



*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Tesi in Diritto Processuale Civile*

**Profili processuali della nuova disciplina  
risarcitoria in materia *antitrust*.**

RELATORE

Chiar.mo Prof.re  
Andrea Panzarola

CANDIDATO

Carlo Russo

MATRICOLA

126723

CORRELATORE

Prof.re Bruno Capponi

ANNO ACCADEMICO

2017/2018

## Sommario

<b>TESI IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUZIONE.</b>	<b>6</b>
<b>CAPITOLO I: IL DIRITTO ALLA CONCORRENZA E PROFILI RISARCITORI.</b>	<b>9</b>
1. Il sistema di tutela della concorrenza, origine e <i>ratio</i>	9
1.1. La disciplina comunitaria e nazionale.	17
1.2. Le fattispecie disciplinate.	25
1.3. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.	30
1.4. Sistema di attuazione della normativa <i>anitrust</i> : il <i>public e private enforcement</i> .	37
2. La responsabilità extracontrattuale, nozione generale.	40
2.1. Responsabilità oggettiva, aggravata e solidale.	47
2.2. La deroga alla disciplina generale della responsabilità solidale in materia di <i>antitrust</i> .	49
2.3. La tutela risarcitoria del consumatore.	54
2.4. La tutela risarcitoria in materia <i>antitrust</i> .	56
<b>CAPITOLO II: LE NOVITÀ SOSTANZIALI DEL D. LGS. N. 3 DEL 2017</b>	<b>59</b>
1. L’impatto nel processo civile italiano del d. lgs. n. 3 del 2017, considerazioni preliminari.	59
1.1. I soggetti legittimati a richiedere il pieno risarcimento del danno.	60

1.2.	Le azioni <i>follow on</i> e le azioni <i>stand alone</i> .	63
1.3.	La competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.	65
1.4.	I termini di prescrizione.	70
2.	L'azione di risarcimento del sovrapprezzo.	75
2.1.	<i>Passing-on</i> offensivo e <i>passing-on</i> difensivo.	77
2.2.	Il coordinamento tra cause diverse.	81
2.3.	La decisione della causa connessa come fonte di prova.	86
3.	La quantificazione del danno <i>antitrust</i>	89
3.1.	Tecniche di quantificazione del danno e la figura del CTU.	94
3.2.	La liquidazione equitativa del giudice <i>ex art. 1226 c.c.</i> .	100
3.3.	Il ruolo dell'AGCM nella quantificazione del danno.	101
4.	La composizione consensuale delle controversie. Inserire note bibliografiche.	
	104	
4.1.	Gli effetti della composizione consensuale sui termini di prescrizione.	
	107	
4.2.	Gli effetti della composizione consensuale sulle azioni risarcitorie successive.	112
<b>CAPITOLO III: I PROFILI PROCESSUALI DELLA NUOVA DISCIPLINA: LE AGEVOLAZIONI PROBATORIE.</b>		<b>115</b>
1.	L'onere di allegazione nel processo civile, cenni.	115
2.	L'onere di allegazione e di prova nel <i>private enforcement</i> .	116
2.1.	La presunzione sul <i>passing on</i> "offensivo".	118

2.2.	La presunzione di danno della vittima di un cartello.	120
2.3.	Il vincolo formale derivante dalla decisione dell’Autorità garante.	123
2.4.	Riflessioni sull’onere di allegazione.	125
3.	Richiesta di esibizione delle prove presso controparte o terzi.	129
3.1.	I presupposti per l’ordine di esecuzione. I limiti di ammissibilità dell’istanza.	131
3.2.	L’esibizione di una categoria di prove.	136
3.3.	I limiti all’oggetto dell’ordine di esibizione: il grado di plausibilità della domanda, i costi ed il trattamento delle informazioni riservate.	138
3.4.	Le sanzioni per inottemperanza all’ordine di esibizione.	142
4.	La richiesta di esibizione e l’utilizzo delle prove del fascicolo dell’Autorità garante.	145
4.1.	Le modalità e i limiti dell’esibizione delle prove in possesso dell’AGCM.	146
4.2.	Le differenti categorie di prove.	149
4.3.	I limiti all’uso delle prove e l’applicazione delle sanzioni.	151
<b>CAPITOLO IV: GLI EFFETTI DELLA DECISIONE DEGLI ALTRI ENTI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI SUL PROCESSO CIVILE.</b>		<b>153</b>
1.	La vincolatività delle decisioni dell’AGCM o del giudice del ricorso.	157
1.1.	L’efficacia di giudicato del provvedimento dell’AGCM.	159
1.2.	Il valore probatorio delle decisioni adottate dalle Autorità degli altri Stati membri.	161

2. La vincolatività della decisione assunta dalla Commissione.	162
3. La possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale <i>ex art. 267 TfUE</i> .	165
4. Il regime transitorio della disciplina antitrust nel d.lgs. n. 3/2017.	166
<b>CONCLUSIONI.</b>	<b>168</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.</b>	<b>170</b>

## Introduzione.

Le significative innovazioni normative di recente introduzione in punto di legittimazione di agire e di prova nel processo per l'accertamento ed il risarcimento dei danni cagionati da condotte anticoncorrenziali hanno determinato l'interesse nei riguardi della disciplina *antitrust* che, così modificata dall' decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3, sembra offrire nuovi spazi di tutela per i soggetti danneggiati.

Il presente lavoro così si pone l'obiettivo, attraverso un confronto sistemico e complessivo con la materia antitrust, di focalizzare l'attenzione sul rinnovamento apportato dal recepimento nell'ordinamento italiano della Direttiva 104 del 2014 e di come questa novella abbia impattato sul processo civile rigidamente disciplinato dal codice di rito.

Il lavoro complessivo è stato concepito partendo dall'origine del sistema di tutela della libera concorrenza, ripercorrendone in modo sintetico l'*excursus* storico, dalle primissime esperienze nel sistema statunitense ed anglosassone per poi osservare il sistema che si è strutturato nel corso degli anni nelle "Comunità" - che hanno poi dato vita all'Unione Europea -, sino a giungere all'attuale legislazione unionista in materia di antitrust. Parallelamente si è osservata anche la (tardiva) nascita e la formazione di una scelta antimonopolistica nell'Italia corporativa e statalista degli anni '70/'80, poi sviluppatasi sino alla L. n. 287/1990 e alla costituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con particolare attenzione alle fattispecie disciplinate dal diritto alla Concorrenza; come completamento di questo percorso si è giunti all'attuazione della normativa antitrust con il recepimento della Direttiva in materia di *public e private enforcement*.

Partendo poi dalle nozioni generali in materia di responsabilità extracontrattuale e dai concetti più specifici di responsabilità oggettiva, aggravata e solidale, si è concentrata l'attenzione sulle deroghe a tale sistema introdotte dalla Direttiva 104 del 2014. Poste queste necessarie premesse, si è approfondito il tema della tutela risarcitoria del consumatore come parte debole del sistema, nonché il tema più ampio della tutela risarcitoria in materia antitrust intesa come difesa del benessere per i fruitori del mercato, sia dal lato delle imprese, sia da quello dei consumatori.

Nel secondo capitolo, riprendendo le mosse dal contesto europeo in cui è maturato il *corpus* normativo per la tutela risarcitoria delle violazioni al diritto alla libera concorrenza, si è partiti dall'esame dei soggetti dotati di legittimazione attiva al risarcimento del danno e della definizione di parte danneggiata enunciata dal d. lgs. n. 3 del 2017, per poi affrontare il tema della distinzione formale tra le azioni precedute da un accertamento ad opera della Commissione o dall'AGCM dette *follow on* e quelle prive di tale accertamento *stand alone*.

Si è quindi necessariamente posta l'attenzione sul percorso normativo e giurisprudenziale che ha condotto all'attribuzione della competenza funzionale in materia antitrust nonché sul dibattito che ha condotto alla norma che disciplina la prescrizione (quinquennale) in materia antitrust e determina l'individuazione del *dies a quo* da cui decorre il relativo termine.

Sotto il profilo più strettamente sostanziale, la nuova disciplina riveste in particolare per i profili relativi alle modalità di valutazione del risarcimento del danno da violazione del diritto alla concorrenza.

In tale ambito, si è guardato all'individuazione dal punto di vista scientifico di criteri per la determinazione del *quantum* risarcitorio e al ruolo degli ausiliari del giudice

Infine, il terzo capitolo, partendo dall'analisi del fenomeno dell'asimmetria informativa, punta ad approfondire la novità della c.d. "agevolazione probatoria" introdotta al fine di riequilibrare le posizioni delle parti, rendere più semplice l'accertamento del danno e incentivare l'utilizzo del *private enforcement*.

In tale ambito, si evidenzia il ricorso al sistema delle presunzioni al fine di agevolare la prova del trasferimento del sovrapprezzo in presenza della prova di illecito antitrust ("La presunzione sul *passing on* "offensivo"); della presunzione del nesso di causalità tra la violazione del diritto *antitrust* consistente in un cartello e il danno da essa provocato.

Da ultimo, particolare attenzione è stata posta alla rilevanza probatoria riconosciuta, *ex lege*, alla pronuncia sanzionatoria dell'AGCM divenuta definitiva nonché alla disciplina relativa all'utilizzabilità anche delle decisioni della Commissione e delle Autorità degli altri Stati membri.



## Capitolo I: Il diritto alla concorrenza e profili risarcitori.

### 1. Il sistema di tutela della concorrenza, origine e *ratio*

Il diritto alla concorrenza può essere definito come il *corpus* di norme che garantisce il corretto funzionamento dei mercati in virtù della massima fruizione da parte della collettività.

Una ricerca approfondita porterebbe a datare le prime leggi antimonopolistiche in epoche risalenti, si pensi che già Augusto nel 18 a.C., con la *Lex Iulia de annona*, puniva l'aumento artificioso dei prezzi dei beni alimentari; ed ancora, Diocleziano nel 301 d.C. emanò un Editto tramite il quale puniva con la pena di morte chiunque si fosse approfittato della penuria di beni durante una carestia per trarre profitto personale.

Tuttavia, per avere una prima legislazione anticoncorrenziale intesa in termini moderni si deve attendere il 1890 quando negli Stati Uniti venne emanato lo *Sherman Act* come reazione alle problematiche economiche e sociali sollevate dal processo di profonda ristrutturazione che aveva coinvolto il sistema economico americano. In quegli anni si assistette, infatti, ad un esponenziale crescita della grande industria pesante che condusse al crollo dei prezzi e alla modifica di un insieme di fattori macroeconomici. La risposta delle grandi imprese, sulla spinta di John D. Rockefeller, fu quella di stringere dei patti limitativi della concorrenza, quali per esempio la creazione di *trust*<sup>1</sup>, attraverso i quali concordare strategie competitive e controllare il comportamento dei concorrenti evitando ulteriori guerre sui prezzi. Un siffatto scenario colpiva soprattutto

---

<sup>1</sup> Istituito attraverso il quale con un atto unilaterale il soggetto che costituisce il *trust* mette sotto il controllo di un *trustee* i beni conferiti nel *trust* stesso.

i comparti più deboli dell'economia che subivano un danno sia come acquirenti di materie prime, sia come attori primari sul mercato. Con lo *Sherman Act*, quindi, venne garantito - a livello federale - la possibilità di perseguire come un "grave delitto" ogni contegno anticoncorrenziale e di punirlo con sanzioni tanto civili quanto penali; lo *Sherman Act*, però, non prevedeva una disciplina sulle concentrazioni tra più imprese concorrenti. Un simile vuoto normativo venne prontamente sfruttato dalle grandi imprese che intrapresero dei processi di accrescimento del loro potere di mercato tramite articolati processi di concentrazione. Intervenne, quindi, nel 1911 la Corte Suprema con una sentenza<sup>2</sup> che segnò l'inizio della storia del diritto antitrust perché per la prima volta venne statuito che l'acquisizione di concorrenti minori al fine di condurli alla bancarotta rappresentava un tentativo di monopolizzazione del mercato. Atto conclusivo di questo percorso volto a fornire delle basi giuridiche alla tutela della concorrenza è il *Clayton Antitrust Act* che, nel 1914, introdusse il divieto in tutto il territorio statunitense della discriminazione dei prezzi, delle operazioni di concentrazione volte alla riduzione della concorrenza e degli interscambi di amministratori tra società concorrenti.

L'ingresso di una siffatta consapevolezza giuridica in Europa risale, invece, ad un periodo relativamente recente ed è, comunque, da considerarsi di derivazione statunitense. All'indomani della Seconda Guerra Mondiale, gli Alleati americani imposero agli "sconfitti" l'adozione di norme antimonopolistiche.

Per comprendere le ragioni di un tale ritardo nell'adozione di leggi anticoncorrenziali bisogna innanzitutto soffermarsi ad analizzare nel profondo tutto quello che era stato

---

<sup>2</sup> Standard Oil Co. v. US 211 U.S. 1 (1911)

il pensiero economico, ma soprattutto politico, che aveva ispirato le scelte delle grandi potenze europee di allora.

Lo sviluppo economico europeo alla fine del XIX secolo non fu dissimile da quello americano, l'approccio politico fu tuttavia opposto. I governi, infatti, non si posero il fine di eliminare le crescenti concentrazioni di imprese, ma piuttosto di governarle. L'intervento dirigistico e diretto dello Stato nell'economia era, nel pensiero di allora, il modo più efficace per evitare guerre di prezzo e stabilizzare i cicli economici. Gli accordi anticoncorrenziali erano considerati leciti in quanto espressione del principio di libera iniziativa economica e talvolta addirittura tutelati. Si pensi che il Codice Civile del 1942 considerava - e considera - i patti limitativi della concorrenza disciplinati dall'art. 2596<sup>3</sup> come contratti a causa tipica perfettamente leciti, a determinate circostanze. Il susseguirsi di crisi economiche e di guerre che attraversarono il Vecchio Continente non mutarono, ed anzi rafforzarono, tale concezione. Le concentrazioni di imprese non furono osteggiate, ma sottoposte ad una legislazione più stringente. Nei regimi totalitari, in particolar modo in Germania e Italia, la partecipazione ai cartelli venne resa obbligatoria e addirittura alcuni settori dell'industria passarono sotto il controllo totale dello Stato. Con l'incalzare della Grande Guerra aumentò il grado di dirigismo, considerando il coordinamento tra imprese l'unico modo per riconvertire la produzione e meglio prepararsi agli sforzi bellici. Solo all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale, come detto, gli alleati imposero ai principali paesi Europei l'adozione di norme antimonopolistiche. Cosicché sul finire degli anni Quaranta tutte le potenze di allora si erano dotate di

---

<sup>3</sup>“Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio.”

normative antitrust, per giungere, poi, ai Trattati comunitari di Parigi (1952) e di Roma (1957) che per la prima volta tutelano la libera concorrenza nel Mercato Unico Europeo.

Come detto, la *ratio* ispiratrice della normativa anticoncorrenziale è la tutela del libero mercato.

Si può, quindi, affermare che, *“le regole a tutela della libera concorrenza sono dunque volte a proteggere la libertà di iniziativa economica da sé stessa; a evitare che i vantaggi da essa derivanti alla collettività e, in particolare, ai consumatori vengano posti del nulla dalla naturale tendenza al monopolio o alla collusione tra operatori. Tali regole, tuttavia, non mirano all’eliminazione sistematica di ogni ostacolo alla libera concorrenza”*<sup>4</sup>.

Il mercato è libero quando il prezzo dei beni in esso scambiati è determinato sulla base del libero gioco di domanda e offerta.

In altri termini, è necessario che non intervengano operatori, né dal lato dei produttori né da quello dei consumatori, in grado di prescindere dalla controparte al fine della determinazione del prezzo finale.

I vantaggi di un sistema di libera concorrenza si producono innanzitutto in capo ai fruitori del bene, i quali avranno a disposizione non solo beni a prezzi più bassi ma anche di qualità migliore. In un regime di libero mercato, infatti, il produttore avrà interesse ad offrire un prodotto qualitativamente migliore di quello della concorrenza. Un simile meccanismo, poi, genera un forte incentivo ad investire in innovazione agevolando il progresso tecnologico. I vantaggi di un sistema competitivo così considerato si dispiegano anche in capo alle imprese che operano su quello stesso

---

<sup>4</sup> G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, vol. 1, p. 75

mercato e a quelle che intendono entrarvi, poiché in questo modo si evitano situazioni patologiche che ne rendono più ardui l'ingresso e la permanenza, come per esempio la limitazione all'accesso a risorse primarie essenziali.

È ormai pacificamente riconosciuto, che la libera concorrenza altro non è che mezzo di espressione privilegiato della libertà di iniziativa economica pubblica e privata consacrata a livello costituzionale dall'art. 41<sup>5</sup> e ribadita nell'art. 1 comma 1 legge 287/1990. Ed infatti, il Consiglio di Stato<sup>6</sup> ha recentemente confermato *“la centralità della disciplina concorrenziale nel sistema costituzionale”*.

Dopo aver richiamato questi principi fondamentali, occorre, però, segnalare che, da un altro punto di vista, la libera concorrenza rappresenta anche un limite alla libertà di iniziativa economica. Un simile paradosso risiede nel fatto che, per poter garantire un regime di concorrenza perfetta, si rendono necessari anche una serie di obblighi negativi.

Pertanto, è possibile concludere che il diritto alla libera concorrenza assolve due distinte funzioni: *“in linea orizzontale, come eguaglianza fra tutti i consociati affinché possano entrare ed agire sul mercato in condizioni di parità giuridica (eguaglianza fra consociati); in linea verticale come rapporto fra Stato e consociati e sulla base del principio della tassatività delle restrizioni ad intraprendere e ad esercitare l'iniziativa economica”*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> “L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

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

<sup>6</sup> Cons. Stato n. 1397/2006

<sup>7</sup> G. MONTELLA, ved. cap. *Diritto della concorrenza e diritto costituzionale*, in *Economia e politica della concorrenza*

È importante, quindi, richiamare quelli che sono i limiti applicativi della disciplina antimonopolistica e che sono riscontrabili, *in primis*, in quei settori in cui, per necessità sociali particolari, le dinamiche concorrenziali sono necessariamente “riviste e corrette”. Ci si riferisce a quei settori specifici in cui esigenze collettive – salute, libertà, tutela della vita – possono andare a collidere con i principi cardine del mercato concorrenziale. È indubbio che, in questi casi specifici, le esigenze concorrenziali debbano essere temperate da tali, spesso opposte, esigenze. A valore di ciò si rimanda all’art. 8<sup>8</sup> legge n. 287/1990 la quale espressamente abroga le norme relative ad intese ed abusi nel caso in cui si tratti di imprese che gestiscono “*servizi di interesse economico generale*”.

Ancora, bisogna tenere in considerazione la deroga parziale alle norme antitrust che interviene in questi settori particolari in cui la condotta delle imprese è in parte regolata dalle norme vigenti in quello specifico settore economico. Una siffatta condizione è confermata nel dispositivo della sopracitata sentenza del Consiglio di Stato, la quale testualmente afferma che “*il diritto antitrust, nella misura in cui è imperniato su norme che presuppongono comportamenti autonomi delle imprese, non può applicarsi solo quante volte una condotta anticoncorrenziale sia imposta agli operatori da una norma nazionale*”, mentre “*laddove la normativa nazionale si limiti a comprimere in qualche maniera la libertà di iniziativa delle imprese, ma lasci sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ostacolata, ristretta o falsata da loro comportamenti autonomi, non vi è dubbio che la disciplina antitrust debba ricevere applicazione*”.

---

<sup>8</sup> “Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.”

Le ragioni alla base della prima normativa contro i monopoli furono i malesseri diffusi in seguito ad una serie di grandi e radicali trasformazioni che intervennero, come detto, nel sistema economico e sociale degli Stati Uniti, alle quali veniva imputato di aver prodotto fenomeni, quali la prevaricazione delle grandi concentrazioni economiche a scapito dei piccoli produttori, negativamente percepito dalla collettività e che necessitavano di essere disciplinati.

È difficile, oggi, dire quanto permanga di quelle originarie spinte che ispirarono l'avvento della disciplina antimonopolistica, partendo dal presupposto però, che tuttora le normative perseguono come finalità ultima la necessaria compartecipazione di tutti gli operatori economici sul mercato per il raggiungimento di un comune benessere, ispirandosi ancora, quindi, a canoni di “democrazia economica”.

Secondo questa tesi è possibile rilevare come funzione essenziale dell'antitrust, è quella di promuovere la concorrenza, avendo di mira la difesa dei contraenti più deboli, individuati sia nelle imprese di piccole-medie dimensioni, sia nei consumatori.<sup>9</sup> In effetti, a ben guardare, se si analizzano gli obiettivi sottesi alla disciplina in parola, si realizza una generale uniformità di opinioni nell'individuare il *consumer welfare* (benessere del consumatore), sia pure mediato dall'efficienza economica – o allocativa –, come il cardine delle legislazioni antimonopolistiche. Anche quello di efficienza allocativa diviene, dunque, concetto strettamente concatenato a quello di benessere della collettività, poiché a nulla rileva l'identità dei soggetti a cui il vantaggio o il sacrificio sono imputabili: una determinata politica concorrenziale procura alle imprese che la pongono in essere un vantaggio superiore al sacrificio sopportato dai consumatori, allora quella politica è da considerarsi efficiente.

---

<sup>9</sup> G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, p.93

Conseguenza importante di un siffatto ordine di idee, noto come “Scuola di Chicago”<sup>10</sup>, è che la struttura concorrenziale del mercato non è da considerarsi come un valore assoluto da perseguire, ma piuttosto un valore da difendere soltanto, essendo un mero mezzo apportatore di vantaggi per la collettività ed al sistema economico nel suo complesso.

Le critiche più stringenti mosse a questa analisi attengono principalmente all’indifferenza mostrata nei confronti delle esigenze politico-sociali sottese all’antitrust, cioè di permettere al consumatore di godere dei risultati positivi dovuti ad un sistema concorrenziale, essendo questa la principale funzione perseguita dalla citata legislazione.

Di questa tesi, ispiratrice della normativa nord-americana, è possibile rinvenire chiari riscontri nelle norme comunitarie e nazionali che si affidano all’ idea di interesse del consumatore, ritenuto essenziale o comunque rilevante, ai fini della formulazione di una corretta politica del diritto della concorrenza.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Scuola di pensiero economica elaborata da alcuni professori dell’Università di Chicago, basata sulla descrizione delle istituzioni economiche moderne, volta a promuovere riforme in senso liberista e liberale.

<sup>11</sup> DENOZZA F., Antitrust, p.141



### **1.1. La disciplina comunitaria e nazionale.**

Le considerazioni di carattere economico fino a questo punto svolte hanno influenzato ed influenzano l'interpretazione delle normative antitrust in ogni loro aspetto, consentendo di operare articolate mediazioni tra la necessità di applicare i divieti antimonopolistici e la volontà di conseguire alcuni obiettivi fondamentali di politica economica ed industriale.<sup>12</sup>

A partire dai trattati postbellici i principali Paesi europei cercarono di riequilibrare le forze in campo, evitando, per quanto possibile, il ripetersi di situazioni di concentrazione economica e collusione tra gli operatori.

Nel 1951 il trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), sottoscritto a Parigi, prevedeva la creazione di una zona di libera circolazione delle merci all'interno della quale dovevano ritenersi categoricamente vietate pratiche scorrette volte a falsare la concorrenza comunitaria nei settori del carbone e dell'acciaio, settori trainanti dell'economia europea dell'epoca. Si voleva, quindi, da una parte evitare la concentrazione di queste materie all'interno di un unico paese, e dall'altro lato favorire l'accesso di tutti i paesi firmatari a queste risorse con il fine di stimolare, così, le singole economie nazionali grazie alla previsione di norme quali gli artt. 65 e 66 del Trattato CECA che vietavano le intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

Nel 1957 a Roma si giunse quindi tra i medesimi Paesi firmatari del Trattato CECA alla firma di un nuovo Trattato di più ampio respiro che diede vita al processo di integrazione europea. All'interno dell'art. 2, il TCE - Trattato Istitutivo della Comunità

---

<sup>12</sup> V. MAGNINI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, p. 8 ss.

Europea - si prefiggeva l'obiettivo di giungere ad *“uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche”* grazie anche alla *“creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune”*<sup>13</sup>.

A questo specifico scopo venivano introdotte due disposizioni a tutela della concorrenza: l'art. 85<sup>14</sup> – che vietava le decisioni di associazione e le pratiche concertate aventi quale oggetto o fine quello di restringere la concorrenza, salva la possibilità di esenzione dal divieto in presenza di alcune condizioni – e l'art. 86<sup>15</sup> – che statuiva il divieto di abuso di posizione dominante –. Il Trattato originariamente non conteneva alcun precetto che vietasse le concentrazioni; solo nel 1989, grazie al Reg. n. 4064/89, si giungeva all'emanazione di una serie di norme tutelative in questo senso.

All'indomani del primo dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a seguito dell'introduzione dell'art. 3 TUE – Trattato Istitutivo dell'Unione Europea (Maastricht 1992) – il fine della concorrenza non falsata non rientrò più tra gli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Unione Europea, tuttavia il Protocollo 27 allegato al TUE e al TfUE – Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - puntualizza che il mercato interno *“comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata”*.

Da questo punto in poi, le politiche di concorrenza comunitarie sono state guidate dall'obiettivo di armonizzare le singole legislazioni nazionali in vista in un unico mercato comune, le Autorità, quindi, sono intervenute con particolare attenzione soprattutto ad evitare accordi volti ad erigere barriere o ad ostacolare transazioni

---

<sup>13</sup> Art. 3, lett. f), Trattato istitutivo della Comunità Europea

<sup>14</sup> Poi rinumerato in 81 e oggi in 101 TfUE

<sup>15</sup> Poi rinumerato in 82 e oggi in 102 TfUE

commerciali tra stati membri. Si legge, a tal proposito in una recente Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: *“Un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento dell’obiettivo del Trattato, diretto a realizzare l’integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. La Corte ha così ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali o rendendo più ardua l’integrazione dei mercati nazionali, segnatamente quelli diretti a vietare o a limitare le esportazioni parallele, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo del Trattato”*<sup>16</sup>.

La politica anticoncorrenziale comunitaria, nella sua accezione economica di mezzo posto a salvaguardia del benessere economico generale, non ha mancato di perseguire anche obiettivi ulteriori che, in armonia con il disposto dell’art.101 TfUE, siano in grado di apportare migliorie all’offerta e un beneficio per i consumatori.

Fino a pochi anni fa, comunque, la politica comunitaria della concorrenza non aveva avuto la stessa portata e lo stesso impatto di quella d’oltreoceano, il processo di modernizzazione dell’approccio alla materia da parte delle Autorità antitrust comunitarie si è compiuto con il Reg. CE 1/2003 che ha apportato una vera e propria rivoluzione copernicana all’interno della materia prevedendo un progressivo abbandono dell’approccio formale – che fino ad allora aveva caratterizzato le decisioni – in favore in un approccio più economico all’analisi delle situazioni; una maggiore efficacia nell’applicazione della normativa comunitaria attraverso un più capillare

---

<sup>16</sup> CG, C-501, 513, 515/06 P, GlaxoSmithkline, in Racc., 2009, I-9291, § 61

coinvolgimento di giudici e autorità nazionali ed, infine, una rimodulazione degli strumenti e dei poteri di intervento e decisione.

Oggi, le norme europee antitrust con contenuto sostanziale sono:

- Artt. 101 e 102 TfUE che vietano, rispettivamente, le intese che restringono la concorrenza e l'abuso di posizione dominante;
- Reg. CE n.139/2004 per il controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese.

Tuttavia, si deve sottolineare che il sistema anticoncorrenziale europeo ha al suo interno disposizioni antitrust di notevole portata politica se applicate a stati di lunga tradizione dirigistica e comunque poco orientati a favorire lo sviluppo dei mercati. Si fa riferimento *in primis* all'art. 106 TfUE che prevede che gli Stati non possono né prevedere né mantenere nei confronti delle imprese pubbliche comportamenti contrari alle disposizioni del Trattato. In secondo luogo, ci si riferisce all'art. 107 il quale statuisce che sono, in linea di principio, vietati gli aiuti concessi dagli stati a imprese o settori produttivi, che falsano o minacciano di falsare la concorrenza del mercato comune.<sup>17</sup>

La realizzazione di un sistema concorrenziale unitario è, quindi – come detto –, all'interno del territorio comunitario, obiettivo primario per la realizzazione del mercato comune; la realizzazione di questo obiettivo è affidata alla Commissione Europea che, nel suo ruolo di garante dei Trattati, nomina un Commissario responsabile della politica della concorrenza al quale fa capo la Direzione Generale della Concorrenza<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, p. 12 ss.

<sup>18</sup> La Commissione si articola in dipartimenti denominati Direzioni Generali (DG) e servizi. Ogni DG è responsabile di un determinato settore ed è sotto la guida diretta di un commissario. Il coordinamento tra le varie DG è affidato al Segretario generale.

Compito fondamentale della Commissione è quello di attuare e vigilare sulla corretta attuazione delle norme contenute nel Trattato di Roma<sup>19</sup> nella parte relativa alla concorrenza. È la Commissione, infatti, ad intervenire mediante apposite Comunicazioni per disciplinare eventuali dubbi che potrebbero presentarsi sia sul versante dell'interpretazione che su quello applicativo, ha inoltre il potere di imporre rimedi strutturali e comportamentali alle imprese, di prevedere rimedi provvisori per evitare danni alla concorrenza e di applicare il *procedimento di infrazione*<sup>20</sup>.

È possibile impugnare le decisioni della Commissione dinanzi il Tribunale di primo grado ed eventualmente presso la Corte di Giustizia, i quali vigilano, inoltre, sulla corretta applicazione della normativa avendo anche il potere di dirimere controversie tra Stati membri, tra Stati e Istituzioni e tra privati cittadini.

Le norme di diritto antitrust adottate dai singoli stati membri altro non sono che il risultato di travagliati procedimenti storico legislativi nei quali il più delle volte è prevalso lo scopo perseguito dal legislatore, così come la lettura dallo stesso data al concetto di concorrenza. Si comprende, quindi, la ragione per cui il sistema tutelativo adottato dai singoli Stati membri risulta essere così variegato con riguardo alle finalità perseguite dalla medesima disciplina. Ciò non rende impossibile, però, poter rilevare al contempo numerose analogie – per ciò che attiene alle finalità perseguite – in relazione a formulazioni legislative e di interpretazione tanto giurisprudenziale, quanto dottrinale.

