in *Il Diritto industriale*, 2 /2006.

DE RUVO R., *Il processo societario. Flussi processuali*, Giuffrè Editore, 2007.

DELLE DONNE C., *La consulta cancella il primo comma dell'art.134 del Codice della proprietà industriale: il rito societario non si applica alle controversie sulla proprietà industriale ed intellettuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007.

DI CATALDO V., *La tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto industriale*, 2005, 1.

FABIANI M., *La partecipazione del giudice al processo societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, 1.

FATTORI P.- TONDINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010.

FERRARI F., *Il sequestro dell'anima, natura e funzione del sequestro in materia di proprietà industriale*, Giappichelli, 2016.

FERRARI F., *La recente riforma delle norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Rivista di diritto processuale*, 6/2011.

FINOCCHIARO G., *Il tribunale delle imprese*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 2017

FRANCESCHELLI V., *Requiem gioiosa per il rito societario applicato al diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2007.

FRATEA C., *Private enforcement del diritto della concorrenza dell'unione europea. Profili europei, internazionali, privatistici e interni*, Edizioni scientifiche italiane, 2015.

GALLO D., *Il tribunale delle imprese*, Milano, 2014.

GHEZZI F. –OLIVIERI G., in *Diritto antitrust*, Torino, 2013.

GRAZIOSI A., *Dall'arbitrato societario al Tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2014.

LAMANDINI M., *Dichiarata incostituzionale l'estensione del rito societario ai giudizi*, Nota a Corte Cost. 17 maggio 2007, n. 170, in *Diritto Industriale*, 2007.

LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, *Corriere Giuridico*, 8/2005.

LIBERTINI M., *Le decisioni con "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2006.

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 responsabilità*, 7/2014.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, settima edizione, Milano, 2013.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2011.

MASTROIANNI R., *Poteri del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

MATRANGA C., *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocatione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella effects" nel caso "Kone"*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2015.

MELPIGNANO M., *La prescrizione del diritto al risarcimento danni*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

MONTANARI M. G., *Gli atti impugnabili dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

MOSCA V., Private antitrust enforcement: *accertamento e quantificazione del danno*, *Il diritto industriale*, 5/2010.

NASCIMBENE B.- ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, relazione al convegno *Il libro bianco della Commissione europea in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, Milano 17 giugno 2008, Università degli studi di Milano, Centro di eccellenza Jean Monnet.

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2012.

NIVARRA L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in Pardolesi R.– Frignani A.– Patroni Griffi A. - Ubertazzi L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.

PASQUARELLI F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in *Il Diritto Industriale*, 3/2016.

PITRUZZELLA G., *La Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust*, in *Il Diritto Industriale* 4/2016.

PRADO I. M., *Sezione specializzata e assegnazione della causa*, in *Diritto Industriale*, 6/2006.

PRADO I. M., *Ancora su competenza/distribuzione interna. Due decisioni estive di segno opposto*, in *Il Diritto Industriale*, 5/2015.

RICCI E. F., *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 12/1989.

SALAFIA V., *La società a responsabilità semplificata e il tribunale delle imprese*, in *Le Società*, n. 2, 2012.

SALVANESCHI L., *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Rivista di diritto processuale*, 6/2009.

SANDULLI P., *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 5.

SANTAGADA F., *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 5, pp. 1269-1283.

SARTORI M., *Principio dell'unanimità e competenza del Tribunale delle Imprese nella trasformazione di una società di persone costituite prima della riforma*, commento

a Trib. Spoleto, ord. del 9 luglio 2016, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2016.

SBARRA F., *Il ricorso delle imprese concorrenti e delle associazioni dei consumatori avverso le pronunce dell'autorità garante della concorrenza e del mercato: l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa verso l'estensione della legittimazione ad agire*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale scientifica, 2013.

SCUFFI M., *I poteri inibitori e risarcitori del giudice nazionale antitrust*, in Benacchio G. A. –Carpagnano M. (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, CEDAM, 2012.

SCUFFI M., *La competenza per materia e per territorio delle Sezioni specializzate: dal decreto istitutivo al Codice della proprietà industriale*, in *Diritto Industriale*, 1/2006.

SENA V., *Sezioni specializzate*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2012, 1.

SPOLIDORO M., *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Il Diritto Industriale*, 2008, 2.

TACCANI I., *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali*, Munari F. –Cellerino C. (a cura di), Aracne editrice, 2016.

TARZIA G., *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003.