---

<sup>19</sup> Ved. Titolo VI, Capo I, artt. 81-89

<sup>20</sup> La procedura è abbastanza semplice e si articola nel seguente modo: la Commissione comunica allo Stato membro interessato di avere motivi per ritenere che stia violando la normativa, fissando contestualmente un termine entro il quale lo Stato stesso deve fornirgli una dettagliata informativa a riguardo; nel caso in cui la situazione persista la Commissione deferisce alla Corte di Giustizia che decide del caso.

Sul finire degli anni Ottanta, il nostro Paese – unitamente con la Turchia –, era l'unico stato dell'Unione Europea a non aver adottato alcuna normativa nazionale antitrust, questo perché, curiosamente, una commissione d'indagine parlamentare aveva giudicato non necessaria l'adozione di una siffatta normativa, in quanto si era singolarmente ritenuto che non esistessero problemi di concorrenza. Era vero esattamente il contrario.

È difficile oggi comprendere le ragioni che spinsero a una simile conclusione, ma si pensi che nella concezione dell'epoca una normativa anticoncorrenziale nazionale era vista come l'introduzione di nuove briglie che avrebbero ulteriormente penalizzato le imprese private che già faticavano a competere in regime di concorrenza – non sempre leale! – con le imprese pubbliche. A queste considerazioni bisogna aggiungere la palese debolezza della nostra economia e la non consapevolezza che la previsione di una normativa nazionale ha un ambito di applicazione profondamente differente rispetto a quella sovranazionale; un conto è asserire che le imprese italiane erano già sottoposte alla disciplina europea, altro è sostenere – come effettivamente accadde – che tale normativa fosse effettivamente in grado di interferire con le condotte sul mercato.

L'impresa pubblica dal canto suo sosteneva che l'idea di una tutela concorrenziale fosse inutile e superata, ravvisando quale motore del progresso economico l'intervento regolatore dello Stato e non il mercato.

Questa irremovibile concezione del legislatore nostrano venne poi scalfita dalla crisi economica che attraversò il nostro paese a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo, dovuta principalmente al tracollo del sistema dell'intervento pubblico

nell'economia culminata con la decadenza e poi privatizzazione o liquidazione di molte tra le principali imprese statali.

È in questo contesto che si inserisce la legge 287 del 1990. Tali norme avevano la funzione di dare una risposta alla crescente competitività intercontinentale che poneva in concorrenza tra loro stessi sistemi nazionali: per restare all'interno del processo di integrazione l'Italia dovette necessariamente dotarsi di una disciplina in tale senso. Erano, poi, la risposta alle fortissime pressioni degli organi comunitari per l'adozione di *corpus* che disciplinasse la concorrenza.

Il legislatore, dovendo riempire il vuoto assoluto per la totale mancanza di una disciplina anticoncorrenziale, decideva di optare per una serie di scelte che si rivelarono, poi, particolarmente felici. Innanzitutto, assorbì quasi *in toto* la normativa comunitaria, non sforzandosi quindi di ricercare un modello innovativo di legislazione antitrust, ma lo costruì fedelmente sul modello di quella comunitaria<sup>21</sup> ricalcandone principi ed istituti, ed apportando delle variazioni – neanche particolarmente significative – per meglio adattarla al nostro sistema economico. E, in mancanza di precedenti giurisprudenziali interni e di una voce autorevole in materia, scelse di interpretare le norme contenute nella legge secondo i principi comunitari in materia di disciplina Antitrust<sup>22</sup>, essendo necessario fornire a chi si apprestava ad adoperare la novella una guida interpretativa autorevole. È facile comprendere da tutto ciò l'assoluta rilevanza che ricopre in materia lo studio del diritto comunitario.

Il principio di coesistenza tra i due ordinamenti poneva, però, il legislatore dinanzi alla necessità – da taluni considerata superflua – di delimitare negativamente il campo di applicazione della normativa nazionale in modo tale da evitare interferenze con la

---

<sup>21</sup> Si fa riferimento alle norme contenute nell'allora Trattato di Roma e nel Reg. CEE n. 4064/89

<sup>22</sup> Ved. art. 1 comma 4 L. 287/90

legislazione comunitaria. Si tratta di una scelta – questa – che si pone in controtendenza rispetto a quelle adoperate dagli altri paesi membri e che mira principalmente ad evitare un sistema di doppio controllo e quindi di doppia sanzione<sup>23</sup>. Così la legge del 1990, prima ancora di dettare i criteri applicativi, già al quarto comma dell'art. 1<sup>24</sup>, delimita la propria funzione affidando all'ordinamento interno un ristretto ambito di applicazione della normativa antitrust. Quella disposizione, infatti, chiarisce che la normativa nazionale interviene solo e soltanto nel caso in cui la fattispecie controversa non fosse espressamente disciplinata a livello comunitario. Quest'ambito residuale di applicazione della disciplina italiana non deve stupire se si considera che, ad ogni modo, il labile confine tra le due normative è marcato, per esempio, nel caso di intese e abuso di posizione dominante, dal criterio generale previsto dagli artt. 101 e 102 del TfUE del “*pregiudizio al commercio tra stati membri*”.

Questione altrettanto significativa è la tendenza sviluppatasi a seguito dell'introduzione del Reg. n. 1/2003 volta ad alleggerire il carico decisionale comunitario decentrando a livello nazionale i procedimenti. Questo grazie al principio di sussidiarietà secondo cui la Comunità può agire nei settori di sua non esclusiva competenza soltanto nei casi in cui gli obiettivi o la particolare rilevanza dell'azione proposta possono meglio essere realizzati dalla Comunità piuttosto che dai singoli stati membri. È un processo di decentramento volto principalmente a rendere più incisiva e unitaria l'applicazione delle norme antitrust.

Una questione particolarmente spinosa – ancora oggi non del tutto risolta – è rappresentata dal fatto che comunque la legge 287 del 1990 ha rappresentato una

---

<sup>23</sup> RICOLFI M., *Diritto antitrust*, p. 529

<sup>24</sup> “*L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.*”



rottura con la tradizione economica nostrana orientata in senso dirigistico e corporativo, basti pensare alle disposizioni ancora presenti nel nostro codice civile in tema di consorzi<sup>25</sup>, scopo dei quali può essere tra l'altro quello di regolamentare la produzione o gli scambi. Insomma, il nostro ordinamento non poteva certo dirsi orientato alla concorrenza ed addirittura alcuni settori per precisa scelta legislativa ne erano sottratti<sup>26</sup>, per questa ragione il legislatore ha affidato alla normativa antitrust non solo il compito di regolare la concorrenza ma anche quello – certamente più arduo – di promuoverla, prevedendo poteri affidati all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGICOM) di segnalazione al legislatore e di rendere pareri allo stesso su norme esistenti o in corso di emanazione che ingiustificatamente restringono la libera concorrenza.

## **1.2. Le fattispecie disciplinate.**

Risulta necessario, quindi, a questo punto della trattazione, analizzare quello che forma oggetto di tutela nel diritto alla concorrenza, tanto su scala comunitaria quanto nazionale, ovvero quelle che sono le condotte che lo stesso si pone di prevenire e – quando ne ricorrano i presupposti – combattere.

Quando si parla di illeciti concorrenziali si fa riferimento principalmente a tre fattispecie – “Intese” volte a falsare la concorrenza, “Abuso di posizione dominante”, “Operazioni di concentrazione economica” - diverse tra loro per presupposti e contenuto, ma accomunate dal medesimo fine fraudolento di manipolare il libero gioco della concorrenza sul mercato.

---

<sup>25</sup> Ved. art. 2603, comma 3, c.c.

<sup>26</sup> Per esempio, quelli dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni, dei servizi offerti a imprese e privati

L'art. 2 della legge 287 del 19 ottobre 1990, sulla scorta dell'art. 101 TfUE, definisce e disciplina le intese restrittive della concorrenza, vale a dire “*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 simili*”<sup>27</sup> dichiarando vietate e nulle quelle che hanno la finalità di falsare o restringere in maniera consistente il mercato. Anche in questo caso la formulazione fatta dal legislatore italiano è molto simile – se non addirittura, per certi versi, identica – alla norma comunitaria, con la sola differenza che nell'assorbimento della nozione nel nostro ordinamento è stato omissivo ogni riferimento geografico necessario all'individuazione della fattispecie<sup>28</sup>.

Il concetto di “Intesa” che si è voluto dare in entrambe le formulazioni – comunitaria e domestica – è assai ampio e non prevede alcuna limitazione di sorta. Ad esempio, si fanno comunemente rientrare nella fattispecie “Intesa” gli accordi tra imprese anche se non espressamente vincolanti, le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese e organismi simili anche se adottate in attuazione di disposizioni statutarie e le c.d. pratiche concordate che, nella loro formulazione più lata, si riferiscono a tutte quelle attività di coordinamento che si traducono in comportamenti paralleli – *conscious parallelism* – consapevolmente adottati mediante comportamenti diretti o indiretti.

Tuttavia, non tutte le intese anticoncorrenziali sono vietate, infatti, lo stesso art. 2 al secondo comma prevede quale requisito di illiceità il fine di restringere o falsare in maniera consistente il libero gioco della concorrenza. Perciò, non sono da considerarsi

---

<sup>27</sup> Ved. art. 2, comma 1, l. 287/1990

<sup>28</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 101 TfUE sono considerate intese restrittive della concorrenza “tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”.

vietate le intese minori, quelle, cioè, che non incidono sull'assetto concorrenziale del mercato per tutta una serie di fattori come, ad esempio, le imprese coinvolte oppure la struttura del mercato stesso.

Bisogna, quindi, distinguere tra intese orizzontali e intese verticali in base ai soggetti coinvolti: sono orizzontali quelle che coinvolgono imprese che operano allo stesso livello economico, sono verticali quelle che si concludono, per esempio, tra produttore e rivenditore. In ogni caso, la legge elenca cinque<sup>29</sup> tipi di "Intese" espressamente vietate, sempreché queste, come già più volte ricordato, incidano in maniera significativa sull'andamento del mercato.

Chiunque può agire in giudizio, indipendentemente dall'iniziativa dell'Autorità, per far valere la nullità, anche in un momento antecedente alla produzione degli effetti della restrizione. L'Autorità accerta, quindi, a sua volta – tramite istruttoria – la sussistenza dell'intesa e procede all'adozione del provvedimento che può prevedere tanto la cessazione della condotta e la rimozione degli effetti nocivi, quanto sanzioni pecuniarie.

Come già previsto dal TfUE, anche il nostro ordinamento attribuisce all'Autorità la facoltà di concedere esenzioni temporanee, purché ricorrano specifiche condizioni.

---

<sup>29</sup> Le intese espressamente vietate dal secondo comma dell'art.2, e che sostanzialmente ricalcano quelle previste dall'art.101 TfUE, sono:

- "a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi."*

Il secondo fenomeno disciplinato dall'ordinamento nazionale e comunitario è l'"Abuso di posizione dominante" da parte di una o più imprese e previsto, rispettivamente, nell' art. 3 legge 287 del 1990 e dall'art. 102 TfUE.

È bene precisare che non è vietata la mera posizione di dominanza sul mercato, ma, piuttosto, lo sfruttamento abusivo della stessa con comportamenti lesivi dei concorrenti e dei consumatori, capaci di pregiudicare la concorrenza effettiva.<sup>30</sup>

L'art. 3 – sulla base di quanto già previsto dall'art. 102 – espressamente fa riferimento al concetto di "*mercato rilevante*" quale parametro generale per valutare l'esistenza di un'effettiva lesione della concorrenza. Non esiste una nozione giuridica di "*mercato rilevante*", ma si individua essenzialmente in base a parametri merceologici e geografici: per quanto riguarda i prodotti essa si fonda sul concetto di intercambiabilità o sostituibilità dei prodotti da parte del consumatore in base all'offerta dei concorrenti; sul piano del mercato geografico, invece, ci si riferisce all'area in cui le imprese agiscono in concorrenza.

Quindi, una volta individuato il mercato rilevante, la valutazione della posizione dominante viene fatta confrontando la quota detenuta dall'impresa – calcolata in base al fatturato – con quella complessiva del mercato.

Il legislatore comunitario e quello nazionale, così come per le "Intese", hanno previsto cinque fattispecie tipiche esemplificative di comportamenti da ritenersi certamente "Abuso di posizione dominante".

Le fasi di denuncia e accertamento dell'illecito sono sostanzialmente identiche a quelle già illustrate per le intese restrittive della concorrenza con la sola – abissale – differenza che il divieto di abuso della posizione dominante non ammette eccezioni.

---

<sup>30</sup> G.F. CAMPOBASSO, Diritto dell'impresa, vol.1, p. 228 ss.

La terza ed ultima fattispecie posta sotto controllo dalla legge antimonopolistica sia interna che comunitaria è costituita dalle “Operazioni di concentrazione economica” che, secondo l’art. 5 della legge 287/1990, si sostanzia quando due o più imprese si fondono dando luogo ad un’unica impresa oppure quando due o più imprese, pur restando giuridicamente distinte, danno vita ad un’unica entità economica, ovvero ancora quando due imprese indipendenti costituiscono un’impresa societaria comune. Le imprese comuni sono escluse dalla disciplina delle concentrazioni quando abbiano come scopo il coordinamento del comportamento sul mercato delle imprese partecipanti, così come sono esclusi dalla disciplina anche gli istituti bancari e di finanziamento che acquistano partecipazioni di controllo di una società con l’unico scopo di ripiazzarli sul mercato.<sup>31</sup>

In realtà, le concentrazioni non sono di per sé vietate, anzi, costituiscono un utile strumento di ristrutturazione aziendale poiché rispondono anche all’esigenza di accrescere la competitività delle imprese coinvolte sul mercato. Danno, però, luogo a fattispecie illecite, e per questo vietate, qualora vadano ad alterare in maniera consistente il regime concorrenziale del mercato, pericolo che ovviamente, sussiste nel caso di concentrazioni di maggiori dimensioni.

Per questa ragione, le operazioni di concentrazioni che superano determinate soglie di fatturato devono essere tassativamente comunicate all’Autorità, al fine di valutare se esse costituiscono o meno fattispecie illecite. In questi casi l’AGCM dà avvio ad una fase istruttoria al termine della quale può vietare la concentrazione oppure autorizzarla, in base a quelle che sono state le risultanze probatorie.

---

<sup>31</sup> Ved. art. 5, commi 2 e 3, legge 287/1990

### 1.3. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La novità più significativa intervenuta nel nostro ordinamento all'indomani dell'attuazione della legge n. 287/1990 è stata, senza dubbio alcuno, la creazione di un'autorità che vigilasse sul corretto andamento del mercato e sul rispetto delle norme antitrust: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

L'Autorità rientra nel novero delle c.d. *autorità indipendenti*<sup>32</sup>, e le sue funzioni principali, che trovano ragion d'essere all'interno dell'art. 41 Cost. più precisamente nella previsione del principio di libera iniziativa economica, sono quelle relative all'applicazione della disciplina della concorrenza. Come già si è accennato, essa interpreta le norme in base ai principi dell'ordinamento comunitario e applica in maniera decentrata le norme in materia di concorrenza contenute nel TfUE.<sup>33</sup>

L'Autorità svolge i suoi poteri in piena indipendenza politica e amministrativa, sebbene sia comunque sottoposta al controllo giurisdizionale del Giudice amministrativo e sussista l'obbligo di riferire annualmente al Parlamento e al Governo sull'attività svolta.

Secondo parte della dottrina, specialmente quella più risalente, si tratterebbe a tutti gli effetti di un organo equiparabile *in toto* al Giudice ordinario, in quanto svolge le sue attività nel pieno rispetto delle tipiche garanzie giurisdizionali, quali il rispetto del contraddittorio fra le parti ed il pieno rispetto dei diritti di difesa. In più, come il Giudice ordinario, l'Autorità è investita di poteri di accertamento e repressione delle

---

<sup>32</sup> Modello di controllo amministrativo completamente slegato dal circuito dell'indirizzo politico-amministrativo e soggetto unicamente alla legge. Si è affermato a partire dagli anni 90 rivoluzionando il sistema amministrativo tradizionale.

<sup>33</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 345

violazioni che può svolgere d'ufficio o su istanza di parte e che si sostanziano nell'emanazione di provvedimenti impugnabili dinanzi al Giudice amministrativo.

Tale interpretazione va però a collidere con il divieto assoluto contenuto nella Costituzione di creare giudici speciali<sup>34</sup>. Inoltre, l'Autorità, assumendo su di sé sia poteri istruttori che decisorii, lede il principio di imparzialità e terzietà imprescindibile per tutti gli organi giurisdizionali; circostanze, queste, che farebbero sembrare più opportuno farla rientrare nel novero delle amministrazioni tradizionali, anziché in quello delle autorità giurisdizionali.

L'Autorità è, dunque, – e senza dubbio alcuno – un organo amministrativo e non un giudice, sebbene le decisioni adottate a conclusione di un suo procedimento hanno natura di decisioni amministrative di tipo giurisdizionale.

È indubbio come molti istituti tipici del diritto amministrativo sono stati riletti in virtù dell'applicazione della disciplina anticoncorrenziale ed in particolar modo di quella relativa all'AGCM.

L'Autorità è un organo collegiale formato da quattro membri più il Presidente nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato, il mandato è di sette anni e non può essere confermato.

Figura peculiare è quella del Segretario Generale che ha il compito di sovrintendere al corretto funzionamento di servizi e uffici, è nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico, previa proposta del Presidente dell'Autorità.

L'AGCM è suddivisa al suo interno in tre Direzioni Generali – per la concorrenza, per la tutela del consumatore e per le Risorse – a loro volta ripartite in Direzioni settoriali,

---

<sup>34</sup> Ved. art. 102 Cost.

che per i settori di loro competenza, svolgono poteri di indagine e analisi delle pratiche settoriali.

Le principali attività affidate all'Autorità attengono principalmente alla Tutela della concorrenza, la legge n. 287/1990, infatti, l'ha investita di poteri di controllo del comportamento delle imprese sul mercato occupandosi – in questo senso – principalmente di tre tipologie di fattispecie: intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante, controllo preventivo del comportamento di imprese che possono creare o rafforzare una posizione dominante.

L'Autorità è, anche, competente in materia di pubblicità ingannevole e comparativa in base a quanto previsto dal d.lgs. n. 206/2005<sup>35</sup>, essendole stati affidati poteri di inibizione dei comportamenti ritenuti rientranti nella fattispecie della pubblicità ingannevole ed il poter di giudicare le questioni in materia di pubblicità comparativa, verificando se vi sono tutti i presupposti di legge per aversi comparazione.

Preme ricordare, poi, il potere di segnalazione nei confronti di Parlamento e Governo e di tutte le altre amministrazioni pubbliche, di cui è investita l'Autorità stessa, nei casi in cui atti normativi vigenti o in via di formazione e provvedimenti amministrativi inducano a restrizioni della concorrenza sul mercato senza la scorta di esigenze di pubblico interesse<sup>36</sup>. Questo potere di segnalazione – cd. *Competition advocacy* – ha investito tutti i settori nevralgici dell'economia in virtù di una maggiore armonizzazione della disciplina interna e il processo di liberalizzazione svoltosi a livello europeo.

Passando ora ad analizzare più nel dettaglio i poteri tipici dell'AGCM che si sostanziano – come anticipato – in poteri istruttori, di predisposizione di misure

---

<sup>35</sup> Ved. Titolo III, Capo II

<sup>36</sup> Ved. artt. 21 e 22 legge 287/90



ripristinatorie o inibitorie, sanzionatori e di adozione di provvedimenti, oltreché poteri consultivi e di segnalazione.

L'Autorità svolge i suoi poteri secondo un meccanismo simil-processuale, vale a dire che nessuna decisione viene assunta se prima non si è correttamente istaurato contraddittorio tra le parti<sup>37</sup>.

Il nocciolo duro dei poteri attribuiti all'Autorità è – senza alcun dubbio – rappresentato dall'attività di accertamento e qualificazione degli atti, fatti e comportamenti secondo quanto contenuto dalla legge antimonopolistica e che per questo potrebbero essere oggetto delle decisioni dell'Autorità stessa. La funzione di accertamento, essendo una funzione quasi-giudiziale, viene svolta facendo ricorso ad ampi poteri istruttori e ispettivi ma nel pieno rispetto del principio del contraddittorio; poiché è richiesta la massima collaborazione alle parti, ma con la puntuale osservanza delle prerogative processuali delle stesse. Infatti, anziché di contraddittorio semplice sarebbe più opportuno riferirsi al contraddittorio c.d. rinforzato.

Al procedimento di accertamento degli illeciti, se ne aggiungono altri due che prevedono rispettivamente l'adozione di misure cautelari e le decisioni di accettazione degli impegni presentati dalle parti. Questi poteri ulteriori, di cui inizialmente l'Autorità era sprovvista, le sono stati attribuiti dal legislatore del 2006 il quale è intervenuto sulla falsariga di quanto già previsto dal – più volte citato – Regolamento n. 1 del 2003.

---

<sup>37</sup> I soggetti interessati e coinvolti possono, in qualunque momento della trattazione, intervenire e prendere visione di tutti gli atti amministrativi sui quali si basa la decisione.

L'art. 14 bis<sup>38</sup> della legge n. 287/1990 ha attribuito all'Autorità, al fine di rendere più performante la sua attività, il potere di adottare misure cautelari, le quali mirano ad evitare che nelle more del procedimento istruttorio, e qualora sin da subito la violazione antitrust risulti fondata – *fumus boni iuris* –, si producano danno gravi e continuati alla concorrenza e ai consumatori – *periculum in mora* –. L'adozione di misure cautelari deve avvenire previa formazione del contraddittorio, con esclusione dei casi di particolare urgenza e gravità in cui la misura può essere concessa *inaudita altera parte*.

Per garantire una soluzione più celere ed efficace dei problemi concorrenziali, qualora l'infrazione non sia particolarmente grave, l'Autorità può concludere l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione accettando e rendendo obbligatori gli impegni proposti dalle parti<sup>39</sup>, sempreché siano idonei a rimuovere il problema.

Un ultimo strumento di politica antitrust è rappresentato dal potere di adottare programmi di clemenza, messi a servizio di una più efficace tutela del mercato e strutturati sul modello dei *leniency programs* comunitari<sup>40</sup>. In sostanza, questi programmi consistono nella facoltà di concedere alle imprese che abbiano collaborato alla scoperta del cartello l'immunità dalla sanzione, o una consistente riduzione; nel valutare l'apporto che le imprese danno ai fini del rinvenimento dell'illecito si deve – innanzitutto – considerare la tempestività della collaborazione prestata e la valenza probatoria del materiale fornito e delle informazioni prodotte.

Di particolare rilievo risulta essere l'attività di vigilanza svolta sui conflitti di interesse per verificare che i titolari di pubblici incarichi, nello svolgimento dei propri uffici,

---

<sup>38</sup> “I soggetti interessati e coinvolti possono, in qualunque momento della trattazione, intervenire e prendere visione di tutti gli atti amministrativi sui quali si basa la decisione.”

<sup>39</sup> Ved. Art. 14 ter, l. 287/1990

<sup>40</sup> Ved. Art. 15, co. 2 bis, l. 287/1990

siano mossi esclusivamente dal voler perseguire gli interessi pubblici e, quindi, per evitare – e prevenire – che possano porre in essere atti e prendere parte a deliberazioni in situazioni di conflitto di interesse<sup>41</sup>.

In più, all’Autorità è stato attribuito il potere di impugnare tutti i provvedimenti generali e individuali innanzi al Giudice amministrativo; l’interesse pubblico alla tutela della concorrenza giustifica una legittimazione processuale straordinaria, non legata quindi alla titolarità di una situazione giuridica. Questo potere inevitabilmente va a rafforzare quello di *advocacy* di cui si è già parlato.

I procedimenti dinanzi ad essa possono essere attivati o su istanza di parte, oppure d’ufficio.

Nel primo caso si attivano, per l’appunto, a seguito di una denuncia avente ad oggetto un comportamento scorretto sul mercato che può pervenire tanto da privati, quanto dalla Pubblica Amministrazione; nell’altro caso è la stessa Autorità ad avviare un’indagine nei casi in cui sospetti la sussistenza di una condotta lesiva della concorrenza.

Ogniqualevolta si attiva un procedimento - tanto d’ufficio, quanto su istanza di parte -, il Presidente nomina un relatore. Sulla base degli elementi raccolti nell’attività istruttoria svolta delle Direzioni e sentite le parti coinvolte (in una separata riunione), l’Autorità, in composizione collegiale, assume la propria decisione.

Le decisioni che l’Autorità assume a conclusione del procedimento istruttorio sono vincolanti per le parti, in quanto si tratta di decisioni di natura amministrativa e, pertanto, i soggetti coinvolti sono tenuti a rispettarle. Inoltre, è prescritto che le stesse debbano essere motivate poiché idonee ad incidere su situazioni giuridiche di terzi.

---

<sup>41</sup> Ved. art. 1, l. 215/2004

Le pronunce, solitamente, si sostanziano nel potere-dovere di diffida affidato all'AGCM che può consistere tanto in un obbligo negativo di *non facere* quanto in un obbligo positivo di *facere*. Per quanto riguarda il contenuto può essere anche generico, questa eventualità è vista con maggior favore dal Giudice amministrativo, poiché in questo modo l'AGCM rimette alla stessa impresa il compito di individuare la condotta più idonea ad eliminare le conseguenze dannose del contegno illecito, senza considerare poi che meglio si adegua allo spirito liberista del diritto antitrust.

Il precipuo rilievo che il legislatore attribuisce alla diffida si coglie nell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, che, appunto, conferisce all'Autorità un ulteriore potere sanzionatorio per inottemperanza dell'ordine impartito<sup>42</sup>; lo stesso articolo prevede, poi, un secondo potere sanzionatorio, questa volta pecuniario, da infliggere nel caso di infrazioni gravi. Tuttavia, l'Autorità deve contenere la sanzione entro determinati limiti prestabiliti e fissati in una somma non superiore al 10% del fatturato realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio precedente alla diffida.

Un modo alternativo di concludere il procedimento può aversi, come sopra già riportato, attraverso la conferma degli impegni assunti dalle parti<sup>43</sup>.

Da ultimo, è doveroso fare menzione anche dell'ipotesi in cui, a seguito dell'istruttoria, la condotta esaminata non venga qualificata come un'infrazione, accertando quindi la compatibilità di detta condotta con la normativa della concorrenza. Una simile fattispecie deve essere distinta dal caso in cui l'illiceità della condotta non viene rilevata per insufficienza di prove.

---

<sup>42</sup> La sanzione viene irrogata a seguito di un processo sanzionatorio, non già di accertamento, volto perciò esclusiva, esclusivamente a verificare se ricorrono i presupposti per la sanzione.

<sup>43</sup> Ved. Art. 14 bis l. 287/90

#### 1.4. Sistema di attuazione della normativa *antitrust*: il *public* e *private enforcement*.

A questo punto si deve analizzare il sistema di *enforcement* al quale è affidato il compito – non sempre agevole – di garantire un’efficace applicazione della normativa ed una adeguata tutela degli interessi in gioco.

Il *public enforcement* garantisce la tutela degli interessi generali del mercato ed è affidato alle Autorità – nazionale e comunitaria – competenti per l’applicazione del diritto alla concorrenza, le quali possono comminare sanzioni in caso di violazioni.

Il *private enforcement* è, invece, basato sull’iniziativa dei privati – imprenditori, imprese, consumatori – i quali adiscono l’Autorità giudiziaria ordinaria per chiedere la cessazione della condotta illecita e il risarcimento del danno derivante dalla stessa.

Le forme di tutela sopra riportate sono del tutto autonome e sinergiche, poiché non sussiste alcun vincolo di pregiudizialità tra l’azione promossa dai privati e l’accertamento svolto dall’Autorità garante della concorrenza. E’ possibile, quindi, che azioni di risarcimento del danno siano proposte oltre che come spesso accade “a valle” di decisioni della AGCM o della Commissione – c.d. azioni *follow on* – anche prima e indipendentemente dall’avvio di un procedimento da parte dell’Autorità – c.d. azioni *stand alone* –.<sup>44</sup>

Come anticipato, a livello comunitario l’Autorità preposta a questo compito è la Commissione, che dispone di una competenza esclusiva in determinate discipline, come ad esempio quella relativa alle concentrazioni<sup>45</sup>, mentre per altre ha una competenza concorrente con quella delle Autorità nazionali, è il caso delle fattispecie

---

<sup>44</sup> F. GHEZZI – G. OLIVIERI, ved. cap. *L’applicazione del diritto antitrust*, in *Diritto antitrust*,

<sup>45</sup> Regolamento n. 139/2004

di abuso di posizione dominante e intese. Per completezza, si deve precisare che alcuni ordinamenti nazionali – non il nostro – prevedono anche la possibilità di comminare sanzioni penali come deterrente per scoraggiare condotte illecite sul mercato<sup>46</sup>.

Anche dopo la modernizzazione e le implementazioni contenute nel Reg. n. 1/2003, la Commissione continua a conservare il ruolo centrale nel *public enforcement* comunitario, ma è stata dispensata dalla competenza esclusiva a conoscere dei presupposti previsti dall'art. 101 TfUE, della quale sono state investite, invece, le Autorità nazionali, facendo sì che la Commissione potesse concentrarsi maggiormente sul contrasto degli illeciti più gravi.

Come già in precedenza riportato, si ribadisce che l'art. 1 della legge n. 287/1990, al comma 1, stabilisce la residualità della normativa nazionale ed esplicitamente prevede la sua applicazione nei casi non disciplinati da norme comunitarie. Si tratta, comunque, di una residualità temperata, atteso che la sospensione della procedura in sede nazionale può intervenire solo ed esclusivamente in caso di avvio di una procedura innanzi all'Autorità comunitaria. Inoltre, al successivo comma 4, è previsto espressamente che *“l'interpretazione delle norme [contenute nel presente titolo] è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”*<sup>47</sup>. Ciò comporta che l'evoluzione della disciplina nazionale sulla concorrenza è strettamente ancorata a quella comunitaria al fine di evitare che si vengano a creare situazioni di conflitto di giudicato.

Tuttavia, queste regole generali tipiche dell'ordinamento italiano hanno in gran parte ceduto il passo alla normativa comunitaria contenuta nel Regolamento n. 1 del 2003

---

<sup>46</sup> L'ordinamento nord-americano, per esempio, prevede sanzioni di questo genere per punire i casi più gravi di “cospirazione ai danni del consumatore”.

<sup>47</sup> Ved. art. 1, comma 4, legge 287/1990

nella parte relativa alla sovrapposizione di competenze tra Autorità nazionale e Commissione.

L'art. 3 del Regolamento citato statuisce il principio di competenza parallela, disponendo che qualora le Autorità interne applichino le fattispecie disciplinate dagli artt. 81 e 82 del Trattato hanno altresì l'obbligo di applicare la disciplina prevista dagli stessi articoli. In più, dal momento che non è possibile sanzionare in ragione di disposizioni interne contegni non rientranti in quelli disciplinati o sanzionati dalla normativa comunitaria, è imposto un regime di obbligo di convergenza nell'applicazione della normativa nazionale.

Ancora, le Autorità nazionali sono investite del potere di “*ordinare la cessazione di un’infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende*”<sup>48</sup> o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale. Questo regime di competenza parallela impone l’urgenza di coordinamento ed integrazione tra le Autorità nazionali e comunitarie per evitare di trattare contemporaneamente la stessa fattispecie, ovvero di adottare decisioni contrastanti con quelle in precedenza adottate da altri Stati membri o dalla Commissione stessa. A tal fine, quindi, sono stati previsti degli strumenti volti al coordinamento fra le Autorità nazionali e la Commissione<sup>49</sup>, e fra le giurisdizioni nazionali e la Commissione<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Ved. art. 5 Regolamento n. 1/2003

<sup>49</sup> Si fonda, come ricordato, sulla sinergica collaborazione tra Commissione e Autorità nazionali attuata mediante:

- Obbligo di informazione;
- Scambio di documenti e trasmissioni di informazioni.

<sup>50</sup> Affinché la Commissione possa coadiuvare i Giudici nazionali nell’applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, essa può:

- Trasmettere, su richiesta, informazioni pertinenti aventi ad oggetto controversie ancora pendenti;
- Formulare, sempre su richiesta, pareri di fatto o di diritto senza però potersi addentrare nel merito di questioni pendenti dianzi a giudici nazionali;
- Presentare osservazioni scritte e orali, previa autorizzazione del Giudice procedente, su questioni ancora pendenti in funzione c.d. di *amicus curiae*.

## 2. La responsabilità extracontrattuale, nozione generale.

È prescrizione generale del nostro ordinamento quella secondo cui un soggetto danneggiato da una condotta illecita altrui, può ottenere dal danneggiante il risarcimento del danno sofferto. Una prima, generica, formulazione di questo tipo è contenuta all'interno dell'art. 2043<sup>51</sup> del Codice Civile del 1945. I termini di questo principio vengono poi specificati dal successivo art. 2046 c.c. nel quale si stabilisce che il risarcimento può conseguire soltanto quando concorrono una serie di presupposti tassativi: la sussistenza del fatto, l'illiceità dello stesso, l'imputabilità di questo al danneggiante, il dolo o la colpa del soggetto agente, il nesso di causalità tra il fatto ed il danno evento ed, infine, - ovviamente – il danno subito.

La responsabilità che grava sul danneggiante viene definita responsabilità extracontrattuale, in contrapposizione alla c.d. responsabilità contrattuale conseguenza dell'inadempimento di una obbligazione, ovvero anche responsabilità “*aquiliana*”<sup>52</sup>, o ancora più genericamente come responsabilità civile.<sup>53</sup>

Per completezza espositiva si devono, brevemente, analizzare i singoli presupposti della responsabilità extracontrattuale.

Per “Fatto” si intende quel comportamento dell'uomo che cagiona il danno, quindi sarebbe più opportuno parlare di atto piuttosto che genericamente di fatto. La condotta tenuta può essere commissiva quando si sostanzia in un *facere*, mentre omissiva quando si tratta di un *non facere*, con la precisazione, in questo secondo caso, che

---

<sup>51</sup> Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

<sup>52</sup> Denominazione nascente dalla tradizione romanistica, si fa riferimento alla *Lex Aquilia de danno* che nel III secolo a.C. già disciplinava un'area quasi coincidente con quella affidata alla tutela extracontrattuale.

<sup>53</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, ved. cap. LV: *La responsabilità extracontrattuale*, in *Manuale di Diritto Privato*



venga posta in essere in violazione di un obbligo giuridico ovvero in violazione delle norme di diligenza e correttezza imposte dal principio solidaristico sancito dall'art. 2 Cost..

Generalizzando, l'evento produttivo del danno consiste in un mero fatto materiale.

Tuttavia, non è sufficiente che si tratti di un mero fatto per essere legittimati ad avere diritto al risarcimento, ma occorre che il fatto sia "Illecito". In taluni casi l'illiceità è espressamente prevista dalla legge e, quindi, chi viola la legge è obbligato al risarcimento, si parla, quindi, di illecito civile legalmente tipizzato ed è il caso in cui il legislatore – per esempio – prevede che "*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*"<sup>54</sup>. Altre volte – anzi, il più delle volte –, invece, la condotta fonte del diritto al risarcimento non trova la sua ragion d'essere nella legge. In questi casi interviene la clausola generale contenuta nello stesso art. 2043 c.c. che stabilisce che qualunque contegno volto a procurare un danno obbliga il soggetto agente al risarcimento. Tuttavia, questa norma non prevede né quali danni sono da considerarsi ingiusti, né tanto meno quali siano i criteri per accertarlo.

Risulta, perciò, indispensabile stabilire quali tra le lesioni di interessi altrui sono cagionate da atti illeciti, si qualificano come condotte anti giuridiche e, quindi, determinano un danno ingiusto.

Inizialmente, la dottrina considerava ingiusto solo il danno arrecato *contra ius*, cioè in violazione di un diritto soggettivo del danneggiato, e non anche il danno arrecato *non iure*, quindi non nell'esecuzione di un diritto che compete al danneggiante. La

---

<sup>54</sup> Ved. Art. 185, co. 2, c.p.

giurisprudenza è giunta oggi ad ammettere non solo la risarcibilità della lesione di diritti, ma anche quella delle situazioni di fatto con la sola condizione che queste siano comunque protette dall'ordinamento. Ed ancora, si è ammessa la risarcibilità anche della lesione di interesse legittimo<sup>55</sup> .

Al riguardo, quindi, si può affermare che oggi l'orientamento prevalente prevede una tutela generica che non ha ad oggetto solo il danno derivante dalla lesione di un diritto soggettivo assoluto o relativo, ma da qualsiasi lesioni di interessi, anche se non protetti da diritti soggettivi, ma comunque tutelati dall'ordinamento.

Per essere obbligati al risarcimento del danno cagionato – c.d. capacità delittuosa – è sufficiente che al momento del compimento dell'atto il soggetto fosse in grado di intendere e volere<sup>56</sup> .

Tra i presupposti della responsabilità contrattuale previsti dall'art. 2403 c.c. rientrano anche il “Dolo” e la “Colpa” del soggetto agente.

Per dolo si intende l'intenzionalità della condotta, vale a dire la consapevolezza dell'autore che l'azione ha conseguenze dannose, non è poi necessario che si sia agito con lo scopo di cagionare danno, essendo prevista la fattispecie del c.d. dolo eventuale – da contrapporsi a quello diretto – secondo cui chi ha agito non lo ha fatto con un fine dannoso ma semplicemente con la consapevolezza che lo stesso avrebbe potuto rappresentare una delle conseguenze dell'azione e se ne sia assunto il rischio. In ogni caso, comunque, il dolo non è essenziale ai fini del riconoscimento della responsabilità extracontrattuale, essendo sufficiente anche solo la colpa, infatti l'art. 2043 c.c. prevede in alternativa i due presupposti della colpa o del dolo; è possibile, tuttavia,

---

<sup>55</sup> Danno derivante dalla lesione da parte della Pubblica Amministrazione di una norma che tutela in pubblico interesse e che solo indirettamente tutela l'interesse privato.

<sup>56</sup> Per tale intendendosi quel minimo di attitudine a comprendere il disvalore sociale del proprio contegno e ad autodeterminarsi.

riconoscere la responsabilità solo se la condotta è dolosa ed è il caso della c.d. illecito essenzialmente doloso.

Per colpa si intende l'aver agito in assenza della diligenza, della prudenza o della perizia richieste, oppure di averlo fatto in inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Orbene, diligenza, imprudenza ed imperizia si valutano in base ad un parametro oggettivo rappresentato da quanto è lecito attendersi in quelle circostanze da *bonus pater familias*<sup>57</sup>, cioè verificando tutte le circostanze del caso per accertare se in danneggiante avrebbe potuto – o dovuto – agire diversamente, in base alle valutazioni solite di una persona normale e attenta. L'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline è, invece, di per sé produttrice di colpa.

Al fine di vedersi riconosciuto il risarcimento per il danno subito, la prova del dolo e della colpa deve essere fornita dal danneggiato e poco importa la gravità della colpa, come anche irrilevante è se l'evento sia stato causato con colpa o con dolo, il risarcimento integrale è comunque garantito.

Altro presupposto necessario per configurare la fattispecie di responsabilità extracontrattuale è rappresentato dal “Nesso di Causalità” tra fatto ed evento lesivo. Per poter imputare ad un soggetto l'obbligo a risarcire il danneggiato, infatti, è obbligatorio dimostrare che proprio la sua condotta sia la causa di quello specifico evento dannoso. Da un punto di vista naturalistico si considerano cause tutte quelle circostanze che costituiscono *conditio sine qua* non dell'evento verificatosi, cioè tutte quelle condotte senza il cui verificarsi l'evento stesso non si sarebbe potuto produrre. È questo il caso della c.d. causalità materiale o di fatto, per verificare la sussistenza della quale è necessario indagare se senza il verificarsi di quelle condotte l'evento si

---

<sup>57</sup> Vale a dire quel soggetto particolarmente coscienzioso, accorto e preparato.

sarebbe prodotto ugualmente. È indispensabile, però, distinguere all'interno di tutte le condotte collegate ad un determinato evento dannoso se sono cause giuridicamente rilevanti. Per fare ciò la giurisprudenza ha formulato il criterio della causalità adeguata<sup>58</sup>.

Per concludere, occorre analizzare l'ultimo presupposto essenziale per far sorgere l'obbligo risarcitorio, cioè il "Verificarsi di un Danno" come conseguenza del fatto illecito, vale a dire delle alterazioni negative delle situazioni del soggetto rispetto a quelle che si sarebbero avute senza il verificarsi dell'evento lesivo. È opportuno distinguere la nozione di "danno evento" e "danno conseguenza", nel primo caso si intende quello derivante da una lesione *non iure* di un interesse tutelato dall'ordinamento, mentre il secondo prende in considerazione i pregiudizi concretamente sofferti in conseguenza del verificarsi del c.d. danno-evento. È il danno conseguenza ad essere oggetto del diritto al risarcimento.

Per completezza si deve segnalare che la giurisprudenza – specialmente la più recente – fa rientrare nella più generica nozione di danno anche quella di c.d. perdita di chance, intendendosi la perdita di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire o ottenere un determinato risultato o bene utile.

Laddove concorrano tutti i presupposti sopra richiamati nasce l'obbligo al risarcimento del danno nelle sue due forme: risarcimento per equivalente, consistente nel versamento al danneggiato di una somma di denaro in misura tale da compensarlo del pregiudizio sofferto, e quello in forma specifica, consistente nella rimozione diretta del pregiudizio verificatosi.

---

<sup>58</sup> Una condotta si considera causa in senso giuridico di un evento se in base ad un giudizio *ex ante*, l'evento ne risultava già conseguenza prevedibile ed evitabile.

Perché un danno sia qualificato come tale è, dunque, indispensabile che lo stesso sia qualificato come “ingiusto”, cioè commesso *non iure*<sup>59</sup>, dal momento che il quello causato *secundum ius* non risulta essere risarcibile. Così come non può ritenersi ingiusto il danno arrecato dall’adempimento di un dovere impartito da una norma giuridica o dalla Pubblica Autorità.

L’art. 2044<sup>60</sup> c.c. espressamente esclude l’ingiustizia nel caso in cui il danno sia arrecato per legittima difesa, dunque, a fronte di una aggressione illegittima alla persona o ai beni di un consociato, la legge autorizza chi ne è vittima o testimone ad intervenire per sventare o far cessare l’aggressione anche cagionando danni all’aggressore qualora non sia possibile agire altrimenti, l’interesse dall’agredito prevale sempre su quello dell’aggressore. Tuttavia, affinché questa scriminante possa operare devono concorrere le seguenti condizioni:

- a. L’illegittimità dell’aggressione alla persona o al patrimonio del consociato;
- b. L’attualità del pericolo;
- c. L’inevitabilità del pericolo;
- d. La non imputabilità all’agredito della situazione di pericolo;
- e. La strumentalità dell’offesa volta – esclusivamente – a neutralizzare l’aggressione;
- f. La proporzionalità tra difesa e offesa<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Il danno non deve essere causato nell’esercizio di un diritto che l’ordinamento riconosce al danneggiante.

<sup>60</sup> “Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri.”

<sup>61</sup> Secondo quanto disposto dall’art. 52, comma 2, c.p. “... Sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d’aggressione.”

La legittima difesa, pertanto, deve essere esercitata nei confronti dell'aggressore, se, invece, l'aggressione dovesse recare danno ad un terzo diverso dall'aggressore non si potrà invocare la legittima difesa, ma – se ne ricorrono i presupposti – lo stato di necessità<sup>62</sup>, cioè quei casi in cui chi ha agito lo ha fatto costretto dalla necessità di salvare sé o altri. Elementi essenziali per la configurazione di questa seconda scriminante sono:

- a. Il pericolo alla vita, alla salute, all'integrità fisica e ai diritti fondamentali della persona del danneggiante o di un terzo;
- b. La serietà del pericolo;
- c. L'attualità del pericolo;
- d. L'inevitabilità del pericolo;
- e. L'involontarietà del pericolo;
- f. La proporzionalità del fatto dannoso al pericolo.

Altre scriminanti generiche possono essere riconosciute a chi abbia agito con il consenso del danneggiato, il danno subito in occasione della partecipazione ad attività lecite pericolose.

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale è più breve di quella ordinaria, *ex art. 2947 c.c.* pari a cinque anni. Problema di particolare rilevanza è rappresentato dall'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine prescrizione. Esso non decorre già dal compimento dell'azione illecita, e neppure da quello in cui si verifica il danno conseguente alla stessa, ma dal momento in cui la condotta delittuosa e il relativo danno si manifestano all'esterno, diventando, pertanto, oggettivamente percepibili e riconoscibili.

---

<sup>62</sup> Ved. art. 2045 c.c.

In generale, si distinguono due fattispecie: illecito istantaneo, il *dies a quo* inizia a decorrere nel momento in cui è oggettivamente percepibile la prima manifestazione del danno, ovvero illecito permanente, in tal caso la prescrizione decorre da ogni giorno successivo a quello in cui il danno si manifesta.

### **2.1. Responsabilità oggettiva, aggravata e solidale.**

A prima lettura sembrerebbe che l'art. 2043 cit. riconosca il diritto al risarcimento solo nell'eventualità in cui l'atto illecito sia colposo o doloso. In verità, lo stesso codice prevede una serie di ipotesi in cui la fattispecie risarcitoria sorge anche in assenza di dolo e di colpa, si parla in questi casi di responsabilità oggettiva<sup>63</sup>.

A titolo esemplificativo si consideri l'art. 2049<sup>64</sup> c.c., il quale prevede la responsabilità del c.d. preponente per i danni cagionati dai suoi preposti nell'esercizio delle loro incombenze. In siffatti casi il danneggiato non solo non ha obbligo di provar il dolo o la colpa del preponente, ma il preponente non può neppure sottrarsi da tale responsabilità, essendovi, dunque, obbligato a prescindere.

Dunque, si tratta di una responsabilità oggettiva in quanto risulta fondata su un criterio di imputazione che prescinde da una valutazione di riprovevolezza della condotta del soggetto che la legge indica come responsabile.

Oltre alle ipotesi in cui la responsabilità risarcitoria viene accollata dal legislatore al danneggiante a prescindere dalle circostanze dolose o colpose, lo stesso legislatore prevede tutta una serie di ulteriori ipotesi in cui la posizione del danneggiato viene

---

<sup>63</sup> Da contrapporre alla responsabilità soggettiva, la quale sorge in presenza di dolo o colpa del danneggiante.

<sup>64</sup> “I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.”

tutelata più intensamente, e di contro quella del danneggiante risulta aggravata, nelle quali grava sul danneggiato la prova della colpa del danneggiante.

In siffatti casi il regime ordinario della responsabilità civile viene derogato sotto due profili differenti: da un primo punto di vista non è il danneggiato a dover fornire la prova della colpa del danneggiante, ma è quest'ultimo a dover fornire la prova liberatoria; da un secondo punto di vista, la prova liberatoria richiesta al danneggiante non si riduce sino al dimostrare di aver agito con diligenza, prudenza e perizia, dunque alla mera mancanza di colpa. Sono diverse le figure di responsabilità aggravata previste dal codice civile.

Uno stesso evento dannoso può essere cagionato dall'azione congiunta di più soggetti distinti, le condotte illecite tenute possono essere consapevolmente, ma anche autonome e temporalmente distinte. In questo secondo caso le condotte di un agente possono – addirittura – essere ignorate dagli altri autori della condotta illecita.

L'art. 2055<sup>65</sup> c.c., dunque, riconosce la responsabilità solidale dei danneggianti per il medesimo fatto riconoscendo, inoltre, al responsabile che abbia risarcito il danno un diritto di recesso verso gli altri corresponsabili.

Tuttavia, al fine di far sorgere la fattispecie risarcitoria la norma richiede – solamente – che il fatto dannoso sia imputabile a più soggetti, anche quando le condotte lesive siano autonome tra loro e non condividano lo stesso titolo di responsabilità, dal momento che è lo stesso fatto dannoso a costituire la ragione di unificazione delle condotte<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> “Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.

*Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*

*Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali.”*

<sup>66</sup> Ved. Cass. 21 giugno 2013, n. 15687



Secondo l'orientamento della dottrina maggioritaria<sup>67</sup> l'art. 2055 cit. individua nel fatto dannoso la stessa fonte dell'obbligazione al risarcimento, a conferma che la *eadem causa obligandi* va ricercata in un unico fatto dannoso provocato da una pluralità di condotte illecite ex art. 2043, e non già in un unico fatto illecito.

Dunque, l'effettività della tutela risarcitoria è garantita dalla previsione che tutti i danneggianti sono obbligati al risarcimento evitando, in questo modo, che l'incapienza patrimoniale di alcuni di loro possa lasciare insoddisfatto il danneggiato, che risulta in questo modo doppiamente garantito. Solo nella successiva – eventuale – azione di regresso vengono in rilievo le singole responsabilità e la conseguente ripartizione della quota di danno attribuibile a ciascun agente<sup>68</sup>.

## **2.2. La deroga alla disciplina generale della responsabilità solidale in materia di *antitrust*.**

L'art. 11 della direttiva 104 del 2014 al fine di garantire il pieno risarcimento per le vittime di un danno anticoncorrenziale introduce il principio di responsabilità solidale per le imprese che abbiano preso parte ad una condotta illecita. Dunque, il danneggiato potrà rivolgersi per l'intero ammontare della somma risarcibile a qualunque delle imprese co-autrici, fatta salva – ovviamente – la possibilità per l'impresa escussa di rivalersi in via di regresso sugli altri autori dell'illecito.

In linea generale, il principio della responsabilità solidale non si applica solo agli acquirenti diretti e indiretti delle imprese partecipanti all'illecito, ma anche a

---

<sup>67</sup> BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa, Profili sistematici*, Milano, 1974, 141; POLETTI, sub art. 9 d.p.r. 24 maggio 1988, n.224, in *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in nuove leggi civ. comm., cit., 601; Cass. s.u. 15 luglio 2009 n. 16503.

<sup>68</sup> In assenza di indicazioni precise sulle effettive quote di danno il concorso si considera paritetico.

danneggiati diversi, dal momento che la corte di giustizia europea<sup>69</sup> ha riconosciuto in materia i c.d. *umbrella claims*. Vale a dire che gli acquirenti diretti o indiretti di un'impresa terza che non ha partecipato al cartello ma che ha potuto godere di un "prezzo di protezione" mantenendo, dunque, alto il livello dei prezzi sono parificati agli acquirenti diretti o indiretti di un'impresa che ha attivamente preso parte ad un cartello.

Tuttavia, il regime della responsabilità solidale è temperato da alcune deroghe in favore delle piccole e medie imprese (in seguito PMI) e del beneficiario dell'immunità. Tali deroghe agiscono solo in presenza di determinate condizioni, e con la garanzia che non saranno applicate laddove il danneggiato non sia riuscito ad ottenere dalle altre imprese co-autrici congruo risarcimento.

Dunque, posta la regola vengono immediatamente individuate le eccezioni.

La *ratio* della deroga è duplice ed è fondata, da una parte, sulla volontà di non voler penalizzare economicamente un'impresa di modeste dimensioni che per ragioni di prossimità potrebbe essere aggredita da un danno elevato, e rischierebbe il proprio fallimento e, dall'altra parte, sulla volontà di proteggere l'effettività del *public enforcement* nell'ambito del quale lo scambio tra informazioni e immunità ricopre un ruolo decisivo.

Tuttavia, la limitazione di responsabilità non è assoluta, in quanto è fatto salvo il diritto al pieno risarcimento del danno e le due fattispecie contengono specifici elementi costitutivi necessari per l'operare della deroga.

È necessario precisare, in primo luogo, che la responsabilità solidale resta ferma quando il danneggiato sia rimasto insoddisfatto dalle azioni proposte contro gli altri

---

<sup>69</sup> Corte giust. UE, 5 giugno 2014, causa C-57/12, *Kone*.

coautori. Dunque, i beneficiari della deroga hanno un obbligo sussidiario e residuale che si manifesta solo a seguito dell'incapienza degli altri danneggiati.

In secondo luogo, l'eccezione è limitata a monte sotto il punto di vista della legittimazione, giacché è prevista esclusivamente per gli acquirenti diretti e indiretti.

Ragionando *a contrario* si può concludere che la solidarietà opera per i danneggiati sia acquirenti diretti o indiretti sia terzi, anche se per questi ultimi la via risarcitoria contro uno qualsiasi dei coautori è subordinata alla impossibilità di venire soddisfatta da tutti gli altri.

Oltre a queste limitazioni generiche e comuni ad entrambe le fattispecie esistono la regola della responsabilità solidale esige delle condizioni ulteriori e specifiche, di seguito illustrate.

La prima deroga riguarda le PMI le quali devono essere definite alla luce del diritto europeo<sup>70</sup>, secondo il quale sono da considerarsi tali quelle imprese che occupano meno di duecentocinquanta dipendenti, il cui fatturato annuo non supera i cinquanta milioni di euro e/o il cui totale di bilancio annuo non supera i quarantatré milioni di euro. In più il legislatore italiano richiede che siano soddisfatte due ulteriori condizioni: che la quota rilevante nel mercato sia inferiore al cinque per cento per tutto il tempo in cui si sia protratta la violazione, e che l'applicazione dell'art. 2055 c.c. non procuri un pregiudizio irreparabile alla sua solidarietà economica.

È opportuno rilevare che la deroga è inapplicabile in presenza di due condizioni soggettive: nel caso in cui la PMI abbia già commesso una violazione del diritto alla concorrenza, nel caso in cui la PMI abbia svolto un ruolo guida o abbia costretto terzi a partecipare alla violazione.

---

<sup>70</sup> Ved. art. 2, let. u), d. lgs. 3/2017

Dunque, è disposto un regime di vantaggio per le imprese medie e piccole che – da un punto di vista soggettivo – non sia né recidive né abbia svolto un ruolo preponderante nella condotta anticoncorrenziale e che – da un punto di vista oggettivo – non abbiano ottenuto ingenti benefici economici per mezzo del contegno anticoncorrenziale o rischino di entrare in stato di crisi a causa dello stesso.

Quindi, dal quadro che ne deriva è evidente lo sforzo profuso dal legislatore europeo prima, e da quello nazionale poi, nel cercare di trovare un punto di equilibrio tra il diritto al pieno ristoro per i danneggiati e la limitazione di responsabilità per i danneggianti, evitando che si determini una erronea valutazione del danno sia sotto il profilo della colpa, sia sotto quello della valutazione economica.

Dunque, tenuto conto che la deroga vale solo per PMI e che è limitata a risarcimenti domandati da acquirenti diretti ed indiretti ed ulteriormente ridotta nella sua portata da permanere di una responsabilità sussidiaria, previsione appare del tutto ragionevole ed equilibrata on relazione al bilanciamento degli interessi in gioco.

Per le imprese beneficiarie di immunità le deroghe al regime generale di responsabilità solidale sono previste in conseguenza alla presa di coscienza del ruolo centrale assunto dai programmi di clemenza nella tutela amministrativa contro le intese restrittive della concorrenza.

Sebbene siano ispirate dal criterio del minor prezzo le deroghe al regime di responsabilità solidale incidono sia sul piano della responsabilità, sia su quello della prova, risultando facile pensare che in assenza di esse il diritto al pieno risarcimento sarebbe meglio garantito. Il danneggiato avrebbe pieno accesso alle informazioni e prove rese dinanzi all'Autorità e può aggredire il danneggiante che ha reso dichiarazioni confessorie per l'intero ammontare del danno. Ma, se così fosse,

l'*immunity system* garantirebbe una tutela deteriore, dunque per rendere i *leniency programs* appetibili per le imprese si prescrive un trattamento di favore per i coautori dell'illecito che collaborino con l'Autorità.

Quindi, si è consentito al giudice civile, su istanza di parte, di ordinare all'Autorità di divulgare gli atti del procedimento dinanzi ad essa svolto, ma con due limitazioni.

In primo luogo, l'ordine *ex art. 210 c.p.c.* deve essere consentito solo al termine del procedimento in relazione alle informazioni rese, alle informazioni redatte e comunicate alle parti e alle proposte di transazione revocate.

In secondo luogo, è vietato di ordinare ad una parte o ad un terzo di esibire prove – *c.d. black list* – aventi ad oggetto dichiarazioni rese in un programma di clemenza.

In ogni caso la deroga alla disciplina generale garantisce non solo una forma di responsabilità sussidiaria, ma anche una limitazione del danno che può essere chiamato a rifondere agli altri coobbligati.

Dunque, l'effetto finale della deroga sul piano processuale è quello di prevedere un regime in cui si privilegia il *public enforcement* anche a discapito del singolo danneggiato che dovrà aggredire prima tutti gli altri danneggianti e poi eventualmente riuscire a dimostrare la responsabilità dell'*immunity recipient* senza, tuttavia, poter far trasferire nel procedimento civile tutto il materiale probatorio già contenuto in quello amministrativo.

### 2.3. La tutela risarcitoria del consumatore.

Il consumatore, così come considerato nelle teorie economiche classiche, è uno strumento della produzione, e il mercato, seppur nello sforzo di garantire una parità tra gli operatori, appare comunque il *locus* in cui si registrano prevaricazioni in danno di una massa di acquirenti e di utenti che non sono in grado – per ovvie ragioni – di effettuare le scelte migliori.

Per ovviare e garantire una tutela alla parte debole con l’inserimento dell’art. 140 bis nel Codice del consumo si è voluto munire il nostro ordinamento di una azione risarcitoria collettiva sulla falsariga della *class action* americana.

Si tratta, come detto, di un’azione a vantaggio di una pluralità di consumatori alla quale ogni singolo danneggiato è libero di aderire.

L’azione può essere avviata da ogni “componente della classe” dei consumatori o utenti ma, una volta dichiarato ammissibile dal giudice, giova a anche a quei consumatori o utenti che vantino diritti soggettivi omogenei e che pur senza essere parte del giudizio aderiscano all’azione promossa nei termini assegnati e con la dovuta pubblicità.

Dunque, la sentenza eventualmente emanata farà stato tra tutti gli aderenti all’azione di classe, i quali sono vincolati a non intentare azioni simili in giudizio<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Ved. art. 140 bis, co. 14 “La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l’azione individuale dei soggetti che non aderiscono all’azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l’adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d’ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.”

Il comma secondo<sup>72</sup> dell'art 140 *bis*, cit., definisce l'oggetto della tutela in una formulazione sufficientemente ampia da non escludere la possibilità di potersi profilare o un risarcimento contrattuale o extracontrattuale in virtù di ogni singolo caso. Tuttavia, preme ricordare che l'azione di classe in ogni caso rimane esclusivamente una azione di responsabilità, un'azione per danni o restitutoria. Le situazioni giuridiche ricomprese nell'ambito di applicazione dell'azione di classe saranno ammesse a tutela se presentano i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio così come definiti dal giudice.

Una volta individuato l'oggetto si passa, poi, a valutare la situazione in base alla quale può ravvisarsi l'omogeneità dei diritti degli aderenti all'azione. L'omogeneità sarà riferita al *petitum*, inteso quale oggetto di tutela e quindi della pronuncia richiesta, ma non in relazione all'entità del danno eventuale subito dai soggetti aderenti, ma sarà riferita anche alla *causa petendi* come ragione giuridica a fondamento dei diritti azionati, tenute salve delle possibili – e inevitabili – diversità in fatto. In ogni caso, l'omogeneità non sarà esclusa per la presenza di semplici differenziazioni nelle posizioni dei singoli membri della classe, per esempio, dovute a alle caratteristiche e alle peculiarità dei singoli rapporti che al massimo richiederanno accertamenti individualizzati in sede di identificazione e quantificazione del danno.

L'adesione all'azione di classe comporta la rinuncia per il singolo consumatore o utente ad ogni azione ulteriore che si basi sul medesimo titolo, salvi i casi in cui il giudizio si estingua si interrompa oppure si chiuda con una transazione a cui il consumatore non aderisce<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup>«L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori.»

<sup>73</sup> Ved. commi 3 e 15, art. 140 *bis*, Codice del consumo.

La soddisfazione, sia del proponente che degli aderenti, sarà immediata, nel senso che una volta che la sentenza sia divenuta esecutiva potranno ottenere le somme dovute, e nell'eventualità in cui la sentenza sia resa ai sensi dell'art. 1224<sup>74</sup> c.c. il proponente e gli aderenti chiederanno autonomamente ad altro giudice la liquidazione di quanto disposto dalla sentenza che dirime l'azione di classe.

Alla luce delle ultime modifiche apportate alla disciplina, è necessario rilevare la volontà del legislatore a favorire una composizione stragiudiziale delle controversie ad oggetto in particolare con la previsione che il giudice assegni *“un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo”*<sup>75</sup>. In caso di mancato accordo entro il termine il giudice procederà a liquidare le somme dovute ad ogni aderente.