TAVASSI M., *Il primo anno di attuazione del codice della proprietà industriale e le modifiche dell'enforcement*, in *Corriere Giuridico*, 11/2006.

TAVASSI M., *Dalle Sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale alle Sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corriere giuridico*, 8-9/2012.

TAVASSI M., *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova Direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, Aracne, Roma, 2016.

TENAGLIA L., *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *il Corriere giuridico*, edizione speciale 2/2012.

TESAURO C., *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3/2011.

TIZZANO A., *L'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 CE in Italia*, in *Il Foro Italiano*, 1/1997.

TIZZANO A., *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Rivista italiana di antitrust*, 1/2015.

TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, F. Anelli – C. Granelli (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2013.

TRAMONTANO L., *Codice di procedura civile*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2015.

TRAVI A., in *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012.

VALERINI F., *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013.

VANZETTI M., *Contributo allo studio di misure coercitive e delle sanzioni civili nel diritto industriale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010.

VERDE G., *Questione giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

VERDE G., *Il giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2013.

VESSIA F., *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi di contrarre e competenza giurisdizionale nell'abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 6/2013.

VETTORI L., L. VETTORI, *Il Tribunale delle imprese tra questioni di competenza e di "specializzazione". Nota a App. Napoli 20 febbraio 2014, n. 763*, in *Le Società*, 1/2015.

VISENTINI G.– PALAZZOLO V., *Manuale di diritto commerciale*, Roma, 2017.

ZENO V., *Le Sezioni specializzate in materia di impresa. Profili processuali in tema di competenza*, in D. Palumbo (a cura di), *Spunti attuali di diritto commerciale*, Torino, 2014.

Sitografia

AGCM, *Programma di clemenza*, in *Relazione annuale sull'attività svolta 2013*, in www.agcm.it.

BUONCRISTIANI D., *Profili sistematici e problemi pratici del nuovo rito speciale societario*, in *Judicium*.

CECCHIELLA C., *Il nuovo rito ordinario per le liti societarie: un'anticipazione della riforma del processo civile*, in *Judicium*.

CORAPI E., *Danno antitrust e consumatore. Analisi comparatistica della normativa europea in Italia, Francia e Gran Bretagna*, IV Colloquio biennale dei giovani comparatisti, L'università Europea di Roma, 30 maggio 2014, in www.comparazonedirittocivile.it.

DE GIORGI E., *Risarcimento del danno antitrust: primo commento allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE*, in www.dirittobancario.it.

DE RENZIS L., *Il Tribunale per l'impresa: le ragioni della scelta politica e la riflessione sull'adeguatezza di un sistema specializzato per il rilancio della competitività del moderno diritto d'impresa*, in *La Magistratura*, 2014, 1-2.

IUORIO M. A., *Il Tribunale delle imprese*, in *Judicium*.

MOSCA V., *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, www.federalismi.it, 2/2015.

OXERA (and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos), *Quantifying antitrust damages. Toward non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, 2009, in www.ec.europa.eu.

Giurisprudenza

CG, 56 e 58/64, *Consten/Grundig*, in *Racc.* 1966.

CG, C-27/76, *United Brands*, in *Racc.*, 1978.

CG, C-322/81, *Michelin*, in *Racc.*, 1983, I-3461.

CG, C-41/90, *Hoefner e Elser/Macrotron*, in *Racc.*, 1991, I-1979.

Cass. Civ., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3011, in *Pluris*.

App. Milano, ord. 5 febbraio 1992, in M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998.

App. Roma, 21 dicembre 1993, *Soc. De Montis Catering Roma c. Soc. Aeroporti Roma*, in *Pluris*.

App. Milano, ord., 27 settembre - 8 ottobre 1994, *Telesystem s.p.a. c. SIP*.

App. Milano, 18 luglio 1995, *Soc. Telsystem c. Soc. Telecom*.

Trib. Napoli, 8 novembre 1996, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1996.

App. Cagliari, 23 gennaio 1999, *Soc. Unimare Unione Agenti Marittimi c. Soc. Geasar Gestione Aeroporti Sardegna e altri*, in *Pluris*.

App. Milano, 29 settembre 1999, in *Diritto Industriale*, 1999.

App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l./Juventus FC s.p.a.*, in *Pluris*.

App. Roma, 16 gennaio 2001, *Soc. Stream c. Soc. Telepiù e Soc. Telepiù e altri*, in *Giurisprudenza commentata*, 2/2002.

Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 736 del 2001, in *Pluris*.