#### **2.4. La tutela risarcitoria in materia *antitrust*.**

Il diritto antitrust, come già rappresentato, si compone dell'insieme di regole volte a impedire gli accordi, le pratiche concordate e le condotte unilaterali delle imprese in grado di ridurre o falsare il libero gioco del mercato. Le infrazioni a queste norme hanno ricadute negative sulla collettività poiché le restrizioni della concorrenza si traducono in una perdita di benessere per i fruitori del mercato, sia dal lato delle imprese, sia da quello dei consumatori. Per questa ragione il riconoscimento del diritto al risarcimento è fortemente radicato nell'ordinamento comunitario grazie al Regolamento CE n. 1 del 2003 il quale funge – tra le altre cose – da raccordo tra la

---

<sup>74</sup> Ci si riferisce all'azione di classe c.d. di posizione in cui il giudice non liquida l'ammontare del risarcimento, ma solo il criterio in base effettuare la liquidazione.

<sup>75</sup> Art. 140 bis, comma 12, codice del consumo.



tutela giurisdizionale dei diritti lesi dagli illeciti anticoncorrenziali e l'attuazione del diritto antitrust. Il Considerando 7 del Regolamento attribuisce direttamente ai Giudici nazionali la tutela dei diritti garantiti a livello sovranazionale ed, in particolare, la valutazione del caso in oggetto, e l'eventuale riconoscimento del risarcimento del danno in favore delle parti danneggiate dalle infrazioni antitrust.

Con riferimento al nostro ordinamento, il secondo comma dell'art. 33<sup>76</sup> della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 riconosce esplicitamente all'interno dell'ordinamento italiano l'esperibilità di azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme concorrenziali.

Le azioni risarcitorie in senso stretto, secondo quanto riportato dall'articolo citato, sono di competenza del Giudice ordinario e, nello specifico, delle sezioni specializzate in materia di impresa competenti per territorio, mentre per ciò che attiene ai soggetti legittimati ad esperire tale azione l'articolo non si pronuncia.

Una simile lacuna nel sistema normativo ha creato non poche divergenze in dottrina e giurisprudenza e, in particolare, sul punto relativo al rapporto – già non chiaro – tra diritto antitrust e tutela del consumatore. In una prima fase non sembrava configurabile una tutela del consumatore per violazione delle norme anticoncorrenziali, la Cassazione in una sentenza<sup>77</sup> del 1999 aveva statuito come gli artt. 85 e 86 del Trattato CEE – oggi 101 e 102 TfUE – hanno come destinatari gli imprenditori non già i consumatori. Oggi, grazie ai recentissimi interventi del legislatore sovranazionale e nazionale, si assiste ad una radicale inversione di rotta.

---

<sup>76</sup> “Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni.”

<sup>77</sup> Cass., Sez. I, 1999 n. 1811

È opportuno, quindi, accennare al decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017 – oggetto di analitica trattazione nel prosieguo – che all’art.1 garantisce *“il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese”*. Il decreto fa proprie tutta una serie di indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, oltre che interna, prima fra tutte quella concernete la legittimazione ad agire riconosciuta non solo a chiunque abbia subito un danno derivate dalla violazione della normativa antitrust, ma anche alle associazioni di consumatori o di utenti così come qualificate dall’art. 140 bis del Codice del consumo.

Dopo aver svolto una succinta premessa sulle questioni da trattare, nel prosieguo si appunterà l’attenzione sui recentissimi interventi normativi che hanno innovato la materia risarcitoria del diritto antitrust ed in particolar modo sulle modifiche che il decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 ha apportato al procedimento risarcitorio dinanzi al Giudice ordinario.

## **Capitolo II: Le novità sostanziali del d. lgs. n. 3 del 2017**

### **1. L'impatto nel processo civile italiano del d. lgs. n. 3 del 2017, considerazioni preliminari.**

Le considerazioni fin qui svolte portano – certamente – ad affermare che il diritto alla concorrenza ha giocato un ruolo più che decisivo nel lungo e tortuoso percorso di formazione, prima, e consolidamento, poi, del mercato unico europeo.

L'Italia, essendo parte integrante di questo contesto, non ha potuto che assecondare le spinte europee a dotarsi sotto il profilo sostanziale e processuale di un *corpus* di norme per la tutela risarcitoria in caso di violazioni delle disposizioni in materia di diritto alla concorrenza.

Così il 19 gennaio 2017 il Governo italiano in adempimento agli obblighi europei, e in conformità alla delega contenuta nella legge di delegazione europea 2014<sup>78</sup>, ha emanato il decreto legislativo n. 3 del 2017 in attuazione della Direttiva n. 104 del 2014 in materia di azioni risarcitorie per violazione di norme antitrust.

La delega fissava alcuni principi e criteri di indirizzo per il recepimento della citata Direttiva ed in particolare il Governo si impegnava ad estendere la portata delle disposizioni contenute nella Direttiva alle azioni di risarcimento derivanti da violazioni della normativa interna, anche laddove l'azione venisse esercitata parallelamente a quelle derivanti da violazioni della normativa comunitaria e si impegnava, inoltre, a rivedere la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa<sup>79</sup> alla luce dei parametri previsti dalla legislazione europea.

---

<sup>78</sup> Ved. l. n. 114 del 9 luglio 2015

<sup>79</sup> Già investite della competenza a conoscere dei giudizi in materia antitrust dalla l. 168/2003

Senza dubbio si può affermare che, sia la Direttiva, sia il decreto di recepimento rappresentano una sintesi nitida degli sforzi profusi nell'evoluzione del diritto alla tutela antitrust e che, pertanto, ne siano una conclusione naturale. Ciò si evince chiaramente dal fatto che il legislatore europeo ha voluto riprendere tutti i principi che sinora hanno caratterizzato il diritto europeo *lato sensu*, quali ad esempio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, quello della parità delle armi e quello del pieno risarcimento del danno.

Il legislatore italiano, dal canto suo, nella stesura del testo del decreto di recepimento, non ha apportato modifiche sostanziali rispetto a quanto già previsto nella Direttiva, volendone conservare la sua struttura originaria. Tanto, sia nella prospettiva delle tutele che con la consapevolezza che *“il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto”*<sup>80</sup>.

È proprio in quest'ottica che si vogliono esaminare di seguito le principali novità processuali introdotte in tema di azioni risarcitorie per danno antitrust.

### **1.1. I soggetti legittimati a richiedere il pieno risarcimento del danno.**

Gli artt. 1 e 2 del d. lgs. n. 3 del 2017 individuano i soggetti che possono assumere la veste di danneggiato e le voci di danno che possono formare oggetto di risarcimento. Più nello specifico, il diritto al risarcimento è riconosciuto *“in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese”*<sup>81</sup>. Pertanto, è legittimato ad agire

---

<sup>80</sup> Ved. considerando 4, Dir. 2014/104/UE

<sup>81</sup> Art. 1, comma 1, d. lgs. 3/2017

chiunque ritenga di aver subito un danno per effetto di comportamenti scorretti sostanziatisi in violazioni del diritto alla concorrenza, così come inteso nel Capitolo I. Occorre anche aggiungere che una delle novità contenute nel decreto attiene proprio alla possibilità di applicare le norme in esso contenute non solo per le azioni individuali, ma anche per le azioni collettive da intendersi ai sensi dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo.

È possibile rinvenire – in maniera netta –, dunque, la matrice sovranazionale della novella e di come questa abbia assorbito quanto da lungo tempo afferma la Corte europea di giustizia<sup>82</sup> circa il riconoscimento della legittimazione ad agire a chiunque abbia subito danni da comportamenti scorretti tenuti da altri sul mercato.

È chiaro, poi, anche il richiamo sovranazionale alla tutela dei diritti fondamentali degli individui su cui la pretesa risarcitoria in materia antitrust risulta – parzialmente – fondata, prescrivendo che ogni persona – i cui diritti sono garantiti dal diritto dell'Unione – è messa nelle condizioni di avere un congruo risarcimento dinanzi ad un giudice imparziale.

L'ampio spettro di soggetti dotati di legittimazione attiva contribuisce significativamente a valorizzare il ruolo svolto dalle azioni risarcitorie come strumento idoneo a garantire l'effettività della struttura competitiva del mercato<sup>83</sup>.

Per ciò che attiene la quantificazione del danno, invece, il decreto puntualizza che *“il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni”*.

---

<sup>82</sup> Ved. C. Giust. CE 20 settembre 2001, causa n. 453/99

<sup>83</sup> Ved. considerando 5, Dir. 2014/104/UE

In estrema sintesi<sup>84</sup>, il danno emergente comprende le spese che il danneggiato ha dovuto sostenere per far fronte alla violazione del diritto antitrust, il lucro cessante incorpora, invece, il mancato guadagno.<sup>85</sup>

La scelta di includere nel risarcimento il lucro cessante risulta da quanto affermato dalla Corte di giustizia che ne ha chiarito così la *ratio*: “*l’esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario [della concorrenza] poiché, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno*”<sup>86</sup>. Tuttavia, è d’obbligo precisare che per l’accoglimento della domanda di risarcimento per lucro cessante si “*esige la prova anche presuntiva dell’esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità l’esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile*”<sup>87</sup>.

Infine, rimangono esclusi dal risarcimento le c.d. “sovracompenzazioni”, sia nella forma dei danni punitivi che di quelli multipli, poiché si ritiene che il ricorso ai c.d. danni punitivi – di larga utilizzazione nei paesi di *Common Law* – non sia compatibile con il nostro ordinamento, giacché in esso la liquidazione dei danni svolge una funzione esclusivamente riparatoria.

---

<sup>84</sup> Si rimanda al § 3 di questo capitolo.

<sup>85</sup> CASOLARI F., *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto alla concorrenza*, cit., pp. 4 ss.

<sup>86</sup> C. Giust. UE 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04

<sup>87</sup> Cass. 13 luglio 2011, n. 15385, in *Mass.*, 2011, p. 592

## 1.2. Le azioni *follow on* e le azioni *stand alone*.

Uno degli aspetti dai quali maggiormente si apprezza quanto la fonte comunitaria abbia messo la tradizione giuridica nazionale a dura prova – anche in considerazione della vicolatività della disciplina – è la distinzione tra azioni *follow on* e azioni *stand alone*.<sup>88</sup>

Si tratta di una distinzione puramente formale, ma da considerarsi rilevante con riguardo al possibile esito del processo davanti al giudice ordinario, che attiene esclusivamente all'esistenza o meno di un accertamento precedente sul medesimo argomento.

Più nel dettaglio, sono azioni *follow on* quelle conseguenti all'accertamento dell'illecito ad opera della commissione o dell'AGCM, sono, invece, azioni *stand alone* quelle che non presuppongono alcuna valutazione antecedente in sede amministrativa.<sup>89</sup>

Come anticipato la differenza tra le azioni attiene principalmente alla maggiore o minore riuscita della pretesa dinanzi al giudice. A tale proposito è opportuno considerare quanto disposto dall'art. 9<sup>90</sup> della Direttiva 104 del 2014, il quale obbliga gli Stati membri a prevedere che la violazione del diritto antitrust accertata in sede amministrativa debba considerarsi provata ai fini dell'azione dinanzi al giudice ordinario.

Una siffatta determinazione risponde all'esigenza, di derivazione comunitaria e ormai assorbita appieno dal nostro ordinamento, di attribuire all'organo giudicante ordinario

---

<sup>88</sup> MARMIROLI G., *Inquadramento dell'azione di risarcimento del danno*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, cit., pp. 70 ss.

<sup>89</sup> RORDORF R., *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014, p.p. 784 ss.

<sup>90</sup> Tale norma è stata introdotta nell'ordinamento italiano con l'art. 7 d. lgs. n. 3/2017

in materia di antitrust un ruolo di importanza paritario rispetto a quello assegnato agli organi amministrativi a ciò preposti<sup>91</sup>.

Tale principio si fonda sull'idea, tipicamente comunitaria, che *private* e *public enforcement* altro non sono che due facce della stessa medaglia, contribuendo assieme alla creazione di un mercato in libera concorrenza.

Si può, dunque, comprendere la difficoltà del legislatore italiano nel trovare un compromesso tra il principio di matrice europea e l'ordinamento interno, tuttavia questa sintesi è stata – brillantemente – raggiunta nel disposto dell'art. 7 del decreto legislativo 3 del 19 gennaio 2017, il quale testualmente prevede: “*la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove*”. Dunque, si introduce una sorta di giudicato *secundum eventum litis*, nella misura in cui la pronuncia dell'Autorità garante – nazionale o europea – obbligherebbe il giudice, nei limiti previsti, solo se l'accertamento svolto abbia avuto esito positivo.

---

<sup>91</sup> Ved. considerando 3 Dir. 2014/104/UE



### **1.3. La competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.**

L'AGCM non gode – come anticipato nel capitolo precedente – di una competenza esclusiva nell'applicazione del diritto anticoncorrenziale, poiché, il legislatore non solo ha riaffermato la competenza parallela degli organi comunitari ma ha addirittura attribuito al Giudice ordinario la competenza a conoscere in materia di azioni di nullità, risarcimento del danno, provvedimenti d'urgenza e violazioni degli artt. 101 e 102 TfUE che producono i loro effetti sul mercato italiano<sup>92</sup>.

In verità, la scelta adoperata dal legislatore di affidare la tutela del diritto antitrust ad un doppio binario – amministrativo e giudiziario – in un primo momento non aveva raccolto particolari consensi in quanto si temeva si potessero creare situazioni di contrasto di giudicati in situazioni analoghe.

Al contrario, si è rilevata positiva ed efficace. I temuti contrasti di giudicato non si sono poi effettivamente avuti, ed anzi, la possibilità di ricorrere all'Autorità Giudiziaria Ordinaria ha permesso di avere una valida alternativa all'inerzia di quella amministrativa.

Tuttavia, la libertà dei Giudici non è incondizionata, essa incontra un importante limite nel caso in cui debbano applicare gli artt. 101 e 102 TfUE, in quanto non è possibile adottare decisioni in contrasto con quanto già deciso dalla Commissione<sup>93</sup>. Pertanto, al Giudice ordinario è inibito di valutare in maniera difforme un medesimo comportamento rispetto alle precedenti decisioni della Commissione.

---

<sup>92</sup> Ved. art. 33, comma 2, l. 287/1990

<sup>93</sup> Ved. art. 16, §1, Reg. n. 1/2003

Diversa natura e vincolatività hanno i provvedimenti dell'AGCM nei confronti del giudice ordinario, i quali, come si avrà modo di analizzare più avanti, formano prova privilegiata dell'illecito concorrenziale.<sup>94</sup>

Appurata, dunque, la giurisdizione concorrente dell'Autorità e del Giudice ordinario occorre analizzare i principi posti alla base dell'individuazione del giudice munito della competenza a decidere.

In esecuzione di uno dei principi e criteri direttivi stabiliti dal rinvio contenuto nella legge di delegazione n. 114 del 2015, l'art. 18 decreto legislativo n. 3 del 2017 interviene al fine di garantire la concertazione delle controversie risarcitorie nella materia della concorrenza e deroga alla disciplina previgente contenuta nell'art. 4<sup>95</sup> del decreto legislativo 168 del 2003.

---

<sup>94</sup> Sul punto si rimanda al Capitolo IV dell'elaborato

<sup>95</sup> «Le controversie di cui all'articolo 3 che, secondo gli ordinari criteri di ripartizione della competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono assegnate alle sezioni specializzate di primo e secondo grado istituite secondo il seguente criterio:

- a) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), e Potenza: sono competenti le sezioni specializzate di Bari;
- b) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Bologna e Ancona: sono competenti le sezioni specializzate di Bologna;
- c) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Catania, Messina, Reggio Calabria e Catanzaro: sono competenti le sezioni specializzate di Catania;
- d) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Firenze e Perugia: sono competenti le sezioni specializzate di Firenze;
- e) per i territori ricompresi nel distretto di corte d'appello di Genova: sono competenti le sezioni specializzate di Genova;
- f) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Milano e Brescia: sono competenti le sezioni specializzate di Milano;
- g) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Napoli, Salerno e Campobasso: sono competenti le sezioni specializzate di Napoli;
- h) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Palermo e Caltanissetta: sono competenti le sezioni specializzate di Palermo;
- i) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Roma, L'Aquila, Cagliari e Sassari (sezione distaccata): sono competenti le sezioni specializzate di Roma;
- l) per i territori ricompresi nel distretto di corte d'appello di Torino: sono competenti le sezioni specializzate di Torino;
- m) per i territori ricompresi nel distretto di corte d'appello di Trieste: sono competenti le sezioni specializzate di Trieste;
- n) per i territori ricompresi nei distretti di corte d'appello di Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata): sono competenti le sezioni specializzate di Venezia.”

Invero, l'art. 18 aggiunge all'art. 4 il comma 1 *ter* con il quale si dispone che la competenza relativa alle controversie in materia antitrust disciplinate tanto da norme interne, quanto da norme comunitarie, sia devoluta solo ad alcune delle sezioni specializzate in materia d'impresa potenzialmente idonee a poterle decidere, e individuate nei tre uffici giudiziari delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.<sup>96</sup>

Ne consegue che si viene a creare una commistione di competenze tra il criterio della materia e quello territoriale.

Pertanto, ogni qual volta la materia controversa sia relativa alla violazione della normativa antitrust – comunitaria o nazionale - il numero delle sezioni specializzate competenti territorialmente è inferiore rispetto a quello previsto per le altre c.d. materie d'impresa.

Una riduzione così drastica del numero di giudici competenti la si può comprendere se considerata come un mezzo necessario – ma non sufficiente – per raggiungere una più alta specializzazione dell'organo giudicante. Sarebbe infatti auspicabile che le funzioni assegnate alle sezioni di cui all'art. 4 novellato, comma 1 *ter*), fossero esclusivamente di natura antitrust, per evitare promiscuità nelle sezioni stesse e nelle assegnazioni ai singoli giudici.<sup>97</sup>

In definitiva, alle sei sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso le sedi dei Tribunali e delle Corti d'Appello di Milano, Roma e Napoli sono affidate – in primo e secondo grado – le controversie a cui si riferisce l'art. 33, comma secondo<sup>98</sup>,

---

<sup>96</sup> LICCI P., *La competenza delle Sezioni Specializzate (art. 18)*, in SASSANI B. (a cura di), *cit.*, pp. 77 ss.

<sup>97</sup> VERDE G., *I giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in *Riv. trim. dir. poc. civ.*, pp. 133 ss.

<sup>98</sup> *"Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi"*

della legge 287 del 10 ottobre 1990 e tutte quelle relative alla violazione della normativa antitrust comunitaria. È questo il risultato di una serie di interventi normativi volti a razionalizzare la competenza in questa delicatissima e specialistica materia.

Invero, prima del 2012, lo stesso art. 33 stabiliva che la competenza in materia spettasse in unico grado alla Corte d'Appello, limitandone la cognizione alle sole azioni di nullità, a quelle di risarcimento del danno ed ai provvedimenti d'urgenza. Per ciò che riguardava, invece, l'antitrust europeo era competente in primo grado il Tribunale, ed in secondo grado la Corte d'Appello. Sicché, il riparto della competenza in materia concorrenziale si basava sulla distinzione tra illeciti contro la disciplina comunitaria e illeciti contro la disciplina nazionale. Tutto ciò senza alcuna limitazione territoriale.

È con il decreto legislativo 30 del 2005 che la competenza per la materia antitrust – sia interna che comunitaria – viene attribuita alle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale, seppur in considerazione di taluni limiti contenuti espressamente nell'art 134<sup>99</sup> dello stesso decreto.

---

*davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni.”*

<sup>99</sup>“Sono devoluti alla cognizione delle sezioni specializzate previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168:

- a) 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 ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e degli articoli 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la cui cognizione è del giudice ordinario, e in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate;*
- b) le controversie nelle materie disciplinate dagli articoli 64, 65, 98 e 99 del presente codice;*
- c) le controversie in materia di indennità di espropriazione dei diritti di proprietà industriale, di cui conosce il giudice ordinario;*
- d) le controversie che abbiano ad oggetto i provvedimenti del Consiglio dell'ordine di cui al capo VI di cui conosce il giudice ordinario.”*

Per ovviare alla notevole frammentazione del quadro relativo alla competenza il legislatore emana il decreto legge 1 del 2012, convertito poi il 24 marzo 2012 nella legge n. 27, che ha affidato l'intera materia antitrust – nazionale ed europea – alle sezioni specializzate in materia d'impresa istituite presso i Tribunali e le Corti d'Appello, seguito poi dal decreto legislativo n. 3 del 2017 che riconferma la competenza delle sezioni d'impresa ma limita – come già detto in precedenza – territorialmente il potere di decidere di queste controversie.

Ancora poco chiara risulta essere, invece, la competenza delle azioni di classe in materia di antitrust. Sebbene il decreto legislativo n. 3 preveda espressamente la possibilità di ottenere il diritto al risarcimento mediante azioni collettive *ex art. 140 bis* Codice del consumo, tuttavia rimane silente sull'ufficio giudiziario investito della competenza a decidere. Ancora oggi, dunque, questo tipo di azioni non si fanno rientrare nella competenza delle sezioni specializzate d'impresa e, in particolare, non sono affidate alle tre sezioni individuate nel comma 1 ter di cui si è parlato.

Sul piano della tutela cautelare l'art. 33 della legge 287 del 1990 rimane invariato: si riconosce, pertanto, la competenza delle sezioni specializzate ad emanare provvedimenti d'urgenza. Tuttavia, sull'argomento si è dibattuto a lungo e, in particolare, se si dovesse limitare l'adozione solo a quelle cautele strettamente connesse all'oggetto della domanda di merito o se si dovesse riconoscere un potere generico in capo al Tribunale, giacché parallelamente al potere del giudice ordinario vi è quello dell'AGCM di emanare provvedimento inibitori.

Le Sezioni Unite della Cassazione<sup>100</sup> hanno sanato il contrasto statuendo che le due tutele non si escludono a vicenda, trattandosi da un lato di un giudice e dall'altro di

---

<sup>100</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 29 agosto 2008, n. 21934, in *Resp. e risarcimento*, 2008, fasc. 9, 48, con nota di CASTRO

una autorità amministrativa e, quindi, i loro rapporti non possono definirsi di giurisdizione. Pertanto, la decisione di uno non impedisce l'inibitoria dell'altro.

#### **1.4. I termini di prescrizione.**

Il tema della prescrizione dell'azione di risarcimento del danno anticoncorrenziale è da molti anni oggetto di dibattito sia in virtù della sua rilevanza generale nell'ordinamento nel suo insieme, sia per la sua rilevanza all'interno della materia antitrust.

L'istituto della prescrizione dei diritti nasce dall'esigenza di contemperare due distinte – ed opposte – garanzie fornite dall'ordinamento: da una parte la necessità di tutelare la certezza del diritto<sup>101</sup>, dall'altra la necessità di assicurare una tutela effettiva dei diritti, offrendo pertanto al soggetto che lamenta un danno un tempo sufficientemente lungo per poter agire in giudizio.

Questa tensione tra due opposte esigenze dell'ordinamento è particolarmente accentuata nella materia dell'*antitrust*, a causa di alcune caratteristiche peculiari della stessa.<sup>102</sup>

Innanzitutto, bisogna tenere a mente che il fatto illecito da cui scaturisce il diritto al risarcimento non sempre è rappresentato da un singolo evento ma è l'insieme di più episodi che nel loro complesso hanno dato vita al fatto illecito, infatti molto spesso il singolo evento non è sufficiente a superare la soglia di illiceità minima necessaria a determinare l'insorgenza del diritto al risarcimento. Risulta quindi particolarmente problematico per l'interprete valutare il grado di illiceità della singola condotta alla

---

<sup>101</sup> Pregiudicata, inevitabilmente, dalla possibilità di poter chiedere tutela giudiziale di quel diritto per un tempo indefinito o comunque eccessivamente lungo.

<sup>102</sup> BONATTI R., *Termini di prescrizione*, MANZINI P. (a cura di), *cit.*, p. 80

stregua dei requisiti di offensività previsti dalla norma. Queste difficoltà si riverberano sull'accertamento dell'effettiva consumazione della violazione, rendendo perciò molto labile e variabile la determinazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine per poter agire giudizialmente.

Inoltre, l'illecito anticoncorrenziale affonda molto spesso le sue radici in circostanze che non sono di (totale) dominio pubblico: l'autore dell'illecito, infatti, fa sì che la condotta anticoncorrenziale sia dissimulata da comportamenti leggibili come normali dinamiche di mercato. Risulta quindi di assoluta evidenza la difficoltà per la parte danneggiata di accertare prima e provare poi, l'illiceità di un contegno che richiede informazioni specifiche difficilmente accessibili con gli strumenti canonici e che la parte danneggiante ben si guarda dal fornirle.

Ecco allora che la disciplina della prescrizione, aspirando a garantire le esigenze contrapposte di cui si è parlato, deve necessariamente tenere conto di tutti questi elementi di criticità e garantire al danneggiato un tempo ragionevolmente lungo per l'esercizio del proprio diritto risarcitorio a partire dal momento in cui, adoperando la comune diligenza, rileva o avrebbe potuto rilevare gli elementi necessari dell'illecito. Dalle considerazioni che precedono, si intuisce l'importanza - anche ai fini dell'istituto della prescrizione - della circostanza che l'azione venga intentata in presenza o meno di accertamento da parte dell'autorità garante. Nel caso di azioni *stand alone*, infatti, l'attore sconta un deficit informativo pieno e si espone ad un più alto rischio perché potrebbe non essere in grado di acquisire una consapevolezza piena degli elementi costitutivi dell'illecito con relativo ritardo - o addirittura impossibilità - nell'esercizio dell'azione. Viceversa, nel caso di azioni *follow on* l'indagine svolta dall'AGCM

facilita il privato nell'acquisizione e nella prova degli elementi illeciti da porre alla base della pretesa risarcitoria da portare in giudizio.

Il primo comma<sup>103</sup> dell'art. 8 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 introduce la disciplina della prescrizione nella nuova normativa antitrust senza, tuttavia, apportare alcuna novità rispetto alla precedente disciplina, confermando, quindi, che si tratta di una prescrizione quinquennale.

Dunque, le novità più interessanti in materia di prescrizione sono da ricercare nella sua struttura, dacché il nostro legislatore, raccogliendo quanto già previsto dalla Direttiva 104 del 2014, prende una chiara posizione in termini di costruzione soggettiva dell'istituto.<sup>104</sup> In altri termini, affinché possa decorrere il termine per la prescrizione è necessario che coesistano due requisiti: uno oggettivo ed uno soggettivo.

Per quanto riguarda il requisito oggettivo, è necessario che si terminata la condotta illecita altrimenti il termine di prescrizione non può iniziare a decorrere<sup>105</sup>. Una siffatta scelta dimostra che il nostro legislatore ha apertamente aderito alla tesi secondo cui l'illecito concorrenziale è un illecito permanente e che, pertanto, finché questo non giunge a conclusione l'azione risarcitoria non è soggetta a prescrizione. Tuttavia, dal punto di vista pratico individuare il momento esatto in cui la condotta anticoncorrenziale si intende cessata non è del tutto agevole, tenendo anche in

---

<sup>103</sup>“Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi:

a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza;

b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno;

c) dell'identità dell'autore della violazione.”

<sup>104</sup> GRANIERI M., *La prescrizione*, in *AIDA*, 2015, pp. 86 ss.

<sup>105</sup> Il che, ovviamente, non impedisce di esercitare l'azione risarcitoria anche prima della cessazione della violazione, infatti, la norma si preoccupa solo di affermare che il diritto non può prescriversi prima della cessazione, ma non che esso non sia già esistente e che esso non possa già essere azionato in giudizio.



considerazione la circostanza che gli effetti della condotta in oggetto possono prodursi in un momento successivo, dando quindi l'impressione che la condotta sia ancora in corso. Tale difficoltà, però, non è a svantaggio del danneggiato, ma del danneggiante considerato che su quest'ultimo incombe l'onere di provare il *dies a quo* che sorregge l'eccezione giudiziale di prescrizione.

Il requisito oggettivo risulta, dunque, finalizzato ad una più efficace protezione del danneggiato.

Il requisito soggettivo, invece, si riferisce alla percezione che il soggetto danneggiato ha degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento. Occorre, quindi, che il danneggiato conosca – o si presume possa conoscere – i tre elementi costitutivi<sup>106</sup> del diritto al risarcimento perché la prescrizione inizi a decorrere.

Gli elementi costitutivi generali della responsabilità aquiliana – *ex art 2043 c.c.* – rappresentano anche gli elementi caratterizzanti l'azione risarcitoria: il risarcimento del danno è il *petitum*, l'illiceità della condotta rappresenta la *causa petendi* e, infine, le parti.<sup>107</sup>

I primi due elementi presentano problematiche – comuni – relative alla difficoltà di percepire il danno e le conseguenze dello stesso, il terzo elemento, invece, non presenta problematiche di sorta dal momento che il danneggiato finché non conosce l'autore del danno non potrà agire nei suoi confronti. Più complicata potrebbe presentarsi la situazione in cui gli autori della condotta anticoncorrenziale siano più di uno, in quanto risulterebbe più difficile individuarli tutti e non sarebbe semplice stabilire il *dies a quo*. Non è chiaro, infatti, se per far sorgere il diritto al risarcimento

---

<sup>106</sup> Si ricorda: illiceità della condotta, lesività della stessa e identità del/i danneggiante/i.

<sup>107</sup> Pertanto, non è configurabile la possibilità di poter agire in giudizio se non in presenza di tutti gli elementi che al contempo sono necessari per far sorgere il diritto al risarcimento e l'azione volta ad ottenere lo stesso risarcimento.

sia sufficiente individuarne solo uno o se, invece, sia necessario individuare tutti gli autori responsabili dell'illecito. Una prima soluzione ipotizzabile è rappresentata dalla sospensione del *dies a quo* sino al momento in cui tutti gli autori dell'illecito non siano stati individuati. Tuttavia, in tale ipotesi si rischia di esporre le imprese ad una situazione di incertezza prolungata e ingiustificata, rispetto alle esigenze risarcitorie. La situazione opposta, viceversa, potrebbe portare a lasciare privo di tutela il danneggiante co-obbligato in solido.

La ragionevole presunzione di conoscibilità va ammessa certamente nel caso di azioni *follow on*, nelle quali le condizioni essenziali sono oggetto già di accertamento da parte dell'Autorità garante, tuttavia il secondo comma dell'art. 8 cit. prevede delle situazioni specifiche<sup>108</sup>.

Il tema rimane, comunque, problematico con riferimento alle azioni *stand alone* poiché il legislatore non ha indicato da quali elementi è possibile trarre una tale presunzione, rimane, dunque, rimessa al libero – e prudente – apprezzamento del giudice la valutazione degli elementi che possono ragionevolmente far ritenere che il danneggiato dovesse accorgersi della sussistenza degli elementi previsti dalla legge, adoperando la diligenza media da lui esigibile.

---

<sup>108</sup> Per esempio, nel caso in cui il termine di prescrizione sia iniziato a decorrere e l'Autorità inizi un'attività istruttoria con riferimento alla stessa violazione che ha causato il danno per cui la prescrizione è iniziata a decorrere, il termine in questione rimane sospeso fino al termine dell'istruttoria.

## 2. L'azione di risarcimento del sovrapprezzo.

Il capo IV del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 è integralmente dedicato alla disciplina del c.d. *passing-on*, vale a dire il trasferimento del sovrapprezzo<sup>109</sup>, e le norme in esame riprendono integralmente la disciplina contenuta dalla direttiva 104 del 2014.

Ci si riferisce, nello specifico, a quel *“fenomeno in forza del quale la vittima di un illecito antitrust trasferisce sulla propria controparte negoziale il pregiudizio subito attraverso l'imposizione di un prezzo superiore a quello che avrebbe altrimenti praticato”*<sup>110</sup>, in modo tale che il danno prodotto percorre l'intera catena distributiva e si ripercuote sul consumatore finale. Mentre, si considera sovrapprezzo *“la differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza”*<sup>111</sup>.

La disciplina del trasferimento del sovrapprezzo è legata a doppio filo con la tematica della legittimazione ad agire, disciplina che, attribuendo a chiunque abbia subito un danno da violazione della disciplina antitrust il diritto al risarcimento, ha reso necessaria l'introduzione di norme che regolassero la ripartizione del danno all'interno della catena produttiva e distributiva.

Il primo comma dell'art. 10 decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 fa espresso riferimento anche al consumatore diretto, specificando che bisogna intendere come tale *“una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente*

---

<sup>109</sup> CARPAGNANO M., *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., pp. 288 ss.

<sup>110</sup> BERTOLLINI P., *Il risarcimento del danno e il trasferimento del sovrapprezzo*, in SASSANI B. (a cura di), cit., p. 229

<sup>111</sup> Ved. art. 2, lett. r), d. lgs. 3/2017

*diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi*<sup>112</sup>. Dunque, la legittimazione viene riconosciuta a prescindere dall'esistenza del rapporto contrattuale diretto con l'autore della violazione, sicché il danno in capo all'acquirente indiretto si verifica allorquando l'acquirente diretto del bene oggetto della condotta anticoncorrenziale trasli il sovrapprezzo "a valle" mediante un aumento del prezzo praticato all'acquirente indiretto.

Una siffatta disciplina si rende necessaria tanto per non vedere risarciti soggetti che hanno traslato il danno su livelli successivi della catena, quanto per tutelare adeguatamente coloro che subiscono un danno da sovrapprezzo e non possono trasferirlo su altri soggetti perché consumatori finali.

Il fenomeno in esame pone le parti dinanzi ad una duplice situazione: da una parte l'uso c.d. offensivo del *passing on*, per cui l'autore del risarcimento legittimato ad agire in giudizio nei confronti dell'autore dell'illecito per ottenere un congruo risarcimento; dall'altra parte, invece, l'uso difensivo del *passing on*, che da al danneggiante la possibilità di opporre all'acquirente diretto l'intervenuta traslazione del sovrapprezzo, in modo tale da ottenere il rigetto della domanda risarcitoria che questi abbia proposto contro di lui.

Pertanto, si deve concludere che il legislatore comunitario – prima – e quello nazionale – poi – si sono mossi con la chiara finalità di garantire una tutela a chiunque avesse realmente subito un danno senza, tuttavia, sacrificare le esigenze general-preventive sottese al *private enforcement antitrust* sintetizzate nella duplice funzione del risarcimento, sanzionatorio o riparatorio, e garantite dalle norme del decreto di

---

<sup>112</sup> Ved. art. 2, lett v), d. lgs. 3/2017

recepimento fondate sui principi della pienezza del risarcimento e dell'effettività della sanzione.

### **2.1. *Passing-on* offensivo e *passing-on* difensivo.**

L'utilizzo offensivo del *passing-on* è previsto e disciplinato dall'art. 10 del decreto legislativo 3 del 2017, il cui primo comma<sup>113</sup> specifica la portata generale della tutela risarcitoria includendo tra i soggetti beneficiari anche i consumatori e puntualizza che la tutela non è circoscritta solo ad ipotesi di lesioni dirette, ma anche nel caso in cui il sovrapprezzo sia stato loro trasferito a seguito dei passaggi della catena di distribuzione.<sup>114</sup>

È bene specificare che l'impresa che si limita a trasferire il sovrapprezzo non commette alcun comportamento lesivo lungo la catena distributiva del prodotto, diversa è la posizione di quell'impresa che non ha solo trasferito il sovrapprezzo ma ha contribuito a crearlo – o alimentarlo –, in questo caso, infatti, entrambe le imprese saranno obbligate in solido al risarcimento del danno *ex art. 2055 c.c.*<sup>115</sup>.

Considerata, dunque, la prevalente funzione compensativa della tutela aquiliana<sup>116</sup>, non è ammissibile che la vittima dell'illecito antitrust percepisca un risarcimento superiore all'entità del danno sopportato, né che l'autore sia chiamato a rispondere due volte dello stesso. A questa finalità risponde il secondo comma dello stesso art. 10 che,

---

<sup>113</sup>“*Il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza può essere chiesto da chiunque lo ha subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto o indiretto dell'autore della violazione*”

<sup>114</sup> Tale previsione evoca le note conclusionali raggiunte dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea negli *arrets* Courage e Manfredi, nei quali il giudice comunitario precisò che il diritto al risarcimento del danno deve essere riconosciuto dai giudici nazionali a chiunque abbia subito un danno derivato da infrazione della normativa antitrust.

<sup>115</sup> “*Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.*”

<sup>116</sup> Cass. sez. Unite, 22 luglio 2015, n. 15350, in *Corr. Giur.* 2015, pp. 1203 ss., con nota di BUSNELLI F., *Tanto tuonò che... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il “sistema”*.

nel vietare la pretesa di un risarcimento superiore al danno inflitto, ammette una siffatta ipotesi solo nel caso in cui si dimostri il lucro cessante, precisando che il danno emergente si individua, invece, nella differenza tra il prezzo di mercato e quello praticato nel caso di specie: il c.d. *overcharge*.

Dunque, qualora l'acquirente intermedio riuscisse a trasferire integralmente il sovrapprezzo lesivo sul cliente, sarà quest'ultimo a poter vantare una tutela risarcitoria e, al contrario, il credito eventualmente maturato dall'"intermediario" deve ritenersi estinto.

Non sempre, però, l'acquirente diretto riesce a traslare alla propria controparte tutte le conseguenze pregiudizievoli subite. Ciò dipende, infatti, da una molteplicità di fattori direttamente riferibili alla struttura e alle caratteristiche del mercato a cui ci si riferisce. Sicché, qualora la traslazione del sovrapprezzo avvenga in misura parziale, saranno legittimati a far valere le loro pretese in giudizio tanto l'acquirente diretto quanto quello indiretto, poiché ciascuno avrà, maturato un personale diritto al risarcimento del danno emergente, pari alla differenza tra il prezzo di mercato e quello applicato, di cui si è già parlato. Le somme vantate dall'acquirente diretto, tuttavia, subiranno una decurtazione proporzionale all'entità del sovrapprezzo che sia riuscito a trasferire sul proprio cliente.

In ogni caso, indipendentemente dalla misura del trasferimento, è possibile che il rivenditore dimostri di aver subito un pregiudizio ulteriore riconducibile al *genus* del lucro cessante.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> NAVARRA L., *La tutela cive: profili sostanziali*, in FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L. C. (a cura di) *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287*, 1993, p. 1455

È, tuttavia, possibile che l'autore dell'illecito invochi l'intervenuta traslazione del sovrapprezzo al fine di provocare il rigetto della domanda dell'attore. Questo è una sorta di corollario di quanto fin ora affermato, poiché lo stesso *passing-on* non viene utilizzato come momento costitutivo della pretesa, ma come fatto estintivo del credito dedotto in giudizio dalla vittima dell'illecito, quindi, come eccezione di merito.

L'utilizzo difensivo del *passing-on* è consentito e disciplinato dall'art.11 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 il quale, invero, si occupa del riparto dell'onere della prova<sup>118</sup>.

L'obiettivo di una siffatta tutela è quello di impedire al soggetto che ha traslato il sovrapprezzo di ottenere, in questo modo, un arricchimento *sine causa*, tanto da far rientrare la *passing-on defence* tra le c.d. eccezioni in senso lato, e con ciò l'azione per trasferimento del sovrapprezzo potrà essere eccepita su istanza di parte o d'ufficio dal giudice senza essere soggetta al termine di decadenza e preclusione di cui all'art. 167 c.p.c., ed inoltre sarà ammessa la rilevazione dell'eccezione anche in sede di gravame *ex art. 345, comma secondo, c.p.c.*

Un limite all'istituto in parola è ravvisabile nella distribuzione dell'onere della prova. La prova dell'eccezione di trasferimento secondo il disposto del primo comma dell'art. 11 cit. ripropone sostanzialmente quanto previsto in via generale dall'art. 2967 c.c.: trattandosi di un fatto estintivo della pretesa risarcitoria l'onere di dimostrare che l'acquirente diretto ha traslato "a valle" il sovrapprezzo anticoncorrenziale ricadrà sul convenuto.

Nel caso in cui si faccia uso offensivo del *passing-on*, viceversa, si assiste ad un'inversione dell'onere probatorio a beneficio dell'acquirente diretto. A tal proposito,

---

<sup>118</sup> Sul tema generale del riparto dell'onere della prova nel processo civile, cfr. LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 258

il successivo art. 12 stabilisce che – in linea di principio – ogniqualvolta l’attore deduca a fondamento della sua pretesa risarcitoria il trasferimento del sovrapprezzo, spetterà a quest’ultimo dimostrare tanto l’esistenza quanto la consistenza del danno lamentato. Tuttavia, se dovessero concorrere le condizioni previste dal secondo comma<sup>119</sup> dell’articolo si presumerà che vi sia stato un totale trasferimento del sovrapprezzo, derogando a quanto fin ora detto. Si tratta, dunque, di una presunzione *iuris tantum* perché è possibile che la parte convenuta dimostri il contrario.

Si tratta, quindi, di un riparto asimmetrico dell’onere probatorio, poiché il rischio di una mancata dimostrazione del trasferimento ricade in ogni caso sull’impresa convenuta, la quale sarà obbligata ogni volta a dimostrare l’avvenuto o non avvenuto *passing-on*, a seconda che l’azione risarcitoria sia promossa dall’acquirente diretto o indiretto.

Gli stessi artt. 11 e 12 precisano, poi, i mezzi di prova esperibili per fornire dimostrazione – positiva o negativa – del trasferimento del sovrapprezzo, tenendo comunque presente il fatto che il più delle volte la documentazione che attesta il *passing-on* è nella disponibilità della controparte o di terzi, ragion per cui il legislatore ha previsto un largo uso dell’ordine di esibizione.

Ad onor del vero, i giudici raramente hanno effettuato analisi quantitative del danno da sovrapprezzo o si sono avvalsi di consulenti tecnici, poiché il più delle volte hanno rigettato le pretese della parte attrice ritenendo non sufficientemente provato il nesso

---

<sup>119</sup>«Il trasferimento del sovrapprezzo si

presume quando l’acquirente indiretto dimostra che:

- a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
- b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l’acquirente diretto del convenuto;
- c) l’acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.”



di causalità tra la violazione antitrust e la produzione del sovrapprezzo. Sicché al fine di coadiuvare i giudici nella quantificazione, la Commissione Europea ha pubblicato lo *Study on the Passing-on of Overcharges* – anche più semplicemente conosciuto come “Studio” – che rappresenta una sorta di guida pratica che ~~orienterà~~ orienterà la giurisprudenza in tema di *passing-on* e, con quasi assoluta certezza, sarà utilizzato per dettare delle linee guida per i giudici nazionali in ordine alla stima della parte di sovrapprezzo trasferita.

In ogni caso, una previsione così asimmetrica dell’onere probatorio ha – inevitabilmente – aumentato il rischio di una duplicazione del risarcimento ogni volta che l’autore della violazione sia chiamato a risarcire soggetti diversi che hanno agito su livelli distinti della catena distributiva. Ragion per cui il legislatore nel recepire la direttiva 104 del 2014 ha previsto tutta una serie di *escamotage* procedurali volti ad evitare il prodursi di giudicati contrastanti tra loro.

## **2.2. Il coordinamento tra cause diverse.**

Dopo aver esposto gli aspetti generali della disciplina si può procedere all’analisi dell’art. 13 del decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, il quale viene rubricato con il titolo “pluralità di azioni” e persegue lo scopo di armonizzare gli esiti dei procedimenti distinti promossi dall’acquirente diretto e quello indiretto nei confronti della medesima impresa.

La disposizione fin da subito fa un rinvio generale all’artt. 39 e 40 del Codice di rito, la cui applicazione, dunque, si estende anche nella materia risarcitoria per violazione delle norme anticoncorrenziali.

In realtà, il rimando all'art. 39<sup>120</sup> c.p.c. potrebbe apparire superfluo, poiché, sia che si consideri l'istituto della litispendenza sia che si consideri quello della continenza tra cause – entrambi disciplinati dall'art. citato –, è necessario che le cause coinvolgano i medesimi soggetti. Un'identità di parti così stringente non sussiste, invece, nel procedimento per risarcimento da *passing-on* laddove – come detto – soggetti differenti agiscono nei confronti della medesima impresa, ragion per cui si assiste ad una sorta di connessione tra cause.

Pertanto, per la materia in oggetto, risulta più opportuno il richiamo all'art. 40 c.p.c.. Un simile rinvio, infatti, deve essere interpretato in maniera estensiva nel senso che l'art. 13 cit. inteso riferirsi a tutte le norme del codice di rito in materia di connessione. L'acquirente diretto e quello indiretto agiranno in giudizio contro la medesima impresa al fine di conseguire entrambe il risarcimento del danno patito ponendosi in un rapporto di reciproca incompatibilità, quindi l'accoglimento di una domanda inevitabilmente porta al rigetto dell'altra. Pertanto, tra le cause sussiste una connessione per oggetto.

Invero, le due cause hanno anche una seconda ragione di connessione ravvisabile nel fatto che il risarcimento vantato dall'acquirente indiretto presupporrà non solo l'esistenza dell'infrazione, ma anche la circostanza che l'acquirente diretto abbia subito un pregiudizio riconducibile alla medesima infrazione. I diritti risarcitori fatti valere dai due soggetti attori condividono parzialmente i fatti costitutivi, con la sola differenza che uno dei due lamenta anche il trasferimento del sovrapprezzo.

---

<sup>120</sup> Sull'interpretazione dell'art. 39 c.p.c. ved. MERLIN E., Su alcuni questioni ricorrenti in tema di procedimento monitorio, continenza e azioni di prevenzione del debitore, in *Giur. it.* 1989, I, 2, p.p. 601 ss.

Ne consegue che, tra le due cause – oltre alla connessione per l’oggetto – sussiste anche quella per il titolo.

Appurata, quindi, l’incompatibilità delle richieste risarcitorie avanzate dall’acquirente diretto e quello indiretto nei confronti della medesima impresa, è palese come il *simultaneus processus* si realizzi non solo in virtù della riunione tra i procedimenti ex artt. 40 e 274 c.p.c., ma anche per altra via.

Ciascuno dei danneggiati, infatti, può intervenire nel giudizio risarcitorio intentato dall’altro per far valere nei confronti di tutte le altre parti un diritto autonomo, incompatibile e prevalente rispetto a quello dell’attore e la domanda del terzo potrà essere proposta nel corso del giudizio già pendente come intervento *ad excludendum* ex art. 105 c.p.c.. La partecipazione del terzo può essere sollecitata anche da una delle parti ai sensi dell’art. 106. Qualora il terzo non intervenisse spontaneamente, l’impresa correrebbe il rischio di risarcire più volte lo stesso danno. Pertanto, è data la possibilità alla stessa impresa – una volta convenuta in giudizio – di provocare un intervento di terzo, sicché il giudicato sia opponibile anche nei confronti di questo e gli impedisca di intentare una nuova azione.

Inoltre, la connessione esistente tra le domande proposte rispettivamente dell’acquirente diretto e quello indiretto potrebbe indurre il giudice, qualora lo ritenesse opportuno, ad ordinare la chiamata in causa del terzo ex art 107 c.p.c.. Tuttavia, non possono ignorarsi gli ostacoli che si frappongono all’intervento *iussu iudicis* del terzo, specialmente nel caso in cui il terzo chiamato in causa sia l’acquirente indiretto e, in particolare, un consumatore. In primo luogo, per poter procedere in tal

senso è necessario che dagli atti del processo risulti l'identità del soggetto su cui è stato trasferito il sovrapprezzo, eventualità particolarmente rara.<sup>121</sup>

La chiamata in causa dell'acquirente diretto da parte del giudice, viceversa, risulta essere oltre che più semplice anche più utile perché la maggior parte delle informazioni concernenti la violazione si trovano nell'esclusiva disponibilità di chi ha intrattenuto rapporti commerciali con l'impresa convenuta.

Infine, qualora l'acquirente diretto e indiretto agiscano separatamente, potrà sempre disporsi la riunione delle cause sia ai sensi dell'art. 274 c.p.c. (nei casi cui le cause siano proposte dinanzi allo stesso ufficio giudiziario), sia *ex art.* 40 c.p.c. quando siano proposte davanti a giudici diversi. In questo secondo caso la riunione verrà disposta in favore del giudice adito preventivamente, anche in deroga alle norme che regolano competenza territoriale e quella per valore. Qualora, invece, le cause pendono dinanzi a giudici di Stati membri diversi vale comunque la regola del giudice preventivamente adito, ai sensi dell'art. 30 del regolamento 2012/1215/UE.

La decisione simultanea delle cause porterà alla realizzazione della c.d. "lite tra pendenti", con tutte le conseguenze del caso, cioè sia l'applicazione dell'istituto dell'estromissione dell'obbligato<sup>122</sup>, sia l'inscindibilità del cumulo.

Dunque, non sono applicabili al caso in oggetto le disposizioni di cui agli articoli 103 e 279 c.p.c. in materia di separazione di cause connesse. Inoltre, qualora in primo grado il giudice dovesse accogliere la pretesa di una delle parti rigettando quella dell'altra, in sede d'appello l'impugnazione deve farsi valere nei confronti di tutte le altre.

In ogni caso, una siffatta situazione di cumulo di cause connesse per incompatibilità garantisce certamente una riduzione netta del rischio di giudicati logicamente

---

<sup>121</sup> BERTOLLINI P., *cit.*, pp. 244 ss.

<sup>122</sup> Ved. art. 109 c.p.c.

confliggenti tra loro, nonostante l'asimmetria probatoria tra le parti di cui si è già trattato.

Nel caso in cui sia disposta la riunione delle cause connesse, il mancato raggiungimento da parte dell'impresa convenuta della prova del trasferimento del sovrapprezzo, non esporrebbe l'impresa medesima al rischio della soccombenza nei confronti di entrambi i pretendenti. Tanto in funzione della relazione di incompatibilità delle cause connesse.

In conclusione, si può senza dubbio ritenere che nel momento in cui le cause siano trattate e decise simultaneamente la pretesa dell'acquirente diretto dovrà essere respinta non soltanto nel caso in cui si accerti il *passing-on*, ma anche in tutti gli altri casi in cui la domanda dell'acquirente sia parimenti accollata.

Tuttavia, non sempre il coordinamento tra i giudizi può avvenire mediante l'istituto della riunione. In forza dei limiti di cui al secondo comma dell'art. 40 cit., la connessione non può essere eccepita oltre la prima udienza di comparizione ed è in ogni caso preclusa quando la causa preveniente si trovi in uno stadio tale da ostacolare l'esauriente definizione di entrambe.

È, in ogni caso, preclusa la riunione di cause qualora i consumatori agiscano nelle forme dell'azione di classe.

### 2.3. La decisione della causa connessa come fonte di prova.

L'art. 13 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, prevede che il giudice può tenere conto ai fini della decisione della causa dinanzi a lui proposta delle decisioni di altri giudici su questioni connesse. Ad una prima lettura tale norma sembrerebbe inapplicabile poiché estende *ultra partes* gli effetti del giudicato formatosi nei confronti di un soggetto terzo<sup>123</sup>. Una tale interpretazione non è, però, in linea con la *ratio* di quella norma che, in realtà, non prescrive alcun obbligo per il giudice adito successivamente, ma si limita piuttosto a consentirgli di prendere in considerazione<sup>124</sup> la decisione resa al termine di un altro procedimento.<sup>125</sup>

Inoltre, tale norma accomuna le decisioni sul *passing-on* tanto dall'autorità giudiziaria italiana, quanto quelle emanate dal giudice di un altro stato membro, senza che le parti possano avvalersi del testo dell'art. 45 del regolamento 1215 del 2012 al fine di ottenere il diniego al riconoscimento automatico della sentenza.

Infine, la previsione all'interno dello stesso art. 13 di un'espressa esclusione delle norme<sup>126</sup> che ripartiscono l'onere della prova tra le parti rende chiara la reale portata della norma in questione che non ha l'effetto di estendere i limiti del giudicato *inter alios*, ma piuttosto individua nel precedente provvedimento reso dal giudice in altro procedimento uno dei tanti elementi su cui basare la sua decisione.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Essa contrasterebbe con il principio del contraddittorio *ex art. 24 Cost.* e con quanto ricavabile dal testo dell'art. 2909 c.c. con riferimento ai limiti soggettivi della cosa giudicata. In ogni caso, comunque, tra le due mancherebbe il nesso di pregiudizialità-dipendenza sul piano sostanziale, tale da giustificare l'assunzione della decisione resa nei confronti di un soggetto terzo.

<sup>124</sup> Ci si riferisce al principio europeo di "*take due account of*".

<sup>125</sup> Sul punto cfr. PICCININNI L., *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli 2016

<sup>126</sup> Ved. artt. 11-12, d.lgs. 3/17

<sup>127</sup> A riprova di ciò si fa notare che all'interno del testo normativo non viene mai menzionato il termine "giudicato", piuttosto si è preferito utilizzare la più generica locuzione "decisione" – *judgement* –.

Più in particolare, sulla scorta della norma in esame, la decisione presa in conclusione di un altro giudizio può essere utilizzata come fonte di presunzione *ex art. 2727 c.c.*<sup>128</sup>. Pertanto, ogni volta che la parte onerata ometta di fornire la prova dell'esistenza del *passing-on*, il giudice può ricorrere alla prova presuntiva e porla a fondamento della decisione.

Tuttavia, è necessario ricordare che rimane invariato il diritto della controparte a fornire la prova contraria.

L'attribuzione di efficacia probatoria alla decisione di una causa connessa non è tuttavia l'unico congegno previsto dall' art. 13 al fine di prevenire un eventuale contrasto di giudicati. Quella norma, infatti, stabilisce la possibilità che il giudice tenga conto della stessa proposizione dell'azione risarcitoria parallela, indipendentemente dal tenore della relativa pronuncia e anche prima che questa intervenga, come ulteriore elemento di prova per appurare l'effettivo trasferimento del sovrapprezzo.

Pertanto, il giudice adito successivamente potrà utilizzare le considerazioni *in facto* contenute nel provvedimento del primo giudice.

Sussistono, tuttavia, dei casi in cui tale provvedimento non è stato ancora pronunciato o è oggetto di impugnazione. In tutti questi casi sarà necessario individuare degli strumenti che consentano al secondo giudice di anticipare il contenuto del provvedimento e di pervenire ad una decisione quanto più possibile conforme a quella non ancora pronunciata, oppure che gli permettano di verificare la tenuta della ricostruzione fattuale svolta, laddove questa sia stata impugnata.

È evidente che questa disposizione si riferisce solo alle prove costituite raccolte in seno al primo giudizio e che provano se il trasferimento sia avvenuto o meno; mentre

---

<sup>128</sup>“*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato.*”

non può riferirsi alle prove formate al di fuori del procedimento – es. i documenti – o alle prove legali.

Ciò che l'art. 13 non chiarisce è come questi elementi possono essere portati alla cognizione del giudice, anche se questo problema è, comunque, ovviato dalle previsioni generali contenute nel decreto legislativo n. 3 del 2017 in materia di produzione ed esibizione di prove<sup>129</sup>.

Resta dunque da chiarire se sussista o meno un potere officioso del giudice per verificare la pendenza di un'altra causa risarcitoria per il medesimo illecito o della relativa pronuncia.

Il riconoscimento di una simile facoltà avrebbe l'effetto di avvalorare quella dottrina<sup>130</sup> secondo la quale si può considerare appartenente alla “comune esperienza” – e dunque notorio *ex art. 115 c.p.c.* – anche un fatto processuale. Dunque, solo in questa evenienza sarebbe possibile accettare che il giudice fondi la sua decisione su prove raccolte in altro giudizio connesso o sulla decisione dello stesso anche senza che vi sia allegazione e prova da parte delle parti.

L'ultima parte dell'art 13 cit. è integralmente dedicata al fatto notorio ed in particolare esso consente di “*tenere conto delle informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza riguardanti il caso specifico*”.

Questa disposizione, che ad una prima lettura sembrerebbe non prevedere nulla di nuovo rispetto al già citato art 115 del codice di rito, in realtà contiene un vero elemento di novità che è nella fonte del c.d. fatto notorio ed è rappresentato

---

<sup>129</sup> Sul punto si rimanda al Capitolo III

<sup>130</sup> DITTRICH L., *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Aa. Vv., Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano 2005, pp. 825 ss.



dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto antitrust. Presupposto inespresso della norma rimane, quindi, il fatto che il materiale probatorio prodotto durante il procedimento dinanzi all'Autorità garante ed il relativo provvedimento di pronuncia hanno efficacia probatoria anche nei confronti dei soggetti terzi allo stesso e che questi possono essere utilizzati durante il processo ordinario per dimostrare l'esistenza o meno del *passing-on*.

Dunque, la norma in esame rappresenta un punto di congiunzione tra il *public* e *private enforcement* del diritto *antitrust*, al fine di evitare che si formino giudicati contrastanti all'esito di procedimenti risarcitori esperiti da soggetti differenti.

### **3. La quantificazione del danno *antitrust***

La valutazione del risarcimento del danno dovuto al soggetto che abbia subito un danno conseguente ad una violazione della normativa antitrust segue la disciplina contenuta nell'art. 14 del decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017.

Occorre, però, premettere che i riferimenti normativi in materia non possono essere circoscritti unicamente al citato art. 14<sup>131</sup>, dovendosi necessariamente tenere presente anche l'art. 17 della direttiva 104 del 2014.

La disciplina in parola, nell'ottica di garantire un diritto al risarcimento effettivo, rafforza il *private enforcement antitrust* tanto da essere considerata una norma cardine della nuova normativa.

La premessa logica al procedimento di quantificazione del danno è rappresentata dall'individuazione delle componenti risarcibili, in altre parole è necessario

---

<sup>131</sup> Di cui si tratterà nello specifico nel Capitolo III.

identificare – prima – gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento e – poi – gli strumenti processuali per garantire il diritto risarcitorio.

La Direttiva si era limitata ad enunciare le voci di danno tipiche del diritto al risarcimento extracontrattuale<sup>132</sup> negli ordinamenti nazionali, vale a dire il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, non facendo però accenno alla componetene punitiva liquidabile alle vittime di illeciti antitrust<sup>133</sup>.

Tuttavia, l'art. 14 della direttiva non contiene un'esplicita previsione né in riferimento alla qualificazione e quantificazione degli interessi, né ai termini di riferimento per la loro applicazione, ragion per cui l'interprete dovrà – inevitabilmente – applicare i criteri nazionali i quali in ogni caso trovano la loro fonte anche nei provvedimenti adottati dalla Commissione.

Sul punto la Corte di Cassazione<sup>134</sup> ha chiarito che, in caso di ritardato pagamento, gli interessi non costituiscono un autonomo diritto del creditore, ma svolgono una funzione compensativa a tutti gli effetti tendendo – unicamente – a reintegrare il

---

<sup>132</sup> I considerando 12 e 13 Dir. 2014/104/UE testualmente recano: “*Chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione può chiedere un risarcimento per il danno emergente (damnum emergens), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o lucrum cessans), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale. Il pagamento degli interessi è una componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo, e dovrebbe essere corrisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento, restando impregiudicata la qualifica di siffatto interesse come interesse compensativo o interesse di mora a norma del diritto nazionale e indipendentemente dal fatto che il decorso del tempo sia considerato come una categoria separata (interesse) o come una parte costitutiva del danno emergente o del lucro cessante. Spetta agli Stati membri stabilire le norme da applicare a tal fine. Il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione, e a prescindere dal fatto che un'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione. È opportuno che la presente direttiva non imponga agli Stati membri di introdurre meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Fatto salvo il risarcimento del danno da perdita di opportunità, il pieno risarcimento a norma della presente direttiva non dovrebbe comportare una sovracompenrazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura.*”

<sup>133</sup> Nello specifico ci si riferisce alla sentenza *Manfredi* nella quale il giudice di pace di Bitonto aveva liquidato una somma di denaro a titolo punitivo.

<sup>134</sup> Ved. Cass. 19 marzo 2014, n. 6347, in *Danno e resp.*, 2015, p. 458 con nota OCCHIPINTI

patrimonio del danneggiato, così che la loro attribuzione costituisce una modalità liquidatoria dello stesso danno<sup>135</sup>.

Analizzando, dunque, gli elementi del danno si evince come la funzione data dal giudice alle azioni risarcitorie antitrust è sicuramente compensativa, da ciò è facile comprendere come il danno emergente sarà costituito – innanzitutto – dalle spese sostenute dalla parte per dimostrare l'esistenza del danno, ma anche da tutte quelle spese in cui il soggetto si è imbattuto a causa dello stesso danno. In ogni caso, nel danno emergente non si dovrebbero includere quei costi che, seppur connessi all'illecito, possono essere recuperati o utilizzati diversamente.