GC, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, Racc. I-06297.

Trib. Napoli, 8 luglio 2002, in *Foro Italiano*, 2003.

Trib. Roma, 4 dicembre 2002, in *Giurisprudenza romana*, 2003.

Cass. Civ., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, *Axa Assicurazioni c. Isvap e Larato*, in *Foro it.*

App. Roma, 20 gennaio 2003, *Albacom*, in *Foro it.*

Cort. Cass., sez. III, 6 giugno 2003, n. 9384.

Cons. Stato, 14 giugno 2004 n. 3865.

App. Milano, 26 aprile 2005, *Soc. Farmacie Petrone c. Soc. Pfizer Italia e altri*, nota di G. CASABURI, in *Foro Italiano*, 1/2005.

CG C-280/06, in *Racc. I-10893*.

App. Milano, ord., 16 maggio 2006, *Soc. Telecom Italia c. Soc. FastWeb*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2007.

Trib. Milano, ord., 3 luglio 2006, *Kama Europe s.r.l. c. Honda Logistic Centre Italy S.p.A. e altri*, in *Pluris*.

GC, 13 luglio 2006, *Manfredi*, Racc. C-295/04.

Cass. Civ., ord. n. 23891 del 9 novembre 2006, in *Pluris*.

Cass. Sez. Un., 2 Febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*, in *Pluris*.

Cort. Cost., sent., 28 marzo 2008, n. 71.

App. Roma, 31 marzo 2008, *International Broker*.

Trib. Milano, 6 agosto 2008, in *Diritto d'autore*, 2009.

CG, C-8/08, *T-Mobile*.

Cass. Civ., sez. I, 13 febbraio 2009, *A.N.C.L. - Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro c. Inaz Paghe S.R.L.*, n. 3640, in *Pluris*.

Cass. Civ., sent., 18 maggio 2010, n. 12153, in *Foro it.*

Trib. Napoli, 4 giugno 2010, in *Corriere del merito*, 2010.

CG, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, C-360/09.

Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 3751 del 2011.

TAR Lazio, 19 maggio 2011, n. 3964, in C. FRATIA, *Private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizioni scientifiche italiane, 2015.

Cass. Civ. sez. VI, Ord., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Pluris*.

Trib. Milano, ord. 20 maggio 2011, n. 5997, in *Pluris*.

Cass. civ. Sez. Unite, 04 settembre 2012, n. 14828, in *Pluris*.

Cass. Sez. Un., 7 gennaio 2013, n. 145.

Cass. Civ., 3 aprile 2013, n. 8110.

Cass. Civ., sent., 22 maggio 2013, n. 12551.

Cass. Civ., Sez. VI - 1 ord., 23 settembre 2013, n. 21762 (rv. 627813).

App. Napoli, sent., 20 febbraio 2014, n. 763, in *Le Società*, 2015.

Trib. Milano, 15 aprile 2014, *Uno Communications c. Telecom Italia*, in *Pluris*.

Cass. Civ., sent., 30 maggio 2014, n. 12186, in *Pluris*.

GC, 5 giugno 2014, *Kone*, Racc. C-557/12.

Trib. Milano, sent., 23 giugno 2014, *Eutelia/Telecom Italia*.

Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773 (Nota a sentenza di F. M. Balestra, R. Tremolada).

Trib. Milano, ord., 26 maggio 2015, *Soc. coop. Taxiblu e altri c. Uber International BV e altri*.

Cass. Civ. sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *Pluris*.

Cass. Civ. sez. I, 15 giugno 2015, n. 12326, in *DeJure*.

Cass. Civ. n. 14369/2015, in *Foro it.*

Cass. Civ., sez. VI, ord., 24 luglio 2015, n. 15619, in *Rivista processuale*, 2016.

Cass. Civ., sez. I, 29 ottobre 2015, n. 22118 (rv. 637723).

Cass. Pen., sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3868 (rv. 266180)

Trib. Spoleto, Ord. 9 marzo 2016, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2016.

Cass. Civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5763, in *Pluris*.

Trib. Roma, sez IX, 23 novembre 2016, *Fastweb S.p.a. c. Wind Telecomunicazioni S.p.a.*

Cass. Civ. n. 21775/2016, in *Foro it.*

Cass. Civ., sez. VI - 1, ord., 4 aprile 2017, n. 8738, in *Pluris*.

Cass. Civ., sez. VI - 1, ord., 24 maggio 2017, n. 13138, in *DeJure*.