La determinazione del lucro cessante, viceversa, appare più complessa poiché esso discende da una condotta escludente, che ha impedito all'impresa di agire in maniera profittevole.

La quantificazione dovrebbe avvenire, dunque, in base ad una comparazione per comprendere quanto effettivamente l'impresa abbia perso in termini di guadagno, tale comparazione deve essere effettuata mettendo a confronto i guadagni effettivamente ottenuti e quelli che invece si sarebbero – presumibilmente – potuti ottenere se non fosse intervenuto l'illecito anticoncorrenziale.

Situazione ancora differente è rappresentata dalla quantificazione della c.d. *perdita di chance* la quale si differenzia dal lucro cessante per la certezza dell'utilità o il vantaggio preclusi. In questo caso il *quantum* da risarcire è individuato aggiungendo al guadagno futuro il valore in percentuale che questo guadagno potesse essere conseguito dal soggetto. Nello specifico, nei giudizi risarcitori in esame la perdita di *chance* è stata paragonata dagli organi giudicanti alla mancata opportunità per

---

<sup>135</sup> Ved. sent. Cass., 26 maggio 2014, n. 11687, in Pluris

un'impresa di essere *leader* del proprio settore di appartenenza, ma anche all'eventualità di aver perso occasione di fornire un servizio economico migliore ai propri consumatori.

Ultimamente si sono anche profilate situazioni in cui è stato riconosciuto alla vittima dell'infrazione antitrust il risarcimento per danno di immagine e reputazione, sebbene la relativa quantificazione non sia affatto agevole.

Infine, la categorica esclusione della possibilità di liquidare sovracompensazioni in sede di risarcimento rappresenta una sorta di quadratura del cerchio: la responsabilità da illecito *antitrust*, anche nella sua funzione sanzionatoria o deterrente<sup>136</sup>, non deve necessariamente prevedere regole di quantificazione che prevedano danni punitivi, stabilendo in tal modo vere e proprie pene private a carico dell'autore dell'illecito<sup>137</sup>.

Per ciò che riguarda, invece, gli strumenti processuali a disposizione del giudice per liquidare il *quantum* del danno anticoncorrenziale la direttiva dedica una sola norma<sup>138</sup> all'argomento nella quale viene enunciato il principio di effettività e, come corollario, il criterio equitativo con cui il giudice può – in via residuale – liquidare il danno nel solo caso in cui non sia stato possibile giungere ad una quantificazione più scientifica dello stesso.

Nel decreto di recepimento, data la completezza della normativa comunitaria, è stato sufficiente svolgere un richiamo alle norme generali dell'ordinamento, secondo le quali: il risarcimento comprende la perdita subita e il mancato guadagno che siano conseguenza diretta e immediata della violazione<sup>139</sup>; che in caso di concorso colposo

---

<sup>136</sup> TADDEI ELMIG., *Il risarcimento dei danni tra compensazioni e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Conc. e Merc.*, 2014, p. 183

<sup>137</sup> PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2016, p.1082B

<sup>138</sup> Ved. art 17 dir 2014/104/UE

<sup>139</sup> Ved. art. 1223 c.c.

del creditore il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa<sup>140</sup>; che il risarcimento non è dovuto per i danni evitabili<sup>141</sup>.

Inoltre, lo stesso art. 14 del decreto legislativo n. 3 del 2017 richiama l'art. 1226 c.c. consentendo di poter procedere alla liquidazione equitativa se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, ragion per cui il nostro legislatore non ha accolto l'invito contenuto della direttiva secondo cui *“Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali abbiano il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'attore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili”*<sup>142</sup>, e giustificando tale mancanza proprio nel rimando fatto all'art. 1226 cit..

---

<sup>140</sup> Ved. art. 1227, comma 1, c.c.

<sup>141</sup> Ved. art. 1227, comma 2, c.c.

<sup>142</sup> Ved. art. 17, Dir. 2014/104/UE

### 3.1. Tecniche di quantificazione del danno e la figura del CTU.

Dopo aver svolto delle considerazioni preliminari sui profili risarcitori generali si vuole porre l'attenzione sulla difficoltosa individuazione dal punto di vista scientifico del *quantum* risarcitorio, il quale – notoriamente – costituisce uno dei punti di maggiore criticità della nuova disciplina.

Nel primo comma dell'art. 14 decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 vengono trasposti i contenuti dell'art. 2056 c.c., che stabilisce i principi per la valutazione del danno nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Il problema principale nella determinazione dell'illecito *antitrust* consiste principalmente nel fatto che gli effetti di una qualsivoglia condotta anticoncorrenziale non sono – direttamente – osservabili. Infatti, si può constatare solo ciò che effettivamente è accaduto, non già come sarebbe potuta essere la realtà altrimenti, e l'approccio più comunemente adoperato per colmare questo *gap* concettuale è quello di costruire uno scenario controfattuale: ciò rappresenta, il momento centrale del processo di quantificazione del danno cagionato.

A dimostrazione – ancora una volta – della subalternità della disciplina nazionale rispetto a quella comunitaria si richiamano sul punto i criteri guida dettati dalla Commissione nel Documento di orientamento per la quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 TfUE – c.d. le Linee Guida<sup>143</sup> –<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Pur essendo un atto di *soft law* esse possono costituire un autorevole strumento per le autorità giudiziarie degli Stati membri.

<sup>144</sup> BUCCIROSSI P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. e Merc.*, 2014, II, 323

Le Linee Guida hanno previsto tre tipologie di modelli per individuare il *quantum* del danno: l'approccio comparatistico, l'approccio finanziario e l'approccio di mercato.<sup>145</sup> Analizzando il primo metodo le maggiori difficoltà sono collegate all'individuazione e quantificazione del lucro cessante e la perdita di *chance* giacché lo stesso si basa sul confronto tra la situazione verificatasi a causa dell'illecito anticoncorrenziale e la situazione di fatto in un contesto ipotetico in cui la violazione si assume non sia avvenuta<sup>146</sup>. La comparazione ha ad oggetto il guadagno realizzato dall'impresa, ma anche altri fattori come, ad esempio, il prezzo dei prodotti, i contratti conclusi. Tuttavia, solo dopo l'applicazione del modello controfattuale sarà possibile ottenere una stima di quella che è la perdita subita e quindi il danno effettivamente subito dall'attore.

In ogni caso, in base allo scenario che si sceglie di mettere a confronto con la realtà fattuale, si possono identificare diversi modelli.<sup>147</sup>

Una prima comparazione può prendere in considerazione due archi temporali diversi, si tratta del metodo c.d. *before-and-after*<sup>148</sup> in cui la valutazione viene fatta confrontando lo scenario precedente all'inizio dell'infrazione *antitrust* – così come accertata dall'AGCM –, oppure successivo alla sua conclusione, e quello in cui il cartello era in essere. Il pregio di siffatto metodo il cui assunto di base è quello per cui i dati del confronto controfattuale possono essere desunti da dati certi precedenti – o successivi – all'attuazione della condotta illecita, con il pregio, dunque, di fornire ed

---

<sup>145</sup> Siffatta classificazione non è da intendersi tassativa, anzi andrebbe utilizzata con flessibilità in modo tale da creare il metodo che meglio si confà alle specifiche caratteristiche del caso concreto.

<sup>146</sup> Si fa riferimento al c.d. "*but for scenario*".

<sup>147</sup> AL MUREDER A. – DE PAMPHILIS M., *Valutazione dei danni*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp. 145 ss.

<sup>148</sup> Il giudice italiano spesso ha utilizzato questo metodo per la quantificazione del danno, si consideri – per esempio – App. Milano 11 luglio 2003 *Bluvacanze*, App. Milano 10 dicembre 2004 *Inaz Paghe*, App. Roma 31 marzo 2008 *International Broker/Raffineria di Roma*.

utilizzare dati non contaminati dagli effetti dell'infrazione stessa, anche se comunque non è sempre agevole individuare con certezza il momento di inizio e fine della condotta anticoncorrenziale.

Di contro, non possono essere taciuti gli svantaggi del metodo in parola ed in particolare se si utilizza quale periodo controfattuale quello successivo alla conclusione della condotta illecita non può certamente escludersi la possibilità che questa continui a produrre i propri effetti, avendosi così un modello "inquinato". Ulteriori punti di criticità sono rilevabili nell'applicazione automatica del modello, senza cioè tener conto degli ulteriori fattori che influenzano il mercato. Se si prendono in considerazione momenti distinti senza valutare i *trend* macroeconomici che sono intervenuti in quei precisi momenti storico-economici, la relativa analisi risulta incompleta oltre che fallace.

In ogni caso, tale modello non presenta particolari difficoltà applicative poiché i momenti messi a confronto sono riferiti allo stesso mercato geografico e del prodotto. Un secondo modello di comparazione è il c.d. *yardstick*, che svolge una comparazione incrociata nel quale il controfattuale è identificato mettendo a confronto nello stesso arco temporale la situazione in corso nel mercato in cui viene perpetrata l'infrazione e quella di un mercato contiguo in cui non sussistono situazioni patologiche. Dunque, questo modello analizza le caratteristiche di un mercato che abbia caratteristiche quanto più è possibile comparabili – perciò simili – con quello in cui si è accertata l'infrazione e nel quale, perciò, il libero gioco della concorrenza è stato distorto. *Conditio sine qua non* per poter prendere in considerazione un mercato contiguo è l'assenza dell'impresa autrice dell'illecito o di condotte simili a quella fonte della distorsione.



Così come per la comparazione temporale, l'attendibilità di quella incrociata è nella previa verifica dell'omogeneità della realtà controfattuale rispetto a quella fattuale in cui l'illecito antitrust dovrebbe rappresentare – l'unica – variabile significativa tra le due realtà.

Al fine di una valutazione più attendibile e che prenda in considerazione il maggior numero di dati possibile il metodo *before-and-after* e quello *yardstick* possono essere combinati riuscendo ad ottenere così una stima basata non solo sulla comparazione temporale nello stesso mercato ma anche quella con un prodotto omogeneo nello stesso periodo.

Utilizzando, invece, l'approccio c.d. finanziario il modello controfattuale viene stimato sulla base dei risultati finanziari dell'impresa danneggiata e di quella che ha commesso l'illecito accertato dall'Autorità garante. I metodi di natura finanziaria includono una serie di strumenti che vanno ad inquadrare gli indicatori finanziari dello scenario controfattuale, individuando la relazione tra la perdita subita dalla parte danneggiata e quanto acquisito, invece, dal danneggiante tramite un procedimento logico-deduttivo. Generalmente, si confrontano i margini – o perdite – realizzati dall'attore e quelli conseguiti dall'impresa autrice dell'infrazione, ottenendo in questo modo un quadro completo del deterioramento delle *performance* del danneggiato. In altri casi, la comparazione può svolgersi tra i dati finanziari dell'impresa danneggiata e quelli di un'impresa con caratteristiche simili, a condizione che questa non presenti profili di distorsione concorrenziale.

Dunque, il requisito fondamentale di quest'approccio è l'omogeneità dei dati analizzati, i quali non sempre sono ricavabili dai dati di bilancio, ma richiedono l'analisi dei fattori che possono incidere sui dati finanziari di interesse. È per questa

ragione che l'applicazione dell'approccio finanziario è – certamente – più utile in settori in cui la domanda è rigida e le caratteristiche degli operatori sul mercato non siano particolarmente diversificate.

Infine, vi è l'approccio di mercato<sup>149</sup>, che è un'analisi prospettica – c.d. *market-based* – finalizzata a rilevare le variazioni delle condizioni di mercato a causa delle distorsioni dovute all'illecito anticoncorrenziale utilizzando modelli economici che, partendo da dati e informazioni noti, ricostruiscono le condizioni dello stesso mercato caratterizzato da una perfetta concorrenzialità tra gli operatori. Si tratta, dunque, di un modello empirico che si basa sullo studio dell'interazione di fattori economici – come la domanda e l'offerta – analizzando il valore assunto dalla variabile nel caso in cui qualcuno degli operatori assuma comportamenti differenti.

È evidente, dunque, che esiste un ampio spettro di metodi e modelli per l'analisi delle conseguenze delle condotte anticoncorrenziali, i quali possono essere classificati in modi diversi, ma sono tutti volti alla costruzione dello scenario controfattuale rispetto alla condotta adottata dall'impresa lesa. Tuttavia, non è possibile stimare *a priori* quale dei modelli analizzati sia più attendibile e completo degli altri, dal momento che la scelta di quale approccio adottare risiede – unicamente – nella qualità e nella quantità delle informazioni a disposizione dell'autorità procedente.

Considerando l'oggettiva difficoltà per i giudici di applicare dei criteri scientifici per la ricostruzione del *quantum* risarcitorio, così come richiesto dalle Linee Guida della

---

<sup>149</sup> La quantificazione del danno secondo l'approccio di mercato è stata utilizzata nella sentenza App. Milano sent. 24 dicembre 1996 *Telsystem*, in cui il giudice ha determinato la posizione che l'impresa avrebbe potuto assumere sul mercato in assenza dell'illecito subito in base alle sue capacità economiche e alle caratteristiche della sua attività.

commissione, è auspicabile un sempre maggiore impiego di consulenti tecnici<sup>150</sup> – c.d. CTU – impegnati a mettere a disposizione del servizio giuridico il sapere economico. Gran parte dei fatti rilevanti ai fini della ricostruzione del diritto al risarcimento in materia di antitrust sono di natura economica, perciò, in seno ai processi di concorrenza, ha un notevole peso la prova economica con la precipua funzione di costruire un modello semplificato in una realtà più complessa. Poiché nel procedimento di quantificazione del danno è necessario lo studio di variabili economiche in scenari di mercato ipotetici, ciò rende indispensabile l’ausilio di un economista.

Nel nostro ordinamento l’ammontare del risarcimento, nella maggior parte di casi, è stabilito dal giudice secondo il principio equitativo *ex art. 1226 c.c.*<sup>151</sup> ricorrendo spesso a consulenze.

È dunque frequente il ricorso, durante i procedimenti per risarcimento del danno da infrazione della normativa antitrust, agli artt. 191 e ss. c.p.c. giacché la disciplina sembra particolarmente confacente a questo tipo di processi<sup>152</sup>. Nella motivazione della decisione il giudice, *peritus peritorum*, sarà tenuto a fare menzione della consulenza e ad indicare quanto la stessa abbia inciso sul suo convincimento.

Tuttavia, non bisogna incorrere nell’errore di considerare la consulenza come una sostituzione o uno sgravio dell’onere probatorio delle parti: il danneggiato sarà

---

<sup>150</sup> Secondo quanto previsto dall’art. 61 c.p.c. sono soggetti “*di particolare competenza tecnica. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice.*”

<sup>151</sup> CARPAGNANO M., *Vent’anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia 1990 – 2010*, in *Conc. e Merc.*, 2011, p. 283

<sup>152</sup> MUSCOLO G., *Il private enforcement dei divieti antitrust*, in PACE L. (a cura di), cit., p. 341

comunque tenuto ad allegare la prova del fatto illecito, stando in capo al consulente il – solo – compito di quantificare con criteri scientifici il danno già dimostrato<sup>153</sup>.

### **3.2. La liquidazione equitativa del giudice ex art. 1226 c.c..**

Una volta individuate le voci di danno risarcibili e quantificato il pregiudizio, deve procedersi alla liquidazione da parte del giudice del *quantum*. Dalla lettura dell'art. 17 – così come già previsto dall'art.14 Dir. 2014/104/UE – sembrerebbe che il legislatore abbia voluto dare al criterio di liquidazione equitativa rilevanza solo residuale, preferendo, invece, una quantificazione scientifica della somma da liquidare.

La giurisprudenza di legittimità, con riguardo all'onere della prova, ha statuito che può procedersi a liquidazione del danno solo se questo risulta provato, vale a dire che non sia solo potenziale ma sia certo nella sua esistenza anche se non suscettibile di quantificazione economica certa, indicando anche sommariamente il processo logico su cui la prova si basa.

La liquidazione equitativa del danno è prevista, inoltre, nell'art. 125 del decreto legislativo 30 del 2005 per i casi in cui la violazione dell'antitrust riguardi la proprietà industriale e intellettuale.<sup>154</sup>

La liquidazione secondo equità integra un livello minimo di *standard* probatorio e si addice particolarmente alla quantificazione del danno *antitrust*. Perciò il presunto danneggiato non può invocare la tutela equitativa del danno senza aver prima dimostrato l'esistenza dello stesso danno, dato che nel nostro sistema giuridico

---

<sup>153</sup> Il consulente resta infatti un ausiliario del giudice il cui compito è quello di fornire le valutazioni tecnico-scientifiche eventualmente richieste per la decisione, pertanto, la nomina non incide sulla disciplina degli oneri di allegazione e di prova che incombono sempre sulle parti. Sul punto cfr. SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2017, pp. 234 ss.

<sup>154</sup> MOSCA V., *Private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno*, in *Dir. Ind.*, 5, 2010

“occorre peraltro che agli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo [...] e che si traducano in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia connesso all’illecito in termini di certezza o almeno con un grado di elevata probabilità”<sup>155</sup>. Dunque, è indispensabile, per la liquidazione del lucro cessante, la prova – anche presuntiva – del danno subito, in difetto della quale non vi è spazio per alcuna attribuzione patrimoniale. In altri termini, dagli atti devono risultare in maniera certa elementi oggettivi di carattere lesivo tali che una volta proiettati nella sfera patrimoniale del soggetto generino una lesione economicamente rilevante.<sup>156</sup>

### **3.3. Il ruolo dell’AGCM nella quantificazione del danno.**

Il terzo comma dell’art.14<sup>157</sup> del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 realizza l’auspicata integrazione tra *public* e *private enforcement*, per lo meno sotto il profilo della quantificazione del danno, prevedendo una stretta e specifica collaborazione tra giudice e AGCM. L’elemento innovativo di questa norma risiede nel fatto che l’Autorità – nazionale e non – viene investita di un’attribuzione che non aveva mai avuto fino a questo momento. Inoltre, la situazione giuridica introdotta dalla norma in questione risulta essere un *unicum*, giacché non risultano esserci modelli europei o extra-europei che siano paragonabili.

---

<sup>155</sup> Cass. sent. 13 luglio 2011, n. 15385, in *Mass.*, 2011, p. 592;

Cass. sent. 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, p. 534 con nota di PARDOLESI P.

<sup>156</sup> CARLI C., *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel d. lgs. 3/2017: istruzioni per l’uso*, in SASSANI B. (a cura di), cit., pp. 221 ss.

<sup>157</sup> “Il giudice può chiedere assistenza all’autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l’assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l’autorità garante presta l’assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l’autorità medesima.”

Il decreto di recepimento, diversamente che nella direttiva, disciplina in maniera puntuale l'oggetto dell'assistenza non solo precisando che tale attività si basa su richieste specifiche del giudice all'Autorità, ma anche stabilendo i motivi per i quali l'Autorità può rifiutare la collaborazione con il giudice in virtù dell'esigenza di “*salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto alla concorrenza*”.

Dunque, il decreto mira ad orientare l'attività di collaborazione sulla base di quattro esigenze fondamentali, vale a dire: la leale collaborazione tra il giudice e l'Autorità; la libera determinazione della quantificazione del danno da parte del giudice; l'efficace allocazione delle risorse che l'ordinamento destina al *public enforcement*; le garanzie del giusto processo.

Tuttavia, per effetto del recepimento in termini restrittivi adoperato dal legislatore nazionale, restano esclusi dagli elementi considerabili accertati, da parte dell'autorità giudiziaria procedente, le valutazioni – eventualmente – condotte dall'autorità in materia di quantificazione del risarcimento. Questa esclusione adoperata dall'art. 7 del decreto viene mitigata dal terzo comma dell'art 14 cit., il quale prevede che il giudice possa considerare le valutazioni adoperate dall'AGCM in materia di quantificazione del danno solo nel caso di azioni *follow on*. Bisogna, infatti, tenere presente che l'attività svolta dall'Autorità si fonda sul c.d. *effect based approach*<sup>158</sup>, il quale facilita ed incentiva le azioni di *private enforcement* anche in virtù di quanto stabilito dall'art. 14 cit., e ciò non “*perché l'eventuale quantificazione degli effetti entra a far parte dell'effetto vincolante [della decisione dell'autorità per il giudice civile, ndr] ... ma*

---

<sup>158</sup> Nel rendere le proprie decisioni l'AGCM si spinge a valutare l'esistenza degli effetti dell'infrazione sanzionata.

*perché accresce la consapevolezza nei soggetti danneggiati che vi è la possibilità di agire per il danno*<sup>159</sup>.

Per altro verso, dal testo del decreto emerge un'elevata discrezionalità nel chiedere e prestare l'assistenza ed è evidente che tale strumento troverà molta più applicazione nelle azioni *follow on* nelle quali il giudice può prendere visione del fascicolo già formato dall'Autorità, richiedendo chiarimenti quando lo ritiene opportuno.

Proprio in relazione alle azioni *follow on*, per quanto fino a qui esposto, possono essere rilevati dei punti di criticità per ciò che riguarda il principio del giusto processo<sup>160</sup> e la prevenzione di eventuali situazioni di conflitto di interesse dal momento che l'Autorità garante interviene a giudizio pendente e con un giudizio già formato sulla questione. Al contrario, nelle azioni *stand alone* la richiesta di informazioni costringono l'Autorità ad un notevole dispendio di energie che mira alla quantificazione del danno e che dovrà essere adeguatamente supportato, qualora l'Autorità non abbia ancora deciso di avviare un procedimento autonomo sulla questione.

In ogni caso, il giudice è obbligato a coordinare lo strumento della richiesta di informazioni con quelli tipici messi a sua disposizione dal codice di rito – per es. la consulenza tecnica d'ufficio – e dall'art. 15<sup>161</sup> reg 1 del 2003, dovendo assicurare alle

---

<sup>159</sup> CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 4, p. 319.

<sup>160</sup> *Ex art. 111 Cost.*

<sup>161</sup>“1. *Nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.*

3. *Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono, agendo d'ufficio, presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81[101] o dell'articolo 82 [102] del trattato. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, esse possono inoltre presentare osservazioni orali alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri. Qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali.*”

parti, sempre e comunque, adeguati strumenti di tutela del principio del contraddittorio e di quello di parità delle armi.

Deve, comunque, ribadirsi che, anche in presenza di questi strumenti di supporto all'attività di ricerca e volti alla più efficace quantificazione del danno *antitrust*, è necessario che la stessa quantificazione avvenga in base alle circostanze del caso concreto, sicché per quanto persuasive si presentino le indicazioni fornite dall'AGCM al giudice, l'individuazione del *quantum* risarcibile è compito esclusivo dello stesso giudice.<sup>162</sup>

#### **4. La composizione consensuale delle controversie. Inserire note bibliografiche.**

Il ricorso a strumenti di composizione consensuale delle controversie – c.d. *consensual settlements* –, nel più ampio contesto del *private enforcement*, rappresenta senza alcun dubbio uno degli ambiti in cui meglio si riflette il principio della complementarità di *private* e *public enforcement*. A dimostrazione di ciò si consideri che, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, il raggiungimento di un accordo amichevole tra le parti è rilevante sia con riferimento alle sanzioni che l'AGCM può irrogare, sia con riferimento alle azioni risarcitorie che possono essere intentate successivamente.

Tale novità era già stata anticipata all'interno della direttiva 104 del 2014, e trova la sua conferma all'interno del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3, nel quale il tema della composizione consensuale delle controversie viene trattato negli artt. 2, 15 e 16.

---

<sup>162</sup> DE PAMPHLIS M., *L'assistenza dell'Autorità garante della concorrenza nella quantificazione del danno*, in *Il risarcimento del danno nel diritto alla concorrenza*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp. 152 ss.



All'art. 2 va, sicuramente, riconosciuto il merito di aver introdotto nel nostro ordinamento giuridico le nozioni di “composizione consensuale delle controversie” e di “accordo che compone la controversia”. Per ciò che riguarda gli effetti della composizione amichevole, invece, sono disciplinati dall'art. 15 per ciò che attiene ai termini di prescrizione, e dall' art. 16 per quanto riguarda gli effetti dell'accordo sulle successive azioni risarcitorie.

Risulta, quindi, opportuno specificare cosa il legislatore intenda per composizione consensuale, cioè tutti quei *“procedimenti di risoluzione stragiudiziale di una controversia, riguardanti una richiesta di risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto della concorrenza, di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, e al titolo II-bis della parte V del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nonché i procedimenti di arbitrato di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.”*<sup>163</sup>

A prima vista, la scelta di ricomprendere in un unico ambito sia i procedimenti conciliativi che il procedimento arbitrale, sembrerebbe alquanto singolare, ma la *ratio* di tale scelta trova origine nel contenuto nella direttiva n. 104 del 2014, nella quale si considera procedimento di composizione consensuale *“qualsiasi meccanismo che consenta una risoluzione stragiudiziale di una controversia riguardante una richiesta di risarcimento dei danni”*<sup>164</sup>.

Strettamente connessa a tale definizione risulta essere quella di accordo che compone la controversia nella quale il legislatore ha ritenuto opportuno riferirsi a quattro distinti

---

<sup>163</sup> Ved. art. 2, comma 1, let. s), d. lgs. 3/2017

<sup>164</sup> Ved. art. 2, comma 1, n. 21), Dir. 2014/104/UE

e specifici istituti: *“l'accordo amichevole di definizione della controversia raggiunto mediante il procedimento di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita di cui al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162; l'accordo amichevole raggiunto mediante il procedimento di cui al titolo II-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206; la determinazione contrattuale con cui è definita la controversia nell'arbitrato irrituale di cui all'articolo 808-ter del codice di procedura civile”*<sup>165</sup>.

Secondo questa disposizione il lodo arbitrare non rientra nella definizione di “accordo che definisce la controversia”, sebbene la procedura arbitrale – come visto – sia ricompresa nella nozione di “composizione consensuale della controversia”. Una tale asimmetria è giustificata se si considera che per “composizione consensuale della controversia” si intende ogni procedimento – anche non conciliativo – che risolve la controversia al di fuori delle aule giudiziarie<sup>166</sup>, ricomprendendo a pieno titolo anche il procedimento arbitrale. Per contro, deve ribadirsi che in ogni caso il lodo che conclude un procedimento arbitrale deve ritenersi estraneo alla nozione di “accordo che compone la controversia”, posto che lo stesso lodo non compone una controversia, bensì la definisce.

In particolare, queste considerazioni valgono in sede di definizione dell'ambito applicativo degli artt. 15 e 16 del d. lgs. cit.. Infatti, all'art. 15 - che si riferisce agli

---

<sup>165</sup> Ved art. 2, cit., let. t)

<sup>166</sup> A tale proposito si ricorda che la direttiva 2014/104/UE fa espresso riferimento al concetto di risoluzione stragiudiziale.

effetti dei provvedimenti di composizione delle controversie - deve ritenersi applicabile anche l'istituto dell'arbitrato, mentre non è applicabile all'art. 16.<sup>167</sup>

#### **4.1. Gli effetti della composizione consensuale sui termini di prescrizione.**

L'art. 15, primo comma. decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 richiama le norme che disciplinano l'effetto sospensivo-interruttivo del termine di prescrizione durante lo svolgimento della procedura di composizione consensuale, in attuazione di quanto già previsto nella direttiva 104 del 2014<sup>168</sup>.

Il rinvio all'art. 5, comma sesto, d. lgs. n. 28/2010 – che prevede che sia esperito un procedimento di mediazione prima della proposizione della domanda giudiziale – comporta che la proposizione dell'istanza di mediazione produce sul termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno gli stessi effetti della domanda giudiziale.<sup>169</sup>

Pertanto, l'istanza di mediazione ha come effetto sia quello interruttivo istantaneo previsto dall'art. 2943, comma primo, c.c., sia quello interruttivo permanente *ex art. 2945, comma secondo, c.c.*, sicché la prescrizione è interrotta e *“non corre fino al momento in cui non passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”*.

In particolare, l'applicabilità dell'art. 2945, comma 2, c.c. deve ritenersi pacifica stante il chiaro intento della direttiva che impone agli stati membri di dettare norme intese a garantire che *“il termine di prescrizione ... sia sospeso per la durata del procedimento di composizione consensuale della controversia”*<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> BASTIANON S., *Composizione consensuale delle controversie*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp. 158 ss.

<sup>168</sup> Ved. art. 18

<sup>169</sup> SANTAGADA F., *La composizione consensuale delle controversie*, in SASSANI B. (a cura di), *cit.*, pp. 284 ss.

<sup>170</sup> Art. 18, comma 1, dir. 2014/104/UE

È opportuno precisare che, non essendo ravvisabile all'interno del procedimento di mediazione il momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, l'effetto interruttivo dura per l'intero svolgimento della procedura fino al deposito dell'atto conclusivo – il verbale di conciliazione o di mancata conciliazione<sup>171</sup> – che, poiché definisce il procedimento di mediazione, è pacificamente considerato equipollente alla sentenza passata in giudicato.

Ancora, laddove l'istanza di mediazione sia presentata dinanzi all'organo incompetente vale comunque il disposto dell'art. 2943, comma terzo<sup>172</sup>, c.c. - che prevede l'operatività dell'interruzione anche nel caso di azione promossa innanzi al giudice privo di competenza –, dal momento che l'incompetenza dell'organismo è assimilabile all'incompetenza del giudice.

Peraltro, nel caso in oggetto, all'effetto interruttivo della prescrizione si aggiunge anche quello sospensivo *ex art. 2945*, secondo comma, c.c.. Ciò avviene sia quando venga proposta una nuova domanda dinanzi all'organo competente prima che il procedimento preventivamente intentato sia concluso con un verbale di mancata conciliazione, sia quando la domanda proposta all'organismo incompetente si sia conclusa con un verbale di mancata conciliazione per incompetenza.

Il momento in cui la presentazione dell'istanza di mediazione inizia a dispiegare i suoi effetti sulla prescrizione è individuato nell'invio della comunicazione a tutte le altre parti. Il riferimento all'invio, e non già alla ricezione, è da ricondurre a quella giurisprudenza costituzionale secondo cui il tempo di perfezionamento della

---

<sup>171</sup> Nel caso di mancata conciliazione il termine riprende a decorrere per intero dalla data di deposito del verbale di mancata conciliazione.

<sup>172</sup>“*L'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente.*”

comunicazione e della notificazione non può andare a danno della parte che vi provvede.<sup>173</sup>

Le considerazioni sull'istanza di mediazione *mutatis mutandis* valgono anche per il procedimento di negoziazione assistita, sia quando è esperita volontariamente, sia quando è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In ogni caso, per quanto disposto dall'art. 8 del decreto legge n. 132 del 2014, il procedimento di negoziazione assistita produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Il chiaro riferimento alla domanda giudiziale fa sì che alla disciplina si applichi il disposto degli artt. 2943 e 2945 c.c..

Tra le procedure attivabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie relative al risarcimento del danno *antitrust* si fanno rientrare anche, per espressa previsione del comma 1 art. 15 cit., quelle conformi ai requisiti indicati nel Titolo II-*bis* della parte V del Codice del consumo e, per l'ipotesi che ciò si verifichi, si richiamano gli effetti sulla prescrizione enunciati dall'art. 141 *quinquies*<sup>174</sup>. Dal tenore letterale della norma si evince che, differentemente dai casi esposti in precedenza in questo caso l'effetto interruttivo inizia a decorrere non dalla conoscenza dell'avvio del procedimento, ma dalla data di ricevimento della domanda dall'organo.

In forza di una clausola compromissoria o di un compromesso le controversie di risarcimento del danno anticoncorrenziale possono essere devolute all'arbitro rituale

---

<sup>173</sup> Corte Cost. 23 gennaio 2004, n. 28

<sup>174</sup>“1. Dalla data di ricevimento da parte dell'organismo ADR, la relativa domanda produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda impedisce altresì la decadenza per una sola volta.

2. Se la procedura ADR fallisce, i relativi termini di prescrizione e decadenza iniziano a decorrere nuovamente dalla data della comunicazione alle parti della mancata definizione della controversia con modalità che abbiano valore di conoscenza legale.

3. Sono fatte salve le disposizioni relative alla prescrizione e alla decadenza contenute negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte.”

o irrituale. In tali circostanze, ai sensi del quarto comma dell'art. 2943 c.c., la prescrizione interrompe il suo decorso.

Il secondo comma dell'art. 15, cit., disciplina gli effetti dell'esperimento di una procedura stragiudiziale intentata *lite pendente* su un procedimento per ottenere il risarcimento del danno anticoncorrenziale. La norma prevede che in situazione come quella appena prospettata il giudice, su istanza di parte, può sospendere il procedimento davanti a sé per un periodo non superiore a due anni, con la precisazione che se la conciliazione non dovesse andare a buon fine il processo deve tassativamente essere riassunto entro il termine perentorio fissato a trenta giorni.

La sospensione in parola, presuppone un'istanza di parte in tal senso e la pendenza effettiva della procedura di composizione consensuale, ed è comunque rimessa al giudice sia nell'*an* che nel *quantum* che, a sua discrezione<sup>175</sup>, può disporla fino a una durata massima di due anni. Se, nel caso di esito negativo della procedura conciliativa, il processo non dovesse essere riassunto entro il termine perentorio di trenta giorni, il processo si estingue.

Quanto fin qui esposto si applica "*fatte salve le disposizioni in materia di arbitrato*". Secondo un'opzione interpretativa quest'inciso sarebbe stato inserito in quanto nell'arbitrato è demandata all'arbitro la risoluzione della controversia, ragion per cui non può profilarsi una circostanza di mancata risoluzione<sup>176</sup>. Secondo altra parte della dottrina, la clausola di salvezza in oggetto è orientata, piuttosto a confermare la regola generale per cui non possono essere devolute in arbitrato situazioni già dedotte in

---

<sup>175</sup> A tale proposito bisogna rilevare che la normativa nulla dice riguardo i parametri di giudizio da adottare ai fini della sospensione del giudizio. Al riguardo l'unica coordinata normativa rilevabile è il considerando 50 della direttiva dove si afferma che, nell'esercizio del potere di sospensione, il giudice deve valutare i vantaggi in termini di rapidità offerti dalla procedura consensuale.

<sup>176</sup> Così la Circolare Assonime n. 2 del 13 febbraio 2017, 50.

giudizio, sicché è da escludersi l'arbitrato dal novero delle procedure di compensazione consensuale che possono essere intentate *lite pendente*.

Dal momento che in caso di insuccesso della procedura conciliativa con conseguente riassunzione del processo, la sospensione determina un allungamento dei tempi del processo, il terzo comma dell'art. 15 dispone che il periodo di sospensione non sia computato ai fini del calcolo della ragionevole durata del processo e dell'eventuale diritto all'equa riparazione.

La disponibilità dell'autore di una violazione anticoncorrenziale a partecipare a una composizione consensuale della causa con il danneggiato può essere valorizzata anche dal punto di vista del *public enforcement*. Un simile ordine di idee è ricavabile dal quarto comma dell'art 15, il quale, riproponendo esattamente quanto già disposto dall'art. 18 della Direttiva, prevede che l'Autorità ai fini dell'irrogazione della sanzione può considerare il risarcimento effettuato dall'autore della violazione al termine del procedimento di conciliazione e prima della decisione della stessa autorità. Dunque, perché la pena pecuniaria di un soggetto venga sgravata è necessario che la conciliazione si sia conclusa prima della emanazione della decisione dell'autorità.

#### **4.2. Gli effetti della composizione consensuale sulle azioni risarcitorie successive.**

Il successivo art. 16 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3, così come l'art. 15 cit., intende promuovere l'utilizzo di sistemi di composizione della lite alternativi rispetto al canonico giudizio dinanzi al giudice, disciplinando gli effetti della composizione consensuale sulle azioni risarcitorie presentate successive.

In attuazione dell'art. 19<sup>177</sup> della direttiva 104 del 2014, l'art 16 del decreto legislativo al secondo comma introduce la c.d. regola del non-contributo, disponendo – testualmente – che *“i coautori della violazione che non hanno partecipato ad un accordo che compone la controversia non hanno regresso nei confronti dei coautori della violazione che vi hanno partecipato per la parte del danno a questi imputabile”*.

In altre parole, chiunque abbia partecipato ad un accordo di composizione amichevole della controversia, e in virtù di esso abbia pagato un congruo risarcimento, è liberato dal vincolo di solidarietà rispetto agli altri coautori dell'illecito anticoncorrenziale estranei all'accordo di composizione. La *ratio* di questa norma, dunque, risiede nella volontà del legislatore – europeo e nazionale – di incoraggiare gli autori di illeciti *antitrust* a concludere accordi di composizione amichevoli ed evitare, quindi, che li stessi si trovino in una posizione deteriore rispetto agli eventuali coautori che non hanno partecipato al medesimo o altri accordi.<sup>178</sup>

Corollario di tale norma è che la parte di danno causata dal danneggiante che ha concluso un accordo di composizione amichevole della controversia deve –

---

<sup>177</sup> Comma 2: *“Gli Stati membri provvedono affinché, a seguito di una transazione consensuale, dalla richiesta del soggetto danneggiato che ha partecipato a tale transazione sia sottratta la parte di danno del coautore della violazione del diritto della concorrenza che ha a sua volta partecipato alla transazione consensuale.”*

<sup>178</sup> Si veda, sul punto, la Relazione illustrativa del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n.3.



ovviamente – essere dedotta dal risarcimento esigibile dal danneggiato<sup>179</sup>, e ciò al fine di evitare che i coautori siano penalizzati dall'accordo a cui non hanno partecipato. In altre parole, il danneggiato non può esigere dai coautori quella parte di risarcimento già ottenuta dal danneggiante con cui ha stipulato l'accordo. L'art. 16 cit., così come precisato dalla Relazione illustrativa che richiama direttamente il considerando 15 della Direttiva, dispiega i suoi effetti qualunque sia l'ammontare della quota di risarcimento eventualmente liquidata all'esito della composizione consensuale. Dunque, l'esclusione dell'autore dell'illecito coinvolto nella stipula dell'accordo deve essere fatta sulla base della quota di danno – idealmente – a lui attribuibile e non sulla quota versata, che può essere maggiore o minore della quota di danno determinata dal giudice ed imputabile al responsabile.

Il terzo comma dello stesso art. 16, al fine di garantire che il danneggiato ottenga un pieno risarcimento del danno subito, introduce una deroga a quanto esposto fino a questo punto per cui *“quando i coautori della violazione che non hanno partecipato all'accordo che compone la controversia sono insolventi, detratta la parte di danno imputabile al coautore che ha partecipato all'accordo, il soggetto danneggiato può chiedere il risarcimento ai coautori della violazione che hanno partecipato all'accordo, salvo che le parti che hanno partecipato all'accordo che compone la controversia lo abbiano espressamente escluso”*. In altri termini, in caso di insolvenza dei coautori estranei all'accordo di composizione amichevole della controversia, viene meno la liberazione dal vincolo della solidarietà di cui si è già detto, potendo il danneggiato far valere – unicamente in questo caso – la solidarietà per l'intero.

---

<sup>179</sup> Ved. art. 16, comma 1, cit.

Nell'ipotesi in cui alcuni coautori dalla violazione non partecipanti all'accordo abbiano risarcito dei soggetti danneggiati anch'essi non partecipanti all'accordo di composizione e intendono agire in via di regresso verso quei coautori che hanno partecipato all'accordo, il quarto comma dell'art. 16 stabilisce che il giudice può, nel momento in cui determina l'ammontare del risarcimento, oltre ad adoperare i classici criteri di cui all'art. 2055 c.c., deve tenere conto anche dell'ammontare del risarcimento versato dal coautore nell'ambito di un precedente accordo di composizione amichevole della controversia. Ciò significa che il giudice, nel determinare la misura del regresso, deve – necessariamente – considerare quanto già versato come circostanza attenuante. Tanto, al fine di evitare che il coautore che ha partecipato all'accordo sia tenuto a versare un importo totale superiore alla sua responsabilità relativa per il danno causato dalla violazione anticoncorrenziale.

La disciplina contenuta dell'art. 16 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 si applica a tutti gli accordi di composizione consensuale della lite considerati tali dal disposto dell'art. 2, comma 1, lett. s) dello stesso decreto.

## **Capitolo III: I profili processuali della nuova disciplina: le agevolazioni probatorie.**

### **1. L'onere di allegazione nel processo civile, cenni.**

Il decreto legislativo 19 gennaio 2017 n.3 nel disciplinare la tutela privatistica dei danneggiati da condotte anticoncorrenziali stabilisce una disciplina in punto di prova che consenta di superare gli squilibri informativi ed economici tra le parti in lite.

All'uopo, le regole ivi stabilite derogano alla più generale disciplina dell'onere probatorio normalmente operante nel processo civile.

Come è noto, infatti, l'art. 2697 c.c. stabilisce che chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, ne consegue, quindi, che chi eccepisce l'inefficacia dei fatti dedotti in giudizio, oppure eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui si fonda l'eccezione.

L'art. 2697 cit. non accenna ad "attore" o "convenuto", poiché se è vero che – di regola – è colui che fa valere un diritto in giudizio a doverne provare l'esistenza, in realtà la regola dell'onere della prova è un criterio di ripartizione del tutto generico che può essere derogato<sup>180</sup>, in ogni caso, da disposizioni speciali di leggi o dall'accordo delle parti.

Dunque, la regola dell'onere probatorio rappresenta una regola di giudizio poiché di fatto non stabilisce chi debba provare cosa, ma se al momento della decisione manca

---

<sup>180</sup> Sull'inversione dell'onere della prova cfr. VERDE G., *L'onere della prova*, Napoli, 1973

la prova di un fatto rilevante la parte onerata della prova subisce il rigetto delle pretese che essa fonda sull'affermazione del fatto stesso.

Occorre, quindi, sapere con certezza quali delle parti è gravata dell'onere di provare il fatto, in modo tale da invidiare chi deve subire l'effetto negativo dell'onere insoddisfatto.

## **2. L'onere di allegazione e di prova nel *private enforcement*.**

Tra le disposizioni innovative apportate dal D. Lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, suscitano particolare interesse le norme che introducono una "agevolazione probatoria" che, in considerazione dell'asimmetria informativa che caratterizza la materia risarcitoria antitrust, viene concessa all'attore – ma di cui in alcuni casi può godere anche il convenuto – al fine di riequilibrare le posizioni delle parti, rendere più semplice l'accertamento del danno e incentivare l'utilizzo del *private enforcement*.

Il fenomeno dell'asimmetria informativa è stato riconosciuto per la prima volta nella Direttiva 104 del 2014 che è stata concepita proprio con la finalità di superare tale disparità. Nel considerando 14 si specifica testualmente: "*Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova*

*esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE*<sup>181</sup>.

Nel successivo considerando 15 si puntualizza che *“la prova è un elemento importante per intentare un'azione per il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto dell'Unione o nazionale della concorrenza. Tuttavia, poiché il contenzioso in materia di diritto della concorrenza è caratterizzato da un'asimmetria informativa, è opportuno garantire agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi.”*<sup>182</sup>.

Tenendo conto delle indicazioni di cui alla richiamata direttiva, l'“agevolazione probatoria” introdotta dal D. Lgs. n. 3/2017 si compone di tre categorie: quelle relative all'ordine di esibizione, che il giudice può disporre su istanza di parte – c.d. *disclosure* –, delle prove o categorie di prove inerenti al procedimento e in possesso della controparte o di terzi; quelle che incidono sull'onere della prova; quelle che disciplinano l'efficacia del provvedimento dell'AGCM o della Commissione in sede di contenzioso civile.

---

<sup>181</sup> Ved. considerando 14, Dir. 2014/104/UE

<sup>182</sup> Ved. considerando 15, Dir. 2014/104/UE

## 2.1. La presunzione sul *passing on* “offensivo”.

Il legislatore, con l'intento di superare l'asimmetria informativa e riequilibrare le posizioni delle parti, è intervenuto sull'onere della prova e sul rischio della mancata prova, prevedendo una serie di deroghe alle regole generali poste dall'art. 2697 del codice civile, secondo il quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*.<sup>183</sup>

A tal proposito, la prima disposizione da prendere in considerazione è l'art. 12 del decreto legislativo di recepimento, che statuisce in tema di *passing on*<sup>184</sup>.

Al primo comma<sup>185</sup> l'art. 12 cit. non aggiunge nulla di nuovo rispetto a quanto già previsto dalla disciplina generale, secondo la quale grava sul danneggiato – solitamente l'attore – l'onere della prova del danno subito, con l'ausilio dell'istanza di esibizione di cui agli artt. 3 e successivi del decreto.

È invece al secondo comma<sup>186</sup> che il legislatore si distacca dalle previsioni codicistiche di ripartizione dell'*onus probandi* per introdurre una regola presuntiva: il trasferimento del sovrapprezzo è presunto qualora l'acquirente indiretto provi che il convenuto ha commesso un'infrazione *antitrust* tale da poter generare un sovrapprezzo e i beni da lui acquistati siano gli stessi ad oggetto della violazione. Dunque, ciò che si presume è il nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale determinante il sovrapprezzo

---

<sup>183</sup> Sull'onere della prova e sulle deroghe dell'art. 2697 c.c. cfr. VERDE G., *L'onere della prova*, Napoli, 2013

<sup>184</sup> Si rimanda al capitolo II, § 2.1 di questo elaborato.

<sup>185</sup> “Nelle azioni di risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, l'attore deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi.”

<sup>186</sup> “Nel caso di cui al comma 1, il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che:

a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;

b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;

c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.”

e il danno subito dall'acquirente indiretto, il quale abbia già dimostrato di aver acquistato beni o servizi coinvolti nella violazione in parola.<sup>187</sup>

Secondo una parte della dottrina, benché il legislatore la presenti come una presunzione relativa – c.d. *iuris tantum* –, in realtà si tratterebbe di una presunzione “impropria”<sup>188</sup>, in quanto incide su un aspetto rilevante della fattispecie, vale a dire il riparto dell'onere probatorio del nesso di causalità tra la condotta lesiva e l'evento dannoso lamentati dall'attore.<sup>189</sup>

Le disposizioni di cui all'art. 12 cit. presentano insieme una presunzione ed una regola di giudizio, secondo la quale spetterà al convenuto provare il mancato o parziale trasferimento del sovrapprezzo; tanto si evince anche dalle specificazioni sulla prova contraria che consente di superare la presunzione contenuta nel terzo comma<sup>190</sup>.

Inoltre, questa previsione che agevola la posizione processuale degli acquirenti indiretti presuppone la loro piena legittimazione a far valere il diritto al risarcimento del danno.

---

<sup>187</sup> DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *Aida*, 2015, pp. 113 e ss.

<sup>188</sup> Ciò che differenzia le presunzioni imporre da quelle relative è il fatto che le prime considerano un fatto provato, e quindi vero, fino a che non sia provato il contrario, mentre le seconde considerano vero e provato un fatto dedotto da un altro fatto noto e provato a sua volta.

<sup>189</sup> Sul più generale tema delle presunzioni nel campo delle prove cfr. LUISO F., cit., II, pp. 83 ss.

<sup>190</sup> “Il convenuto può dimostrare che il sovrapprezzo di cui al comma 2 non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto.”

## 2.2. La presunzione di danno della vittima di un cartello.

Uno degli aspetti di maggiore innovazione nella nuova disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017 è rappresentato dall'introduzione, all'interno della disciplina generale del risarcimento del danno, del principio di presunzione relativa stando al quale ogni volta che l'infrazione della normativa *antitrust* dà luogo alla formazione di un cartello ne consegue un danno che si sostanzia nell'aumento dei prezzi o in una loro mancata diminuzione, così come riportato nel considerando 47<sup>191</sup> della Direttiva 104 del 2014.

Dunque, il secondo comma dell'art 14 del decreto legislativo si pone a metà strada tra il tema della ripartizione dell'onere della prova e quello della determinazione del risarcimento – come rilevabile in tutto l'intervento normativo – tanto che, ad una prima lettura, solleva non pochi interrogativi.<sup>192</sup>

Ripercorrendo l'*iter* legislativo della disposizione in parola si nota che, così come riportato nel considerando 47 cit., la presunzione si riferisce esclusivamente all'aumento del prezzo o alla mancata diminuzione, non, invece, all'ammontare del danno. La scelta di introdurre questa disposizione – come si evince dalla relazione sui lavori preparatori della Direttiva – si basa sulla consapevolezza matematico-probabilistica che in una certa percentuale di casi i cartelli producono un danno. Il

---

<sup>191</sup>“Per rimediare all'asimmetria informativa e ad alcune delle difficoltà che presenta la quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza e per garantire l'efficacia delle domande di risarcimento, è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno. Gli autori della violazione dovrebbero avere il diritto di confutare questa presunzione. È opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito.”

<sup>192</sup> ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. E impr. Europa*, 2015, 6, pp. 1230 ss.



legislatore europeo, nell'ottica di agevolare l'esercizio del diritto al risarcimento, ha ritenuto necessario tradurre un dato di esperienza pratica in una regola di carattere generale lasciando, comunque, alle imprese la possibilità di argomentare in senso contrario una volta convenute in giudizio. Infatti, la presunzione interviene ripartendo in maniera differente l'onere della prova sul fatto che l'intesa anticoncorrenziale abbia provocato un danno sul mercato di riferimento.

La presunzione scatta una volta che si sia accertato il collegamento tra la condotta illecita e il danno subito e si configura come una presunzione *iuris tantum*, poiché il legislatore, come poc'anzi ricordato, ammette la prova contraria del convenuto, ovvero – in tal caso – che il cartello non ha prodotto alcun danno.

Pertanto, la presunzione *iuris tantum* permette di alleggerire l'onere della prova incombente sul danneggiato, il quale – almeno apparentemente – non deve provare il danno subito, essendo sufficiente la prova dell'evento lesivo.

Una lettura non sufficientemente attenta potrebbe indurre nell'errore di intravedere nella presunzione in parola un danno *in re ipsa*, tuttavia questa eventualità è stata scongiurata dalla giurisprudenza. Proprio per evitare queste fuorvianti semplificazioni, bisogna sottolineare che la presunzione scatta solo dopo che sia accertato l'elemento oggettivo tra il danno subito e il comportamento dell'agente. Si configura, quindi, come presunzione *iuris tantum* perché il legislatore ammette che il responsabile della violazione possa fornire, con ogni mezzo a sua disposizione, la prova contraria.

In realtà, tale innovazione non è del tutto sconosciuta al nostro ordinamento poiché era già stata anticipata da una sentenza<sup>193</sup> della Corte di Cassazione, la quale ha stabilito, in un giudizio risarcitorio ex art. 33 del Codice del consumo, che l'attore assolve

---

<sup>193</sup> Cass. 28 maggio 2014 n. 11904, in Foro it., 2014, I, p. 1729, con nota di PARDOLESI R.

all'onere della prova producendo in giudizio il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità<sup>194</sup>. In tal modo – e senza violare il principio *praesumptum de praesumpto non admittitur* – si dimostra che dalla condotta anticoncorrenziale è scaturito il danno. In vero, la Giurisprudenza di merito in un'altra precedente pronuncia<sup>195</sup> – non dissimile – aveva già affermato che l'onere della prova si deve considerare adempiuto con la semplice allegazione della sussistenza del rapporto obbligatorio con l'impresa e con la prova di aver subito il danno dall'illecito anticoncorrenziale sotto forma di cartello. In sostanza, si verifica un'inversione dell'onere probatorio perché graverà sull'impresa convenuta in giudizio provare l'interruzione del nesso causale – prova contraria –, così come l'insussistenza del pregiudizio lamentato. In altre parole, trattandosi di una presunzione *iuris tantum*, sarà onerata della prova – secondo il criterio di vicinanza – la parte che è in possesso degli strumenti necessari per assolvervi. In ogni caso, la presunzione non esonera l'attore dal provare la lesione subita – c.d. titolo di risarcimento – e l'effettivo ammontare del danno derivante dalla stessa, secondo la disciplina generale in tema di prova. Questo tipo di presunzione verrà utilizzata con alta probabilità soprattutto nelle azioni *follow on*<sup>196</sup> dal momento che le norme sulla presunzione devono essere lette congiuntamente con l'art. 7 del decreto che riconosce pieno potere probatorio alle decisioni di accertamento assunte dall'AGCM, e ciò nella misura in cui il provvedimento in parola, oltre ad accertare la violazione, costituirà per l'attore danneggiato piena prova – nel senso di presunzione legale – di aver subito il danno.

---

<sup>194</sup> A tale provvedimento deve riconoscersi alta attitudine a dimostrare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori.

<sup>195</sup> Cass. 22 maggio 2013 n. 12551, in *Mass.*, 2013, p. 406

<sup>196</sup> Ricordiamo che per le azioni *follow on* valgono le regole di cui all'art 7 d.lgs. 3/2017

Tuttavia, è bene sottolineare che, laddove l'Autorità dovesse spingersi fino a quantificare il danno subito, l'effetto vincolante del provvedimento è comunque – logicamente – circoscritto all'accertamento di eventuali danni conseguenti ai comportamenti sleali tenuti dall'impresa sul mercato di riferimento.

In definitiva, è chiara la volontà del legislatore di intervenire con il fine di agire sul rischio della mancata prova del fatto. È questo, infatti, il significato da attribuire al secondo comma dell'art.14 cit. che testualmente dispone: “*L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione*”. Tuttavia, quest'intervento non si configura come una semplificazione probatoria, ma si tratta piuttosto di una diversa ripartizione dell'onere della prova, così evitando pericolose derive giustizialiste, come – per l'appunto – l'idea del danno *in re ipsa*.

### **2.3. Il vincolo formale derivante dalla decisione dell'Autorità garante.**

La disciplina delle presunzioni fino a questo punto sinteticamente presentata si intreccia con quella prevista dall'art. 7 del decreto legislativo, ed in particolare con la particolare rilevanza probatoria riconosciuta, *ex lege*, alla pronuncia sanzionatoria dell'AGCM divenuta definitiva. Tale norma impone un vero e proprio vincolo formale per il giudice dell'azione risarcitoria.

In realtà, l'adozione di una simile previsione era stata fortemente sconsigliata da parte della dottrina, sia per questioni di incompatibilità con i principi generali<sup>197</sup>, sia per i molti corollari applicativi che ne sarebbero derivati.

---

<sup>197</sup> Si fa riferimento alle tensioni che, in particolare, potrebbero crearsi con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, *ex art. 101, comma 2, Cost.*

Infatti, non sono trascurabili i dubbi interpretativi che la disciplina in parola fa sorgere circa la natura giuridica che il vincolo formale assume all'interno del procedimento civile e sulla sua compatibilità con le previsioni degli articolo 101 Cost., in relazione al principio fondamentale di soggezione del giudice alla legge, e 24 Cost., per ciò che riguarda il diritto alla difesa che deriverebbe dall'ammettere una preclusione pari a quella del giudicato ad un accertamento svolto in sede amministrativa e non in sede giurisdizionale.

Ancora, si pone il problema dell'efficacia dell'eventuale giudicato amministrativo intervenuto in seguito alla sua impugnazione nel processo civile di risarcimento del danno da infrazione della normativa *antitrust*.

Se l'utilizzazione da parte del giudice civile sia idonea a cristallizzare il contenuto del provvedimento di accertamento ai fini del risarcimento discenderà unicamente dalla ricostruzione che si vorrà dare del rapporto tra la sentenza che il giudice amministrativo (nella pienezza della sua giurisdizione esclusiva) ha reso e il processo civile rispetto al quale tale cognizione potrebbe considerarsi *latu sensu* pregiudiziale.

#### 2.4. Riflessioni sull'onere di allegazione.

Il tema dell'onere probatorio si lega, specialmente nella materia risarcitoria *antitrust*, a quello di allegazione di fatti rilevanti; ciò nonostante, vanno tenuti rigorosamente distinti dal punto di vista dogmatico<sup>198</sup>.

È noto che l'allegazione dei fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio è rilevante tanto ai fini della trattazione della causa, quanto al fine della corretta delimitazione dell'oggetto della domanda e, di conseguenza, del processo stesso.<sup>199</sup>

Il tema dell'onere di allegazione non è stato affrontato né dalla Direttiva, né tanto meno dal decreto di recepimento.<sup>200</sup>

Tuttavia, il considerando 14 della Direttiva offre un interessante spunto quando - dopo aver preso atto della complessità dell'analisi economico-fattuale richiesta per le azioni risarcitorie in tema di violazione del diritto *antitrust* e della asimmetria informativa esistente tra attore e convenuto - prevede che *“in tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE”*.

È vero, però, che all'interno del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, non vi è traccia di considerazioni di questo genere, ma è scontata l'esigenza di interpretare il

---

<sup>198</sup> COMIGLIO L. P., *Allegazione (voce)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1989, p. 275

<sup>199</sup> Sul punto cfr. LUISO F., *cit.*, vol. I, pp. 236 ss.

<sup>200</sup> DE CAROLIS V., *L'onere di allegazione e di prova nei giudizi civili antitrust*, in SASSANI B. (a cura di), *cit.*, pp. 159 ss.

diritto interno in modo tale da non ostacolare l'attuazione di quello unionista anche in ossequio al principio di effettività formulato nell'art. 4<sup>201</sup> della Direttiva.

Sul punto la stessa Corte di Cassazione<sup>202</sup>, già prima dell'entrata in vigore del decreto di recepimento, ha operato un'interpretazione estensiva delle rigide norme contenute nel codice di rito a riguardo dell'esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, *“al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata”*, offrendo un'applicazione ante litteram della Direttiva in virtù proprio del principio di effettività del diritto dell'Unione Europea.

Dunque, si potrebbe cogliere un'esigenza ad un'interpretazione estensiva delle stringenti norme processuali che presiedono all'introduzione del giudizio e – soprattutto – alla stesura dell'atto introduttivo stabilendone caratteristiche essenziali e requisiti di validità.

L'art. 164 c.p.c., quarto comma, infatti, commina la nullità dell'atto di citazione qualora *“è omissso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163”*, vale a dire l'individuazione del *petitum*, oppure *“se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo”*, quindi l'esposizione dei fatti e gli elementi di diritto costituenti la *causa petendi*.

---

<sup>201</sup> *“A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale.”*

<sup>202</sup> Ved. Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in Foro it., 2015, I, 2742, con nota di CASORIA M. – PARDOLESI R.

Nel caso, poi, di diritti etero-determinati – così come si assume sia il diritto al risarcimento – l'allegazione della *causa petendi* non è necessaria solo ai fini dell'introduzione del giudizio, ma anche per l'individuazione della *res in iudicium deducta*, in assenza della quale scatta la sanzione di nullità *ex art. 164*, quarto comma. Non è per nulla agevole ricercare delle soluzioni che tentino di conciliare le norme interne e il disposto del considerando 14 della Direttiva, il quale sembrerebbe chiamare in causa il principio generale di efficace applicazione del diritto al risarcimento sancito dal TfUE, e rilevando – al contempo – che questo potrebbe essere frustrato dalla presenza di “*rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati*”.

In una simile situazione la dottrina ha tentato di sperimentare la c.d. “teoria della doppia *causa petendi*”<sup>203</sup> secondo la quale i vizi di nullità dell'atto di citazione per mancanza dei requisiti di cui all'art. 163<sup>204</sup> c.p.c. dovrebbero essere suddivisi in due sottocategorie: quelli che impediscono una qualunque determinazione e configurabilità del diritto azionato e quelli che, invece, si risolvono in una mera incompletezza della descrizione della fattispecie sostanziale invocata e dedotta in giudizio, e che tuttavia non impedisce una corretta individuazione della domanda sia nel contenuto che nelle finalità.

Nella seconda categoria di vizi, nonostante sia riscontrabile un'individuazione del diritto e della domanda, si determinerebbe comunque la nullità della domanda *ex art.*

---

<sup>203</sup> DE CRISTOFORO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in AIDA, 2015

<sup>204</sup> Ved. n. 4), “*l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*”

164, in quanto non sarebbe in ogni caso idonea ad adempiere alla funzione propedeutica per la prima udienza.

Tuttavia, la soluzione prospettata per i giudizi *antitrust* consisterebbe nel non sanzionare i vizi di questa seconda categoria contenuti nell'atto di citazione, che – fisiologicamente – in questo tipo di controversie non potrebbe mai contenere fin dall'inizio tutti gli elementi necessari per identificare in maniera impeccabile la fattispecie costitutiva del diritto.

In ogni caso, seppur superato l'ostacolo della nullità dell'atto di citazione e della sua sanatoria, rimane comunque il problema dell'incompletezza delle allegazioni fatte nella prima fase del processo che va a collidere con le preclusioni previste dall'art. 183, sesto comma, c.p.c. con riguardo alla formazione del *thema decidendum* e *thema probandum*.

Per quanto fino a questo punto rilevato e sulla spinta innovativa offerta dal sistema delineato dalla Direttiva, la dottrina<sup>205</sup> di cui si discute sembrerebbe auspicare un'apertura del nostro ordinamento verso la concezione dell'atto di citazione come un "opera aperta" sulla scorta del "*notice pleading*"<sup>206</sup> statunitense.

Ad oggi non è semplice dire se sia possibile seguire un tale via interpretativa con gli strumenti messi a disposizione dal nostro ordinamento, certo è che il considerando 14 della Direttiva non ha trovato attuazione in sede di recepimento, e che, dunque spetterà alla giurisprudenza in relazione ai singoli casi che gli si prospetteranno e sulla scia

---

<sup>205</sup> DE CRISTOFORO, *cit.*, p. 108

<sup>206</sup> Si tratta di un atto redatto in termini generici e sintetici, indicando solo l'oggetto della pretesa attrice e della fattispecie giuridica invocata a suo fondamento, a cui potrà seguire l'utilizzo del momento processuale proprio quale contesto in cui non solo si forgia il materiale istruttorio, ma si delineano a valle i termini del contraddittorio tra le parti.



dell'interpretazione estensiva già data Suprema Corte con la sentenza n. 11546 del 2015 fornire le soluzioni.

### **3. Richiesta di esibizione delle prove presso controparte o terzi.**

Parte centrale della nuova disciplina in tema di *private enforcement* è sicuramente rappresentato dal complesso di norme che il legislatore ha introdotto a proposito dell'ordine di esibizione, recependo quanto già stabilito nella Direttiva 104 del 2014<sup>207</sup>, e fornendo l'ordinamento italiano di strumenti probatori con caratteristiche particolarmente innovative.

Tramite i nuovi artt. 3, 4, 5 e 6 del decreto legislativo del 2017 n. 3 il legislatore mira a garantire l'accesso alla prova indisponibile, prova di cui molto spesso la parte istante neppure conosce l'esistenza, ma che risulta essere necessaria ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento e che, quindi, si pone il fine di mitigare il divario informativo tra le parti coinvolte in contenziosi del settore.

La previsione dei meccanismi di *discovery* unitamente all'introduzione di presunzioni e all'efficacia vincolante riconosciuta ai provvedimenti dell'Autorità concorrono a riequilibrare le posizioni dei "litiganti" nel processo e le asimmetrie presenti sul piano sostanziale.

---

<sup>207</sup> Ved. art 5, Dir. 2014/104/UE, a tenore dal quale gli Stati membri erano tenuti a provvedere "affinché, su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto, alle condizioni precisate nel presente capo. Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali possano, su richiesta del convenuto, ingiungere all'attore o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti."

Dunque, il decreto di recepimento n. 3 del 19 gennaio 2017 all'art. 3<sup>208</sup>, prevede la possibilità che la parte ottenga dal giudice un particolare ordine di esibizione da opporre alla controparte o – addirittura – a terzi, purché questi siano coinvolti nei fatti dedotti in giudizio.<sup>209</sup>

L'obbiettivo di una simile previsione è più che evidente: si vuole consentire all'attore, di acquisire informazioni o documenti nella disponibilità della controparte o di terzi dei quali non potrebbe conoscere a causa della c.d. asimmetria informativa in favore del convenuto che opera nella materia in oggetto, ma che risultano essenziali ai fini della prova della domanda risarcitoria.<sup>210</sup>

Certamente la nuova disciplina delineata nel decreto legislativo n. 3 del 2017 riconosce alla parte attrice più ampi margini di quelli che, in termini generali, le vengono riconosciuti dall'art. 210<sup>211</sup> c.p.c., anche se siamo ben lontani dal vedere riconosciuto un vero e proprio *pre-trial discovery* tipico dei sistemi di *common law*. Infatti, l'ordine di esibizione contenuto nell'art. 3 cit. è sottoposto, così come accade per l'art. 210 cit., ad un preventivo e stringente controllo da parte del giudice, il quale dovrà valutare, sulla base dell'istanza motivata presentata dalla parte, se l'esibizione possa consentire

---

<sup>208</sup> Ved. comma 1, “*Nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, su istanza motivata della parte, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa, il giudice può ordinare alle parti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità a norma delle disposizioni del presente capo.*”

<sup>209</sup> FABBI A., *L'“esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in SASSANI B. (a cura di), *cit.*, pp. 174 ss.

<sup>210</sup> La richiesta – di norma – proviene dall'attore, ma non è escluso dalla disciplina nazionale che si possa agire in maniera officiosa. Sul punto FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella direttiva Antitrust Private Enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, 3, p. 232

<sup>211</sup> “*Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposto l'istanza di esibizione.*”

di conoscere fatti e prove “*ragionevolmente*” nella disponibilità della controparte o di un terzo tali da rendere quanto meno “*plausibile*” la domanda risarcitoria.

Una siffatta precisazione è d’obbligo per scongiurare l’eventualità che il giudice possa imporre un ordine di esibizione puramente esplorativo, il quale entrerebbe in contrasto con la disciplina generale dettata dall’art. 210 c.p.c.. non a caso, infatti, il legislatore ha prescritto al giudice di individuare in maniera puntale e circoscritta, sulla base dell’istanza avanzata dalla parte, gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prova oggetto della richiesta.

### **3.1. I presupposti per l’ordine di esecuzione. I limiti di ammissibilità dell’istanza.**

Il decreto di recepimento non introduce particolari innovazioni rispetto a quelli che sono i presupposti dell’ordine di esecuzione, infatti, riproduce quasi alla lettera le disposizioni presenti nell’art. 5 della Direttiva 104 del 2014. Quindi, sostanzialmente, viene fatta una *summa divisio* tra i requisiti di ammissibilità dell’istanza<sup>212</sup> e i limiti oggettivi dell’ordine<sup>213</sup>.

La visione sostanzialistica del diritto processuale proposta dal legislatore europeo è più che visibile nella circostanza in cui entrambi i gruppi sono configurati in modo tale da operare più sul piano del contenuto, piuttosto che del provvedimento in senso stretto. Dunque, si privilegia il rispetto dei requisiti contenutistici sostanziali a discapito di rigorose previsioni riguardo forma o termini.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Ved. art. 3, commi 1 – 2, d. lgs. 3/2017

<sup>213</sup> Ved. art. 3, commi 2 – 4, d. lgs. 3/2017

<sup>214</sup> BONATTI R., *Esibizione delle prove presso controparte o terzo e sanzioni per violazione della disciplina delle prove*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp.19 ss.

In ciò può ravvisarsi l'unico elemento di unione tra le due categorie di presupposti, essendo totalmente differenti le funzioni che ciascuna categoria persegue.

Innanzitutto, dal punto di vista soggettivo i requisiti di ammissibilità dell'istanza sono rivolti alla parte, la quale è tenuta a formulare la propria richiesta di esibizione in conformità con la previsione legale.

Dunque, tale primo gruppo di presupposti si pone come contenitore di una serie di veri e propri requisiti legali di ammissibilità dell'istanza; pertanto, la parte vedrà rigettata dal giudice la propria richiesta nel caso in cui l'istanza presentata non dovesse soddisfare anche solo uno dei requisiti tassativamente prescritti. Perciò, è corretto ritenere che i requisiti in parole rientrano tra i requisiti di ammissibilità dei mezzi di prova.

Il secondo gruppo che disciplina, invece, i limiti dell'ordine è destinato al giudice, il quale ne deve tenere conto nel momento in cui determina il contenuto del provvedimento. Non si tratta, in questo caso, di veri e propri limiti di ammissibilità, sia perché – come detto – sono rivolti all'autorità giudicante non già alla parte, sia perché il vaglio del giudice è necessariamente successivo al momento della verifica dei requisiti di ammissibilità.

Vi è, poi, una sostanziale differenza anche dal punto di vista oggettivo, giacché i limiti di ammissibilità sono dei limiti interni, cioè si devono verificare tendo in considerazione esclusivamente l'istanza stessa. Si tratta, quindi, di condizioni che la parte deve seguire al momento della formulazione dell'istanza al fine di farla accogliere dal giudice.

Al contrario, i limiti del secondo gruppo agiscono su un piano esterno al provvedimento, in quanto il giudice prima di emettere l'ordine deve verificarne la

compatibilità e l'eventuale ripercussione che avrebbe su altri aspetti del procedimento in corso. La verifica della compatibilità – ovviamente – avviene *ex ante* ed in astratto, dal momento che viene verificato il contenuto dell'eventuale provvedimento di esibizione che il giudice stesso ipotizza di emettere in risposta alla richiesta avanzata dalla parte, comparando gli effetti sia in relazione agli elementi processuali già acquisiti, sia di quelli che l'ordine di esibizione potrebbe generare<sup>215</sup>.

Poste queste premesse, ora è possibile passare ad esaminare nel dettaglio le singole categorie di presupposti e limiti posti alla disciplina in oggetto dal decreto legge n. 3 del 19 gennaio 2017.

L'art. 3 indica “*fatti e prove*” che l'istante deve porre a fondamento della propria richiesta, accomunando l'allegazione dei fatti all'allegazione delle prove e utilizzando la medesima espressione già contenuta nell'art. 5 della direttiva. In realtà, una siffatta previsione appare una forzatura della lettura delle norme generali del processo, con specifico riferimento a quelle che si riferiscono all'onere di allegazione del fatto e all'onere di allegazione del mezzo istruttorio, dal momento che il primo opera sul piano della delineazione del *thema decidendum*<sup>216</sup>, mentre il secondo si riferisce alla formazione del *thema probandum*<sup>217</sup>.<sup>218</sup>

Poiché l'ordine di esibizione previsto dall'articolo in parola fa riferimento – esclusivamente – alla categoria dei mezzi di prova, è dunque sottoposto alle regole generali in ragione di termini e preclusioni e alle regole di deduzione di ulteriori mezzi

---

<sup>215</sup> Si fa riferimento alle allegazioni di fatti e altri mezzi istruttori già esibiti e ai costi e la riservatezza dei soggetti coinvolti.

<sup>216</sup> Ossia ha l'obiettivo di indicare i fatti – principali e secondari – che la parte intende porre a fondamento della domanda.

<sup>217</sup> Ha lo scopo di individuare quali, tra i fatti allegati, necessita dell'accertamento giudiziale e – in particolare – quale sia il mezzo di prova che la parte intende utilizzare per dimostrare il fatto ad essa riferito.

<sup>218</sup> FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement*, cit., 2016, pp. 234 ss.

di prova, ragion per cui in alcun caso può considerarsi come un tentativo di ampliamento del *thema decidendum*.

Dunque, per fornire una giusta interpretazione all'espressione "*fatti e prove*" deve – innanzitutto – rilevarsi una discrepanza tra quanto previsto nell'art. 5 della direttiva e quanto, invece, contenuto dall'art. 3 del decreto di recepimento: da una parte la direttiva richiede l'indicazione di fatti e prove già disponibili, da porre a fondamento e giustificazione della stessa istanza di esibizione; dall'altra parte la norma di trasposizione richiede che i fatti e le prove indicate non debbano essere nella disponibilità della parte richiedente, ma in quella della controparte e del terzo. In questo modo, i fatti e le prove, anziché essere posti a fondamento della richiesta di esibizione – così come previsto nella direttiva –, diventano l'oggetto della richiesta stessa.

In più, la richiesta potrà essere accolta solo entro i limiti dei fatti e delle prove presentati dalla parte istante, dunque si rende necessario che la stessa contenga l'indicazione puntuale delle prove di cui si richiede l'esibizione, ripercorrendo in questo modo il percorso già tracciato dall'art. 210 c.p.c.<sup>219</sup>. Si tratta di una conferma non solo della disciplina generale dettata dall'art. cit. del codice di rito, ma anche della giurisprudenza<sup>220</sup> formatasi con riferimento all'inammissibilità dell'istanza meramente esplorativa.

Le allegazioni dei fatti e delle prove, quindi, rappresentano aspetti complementari tra loro, nel senso che condividono la stessa finalità, vale a dire il raggiungimento del livello minimo di persuasività circa l'accoglimento o – nel caso si richieda del

---

<sup>219</sup> Si tratta, dunque, di un requisito volto ad evitare istanze speculative.

<sup>220</sup> Cass., Sez. I, 15 marzo 2016, n. 5091, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1250, con nota di GRECO; Cass., Sez. I, 5 luglio 2007, n. 15129; Cass., Sez. Lav., 20 dicembre 2007, n. 2694, in *Mass.*, 2007, p. 2032.

convenuto – di rigetto della domanda. Dunque, essi concorrono a formare la motivazione dell'istanza, altro requisito espressamente richiesto dalla norma.

Quindi, è necessario che la parte istante convinca l'organo giudicante che la situazione rappresentata è plausibile, pur riconoscendo che tale situazione necessita di acquisire ulteriori prove nella disponibilità della controparte o dei terzi per essere provata appieno.

Così, se è ovvio che gli elementi di prova allegati siano *ex se* preordinati allo scopo di rafforzare il convincimento del giudice, anche l'allegazione dei fatti ha lo scopo di fornire a chi giudica un quadro fattuale puntale e credibile.

La plausibilità del quadro fattuale e probatorio rappresenta il terzo ed ultimo requisito di ammissibilità della richiesta di esibizione. È un requisito – questo – fortemente connesso con i precedenti, poiché sta ai fatti e alle prove in rapporto di causa–effetto.

La norma nulla dice riguardo alla valutazione della plausibilità che, dunque, è rimessa al libero apprezzamento del giudice.

Per concludere si può rilevare come nel caso di azioni *follow on* la plausibilità della domanda sembra poter essere considerata *in re ipsa*, in quanto automaticamente discendente dall'accertamento già effettuato dall'Autorità *antitrust*.

### 3.2. L'esibizione di una categoria di prove.

Il comma secondo dell'art. 3 cit. disciplina l'oggetto dell'ordine di esibizione, il quale viene determinato in stretta correlazione con l'oggetto della domanda presentata<sup>221</sup>.

Perciò, neanche l'ordine – così come l'istanza – può indicare in maniera generica le prove da esibire, tuttavia il grado di specificità richiesto al giudice è comunque inferiore rispetto a quello prescritto per la parte istante.

Giova rilevare che parte della dottrina<sup>222</sup>, facendo leva su quanto previsto dal considerando 14<sup>223</sup> della direttiva, considera – in senso contrario – che la specificità è richiesta esclusivamente all'ordine del giudice e non all'istanza, che pertanto potrebbe anche essere generica.

Non bisogna sottovalutare, però, che in sede di trasposizione non si è ritenuto opportuno apportare alcuna modifica alla disciplina generale dell'esibizione probatoria *ex art. 210 c.c.*, nel senso di richiedere l'indicazione specifica delle prove di cui si richiede l'esibizione.

In questa individuazione precisa e circostanziata il giudice è aiutato dal fatto che prima di pronunciarsi sull'istanza è necessario attivare il contraddittorio con la controparte o con il terzo, in merito alla richiesta di esibizione in parola.

---

<sup>221</sup> Il principio dispositivo in materia di prova impedisce il giudice possa disporre l'esibizione di prove diverse o ulteriori rispetto a quelle indicate nell'istanza dalla parte istante.

<sup>222</sup> G. FINOCCHIARO, cit., p. 236

<sup>223</sup>“*Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE.*”



Dunque, la parte o il terzo destinatari dell'eventuale ordine di esibizione potranno contribuire attivamente a meglio determinare l'entità, la tipologia, il contenuto delle prove nella loro disponibilità, così come ogni altro elemento utile ad una valutazione migliore da parte del giudice, il quale tradurrà il tutto in un provvedimento più preciso rispetto alla richiesta di parte e in relazione all'individuazione delle prove da produrre in giudizio.

In realtà, il comma 5<sup>224</sup> dell'art. 3 del decreto legislativo n. 3 del 2017 non configura il contraddittorio come un obbligo, ma piuttosto come un diritto della controparte e del terzo ad essere sentiti. Ciò che effettivamente rileva è che la controparte o il terzo siano messi a conoscenza dell'istanza di esibizione proposta al giudice, e – nel caso del terzo – anche degli elementi essenziali del giudizio in modo tale da poter valutare le conseguenze derivanti da un possibile ordine di esibizione prodotto dal giudice.

L'interesse di questa norma non risiede tanto nella individuazione delle prove oggetto dell'esibizione, quanto piuttosto nella possibilità che le prove oggetto dell'ordine siano elencate dal giudice non singolarmente, ma con riferimento ad una “*categoria di prove*”.

Si tratta di un concetto totalmente nuovo per la materia civilistica, ragion per cui lo stesso art. 3 specifica che “*La categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria.*”

---

<sup>224</sup>“*La parte o il terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione hanno diritto di essere sentiti prima che il giudice provveda a norma del presente articolo.*”

Le caratteristiche elencate nell'art. 3 cit. non rappresentano un elenco tassativo, è possibile, quindi, individuare la categoria di prove mediante caratteristiche differenti che accomunano i mezzi di prova in questione.

### **3.3. I limiti all'oggetto dell'ordine di esibizione: il grado di plausibilità della domanda, i costi ed il trattamento delle informazioni riservate.**

I requisiti propri dell'ordine di esibizione si riferiscono a valutazioni d'ufficio richieste al giudice al fine di attuare un miglior bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Si tratta, cioè, di valutazioni ulteriori rispetto a quelle generiche di verifica della sussistenza dei requisiti necessari per l'ammissibilità dell'istanza, e che si riferiscono più alla determinazione del contenuto e delle modalità di attuazione dell'ordine.

Il primo di questi requisiti accessori è rappresentato dalla proporzionalità, così come previsto dal comma 3 dell'art. 3.

La proporzionalità offre al giudice un canone ermeneutico preciso e, allo stesso tempo, elastico per poter comprendere le posizioni di tutti i soggetti coinvolti.

La proporzionalità è stabilita – innanzitutto – in relazione all'intensità del grado di convincimento del giudice circa la plausibilità della domanda risarcitoria, in virtù di quelli che sono i fatti e le prove allegati e poste a sostegno della richiesta di esibizione.

Se ai fini dell'ammissibilità dell'istanza i fatti e le prove indicate dovevano essere sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda risarcitoria, in questo caso, invece, all'organo giudicante viene chiesto di valutare in che misura essi sono in grado di convincere della fondatezza della domanda. In altri termini, quando i fatti e le prove rappresentano un requisito di ammissibilità è necessario che raggiungano una certa soglia di persuasività, sufficiente da ad accogliere la richiesta di esibizione; quando

invece sono impiegati dal giudice come mezzo per misurare la proporzionalità dell'ordine, la soglia minima è implicita e, quindi, l'oggetto della valutazione del giudice è solo la maggiore o minore intensità del *fumus*, oltre la soglia in parola.

In questo modo, se le prove e i fatti allegati all'istanza di esibizione saranno circostanziati, credibili e precisi, quanto più numerose sono le prove allegate, tanto più incisivo e profondo sarà il contenuto dell'ordine di esibizione.

La proporzionalità della misura e del suo contenuto è valutata, anche, in base ai costi, in particolar modo si fa riferimento a quelli che dovrebbe sostenere il destinatario dell'ordine<sup>225</sup>.

Si tratta di una deroga rispetto alla disciplina generale dettata dall'art. 210 cit., la quale stabilisce che se l'ordine prevede dei costi questi sono comunque e in ogni caso imputati alla parte istante<sup>226</sup>.

Al contrario, nel caso della disciplina del risarcimento del danno da illecito *antitrust* si considera implicito che i costi debbano essere anticipati dal soggetto contro cui l'ordine viene spiccato. Una previsione di questo genere non stupisce se si considera che nei procedimenti in parola la parte contro cui è diretto l'ordine di esibizione è solitamente l'impresa convenuta, vale a dire il soggetto – nella maggior parte dei casi – sostanzialmente più forte ed economicamente più in grado di sopportare la spesa.

In ogni caso, i costi a cui si fa riferimento non sono solo le spese dirette da sostenere, ma anche quelli indiretti connessi all'ottenimento delle prove necessarie. Dunque, la valutazione sui costi è una valutazione globale dell'impegno economico richiesto al destinatario dell'ordine che – ovviamente – non potrà essere eccessivo o

---

<sup>225</sup> Ved. art. 3, comma 3, lett. b), d. lgs. 3/2017

<sup>226</sup> Sulla liquidazione dei costi e delle spese del processo cfr. LUISO, cit., I, pp. 431 ss.

sproporzionato rispetto all'utilità probatoria che ci si aspetta dalla prova o dai fatti che si richiede di ottenere.

Il terzo elemento per la valutazione della proporzionalità è di notevole interesse pratico ed è rappresentato dall'impatto che l'ordine avrebbe su informazioni che dovrebbero rimanere riservate<sup>227</sup>.

La disposizione riveste un rilevante ruolo sistematico, in quanto – come noto – nel processo civile manca una disciplina organica riguardo il trattamento di informazioni sensibili e le poche norme rinvenibili in materia sono comunque limitate o riferite ad aspetti specifici<sup>228</sup>.

Dunque, il terzo comma dell'art. 3 cit. rappresenta un primo – seppur imitato – tentativo di prevedere un nucleo di norme endoprocessuali di tutela delle informazioni riservate.

Per quanto riguarda la disciplina, il comma 4 dello stesso art. 3 fornisce una definizione di informazioni riservate, vale a dire *“i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali”*.

A ben vedere la nozione fornita è, comunque, una nozione particolarmente ampia al punto che è difficile immaginare che vi possano essere informazioni potenzialmente sensibili che comunque possono sfuggire alla tutela delineata.

Ancora, lo stesso comma stabilisce quali sono le misure di protezione che il giudice può adottare per salvaguardare le informazioni in parola. Si tratta di misure che precisano, completano e aggiornano il tradizionale limite di ammissibilità – previsto

---

<sup>227</sup> Ved. art. 3, comma 3, lett. c), d. lgs. 3/2017

<sup>228</sup> Si fa riferimento in particolar modo all'art. 118 c.p.c. che pone come limite dell'ispezione, ex art. 210 c.p.c., la violazione di uno dei segreti previsti dagli artt. 351 e 352 del codice di rito e l'art. 211 c.p.c. nella parte in cui impone di tutelare i diritti del terzo cui sia rivolto l'ordine di esibizione.

dal disposto combinato degli art. 118, comma 1, e dell'art. 210 c.p.c. per l'esibizione ordinaria – rappresentato dal “grave danno” per il soggetto destinatario dell'ordine, per tale intendendosi quello normalmente consistente nel pregiudizio che il soggetto esibente subirebbe nella divulgazione di informazioni sensibili<sup>229</sup>. Il limite dettato dalla disciplina risiede nella dimostrazione che non si tratterebbe di un qualsiasi pregiudizio alla riservatezza, ma si richiede un danno grave.

Si tratta di misure certamente efficaci, ma che rappresentano un sunto di quella che è stata la prassi elaborata dall'Autorità per la tutela della riservatezza nel corso del procedimento di indagine amministrativa.

Tra le misure specificatamente, ma non tassativamente, indicate particolare rilievo ha assunto l'oscuramento delle informazioni riservate – ma non oggetto dell'esibizione – contenute nei documenti prodotti.

Il comma 6<sup>230</sup> dell'art. 3 cit. tutela le informazioni scambiate tra gli avvocati incaricati di assistere la parte e i loro clienti – c.d. privilegio legale –, prevedendo la natura riservata *ex lege* di queste informazioni, che perciò verranno sempre sottratte all'ordine di esibizione.

Le questioni che possono sorgere riguardo la portata della norma in analisi attengono più ai soggetti a cui si riferisce la stessa norma, piuttosto che alla natura dell'informazione scambiata. In particolare, le questioni che maggiormente rilevano sono di due tipi: se debba intendersi riservata anche la comunicazione che intercorre tra avvocati incaricati di assistere la stessa parte; se debba intendersi riservata anche

---

<sup>229</sup> Cass., Sez. IV, 23 agosto 2011, n. 17602, in *Mass.*, 2011, p. 722

<sup>230</sup> “*Resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso.*”

la comunicazione effettuata da un avvocato interno all'azienda, dunque dipendente della stessa.

Per ciò che riguarda la prima questione si deve ritenere che la comunicazione tra avvocati dello stesso cliente debba godere del privilegio legale<sup>231</sup>. Con riguardo alla seconda questione, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria<sup>232</sup>, si deve escludere che la comunicazione del legale interno formi privilegio legale.<sup>233</sup>

#### **3.4. Le sanzioni per inottemperanza all'ordine di esibizione.**

Nessun meccanismo di tutela – sostanziale o processuale che sia – può ritenersi efficace se la sua funzionalità non sia garantita da un sistema di sanzioni che intervengono nel caso di violazione. Tuttavia, l'ordine di esecuzione, contrariamente ad ogni *cliché*, non prevede alcuna sanzione che intervenga nel caso in cui il destinatario dell'ordine rifiuti di ottemperarvi.

La dottrina<sup>234</sup> a voce unanime ha rilevato – giustamente – la lacuna normativa creata dall'assenza di un sistema sanzionatorio, giacché risulta inadeguata la mera applicazione dell'esecuzione per consegna o per obblighi di fare quando l'ordine di esibizione stesso non può essere spedito in formula esecutiva e neppure il sequestro di prove *ex art. 670, n. 2, c.p.c.*<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Trib. UE 19 settembre 2007, cause riunite T-125/2003 e T-253

<sup>232</sup> Corte Giust. UE, grande sezione, 14 settembre 2010, C-550/07P

<sup>233</sup> FALCE V., *Il privilegio legale nella direttiva 2014/104/UE sul private enforcement possibili aperture in sede di recepimento*, in *Dir. ind.*, 2016, pp. 505 ss.

<sup>234</sup> BONATTI R., *Il difficile compromesso tra sequestro di prove e ordine di esibizione: una proposta interpretativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 679 ss.

<sup>235</sup> Ciò in quanto il sequestro di prove è consentito finché è controverso il diritto all'esibizione o alla comunicazione del documento, e tale controversia verrebbe meno proprio con l'ordine di esibizione che afferma la sussistenza della questione. In tal senso cfr. CAVALLONE B., *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. Dir. proc.*, 1970, p. 161

Tuttavia, è altrettanto unanime ritenere che l'unica sanzione applicabile è rappresentata dall'art. 116, comma 2<sup>36</sup>, c.p.c., in base al quale il giudice può desumere argomenti di prova sfavorevoli dalla condotta dell'ordinato inadempiente, anche se è innegabile la scarsa effettività di una sanzione del genere che resta del tutto irrilevante per l'andamento del procedimento, in quanto desumere un argomento di prova è, ovviamente, ben lontano dall'entrare in possesso di un contenuto probatorio vero e proprio.

Al contrario, sulla scorta di quanto già contenuto nella direttiva, il procedimento di risarcimento per violazione della normativa *antitrust* è stato dotato di un meccanismo di tutela effettiva della mancata esibizione, prevedendo sia una sanzione pecuniaria, sia una sanzione interna al processo sul piano della prova dei fatti.

I primi tre commi dell'art. 6 del decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, prevedono la sanzione pecuniaria rispettivamente per il caso di rifiuto ingiustificato o inadempimento all'ordine di esibizione, di distruzione di prove rilevanti, di obblighi imposti dal giudice a tutela della riservatezza.

Si tratta a tutti gli effetti di una sanzione amministrativa pecuniaria connessa alla violazione di obblighi e doveri processuali, ponendola, dunque, su un piano differente rispetto ai c.d. danni punitivi che non sono ancora del tutto accettati nel nostro ordinamento.

A ben guardare, in realtà, solo il primo e il terzo comma sono direttamente connessi all'inottemperanza di un ordine dell'autorità giudicante, il secondo, invece, punisce la

---

<sup>236</sup> “Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.”

distruzione della prova rilevante indipendentemente dal fatto che questa sia intervenuta anteriormente nel processo o ne sia ancora estranea.

Il legislatore nel prevedere i meccanismi sanzionatori in parola ha optato per una formulazione molto estesa della norma, la quale autorizza l'interprete ad una lettura quanto più ampia possibile al fine di ricomprendere nella tutela tutte le situazioni in cui una parte o un terzo non adempiano agli obblighi impartiti dal giudice.

Il comma 6 prevede, poi, il secondo strumento sanzionatorio, in questo caso si tratta di un meccanismo endoprocessuale che opera sul piano dell'istruttoria e si cumula con le sanzioni pecuniarie. Rispetto a queste ultime cambia solo il piano di applicazione soggettivo, in quanto le sanzioni pecuniarie possono essere disposte anche nei confronti del terzo inadempiente, invece la sanzione endoprocessuale può essere rivolta esclusivamente alla parte che si è formata nel contraddittorio.

Tuttavia, l'applicazione della sanzione endoprocessuale è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che non è obbligato alla sua applicazione, come nel caso della sanzione pecuniaria. Tanto può rilevarsi dalla diversa formulazione del sesto comma rispetto ai primi tre, il quale precisa che *“il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce”*.



#### **4. La richiesta di esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante.**

Uno dei punti d'incontro tra il *public* e il *private enforcement* è rappresentato dalla disciplina dell'esibizione e dell'utilizzo delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità garante nel procedimento in sede civile.

Le novità contenute nella nuova disciplina del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 incidono significativamente su questi rapporti, non più basati sul parallelismo delle competenze e il c.d. doppio binario, con il duplice obiettivo di garantire sia un'effettiva applicazione delle norme sulla concorrenza che la tutela processuale dei soggetti danneggiati.<sup>237</sup>

Dunque, il decreto di recepimento intende assicurare il coordinamento del *public* e del *private enforcement* anche dal punto di vista probatorio, garantendo una maggiore certezza del diritto e una maggior tutela per le imprese operanti sul mercato interno.

Sia la normativa europea, sia quella interna mirano a rimuovere gli ostacoli che impediscono al rimedio risarcitorio di dispiegare tutte le sue potenzialità andando ad agire su aspetti procedurali e tecnico-operativi in modo da rendere disponibili le informazioni contenute nel fascicolo dell'AGCM alle vittime dell'illecito. Contemporaneamente ci si aspetta una drastica riduzione delle richieste di risarcimento del tutto pretestuose ed infondate, in quanto il decreto legislativo cit. mette i soggetti interessati nella condizione di valutare *ex ante* l'esperibilità dell'azione risarcitoria.

---

<sup>237</sup> FERRARO F., *L'esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp. 44 ss.

È appena il caso di accennare che, in ogni caso, l'interesse privatistico a ottenere un congruo risarcimento tramite l'accesso alle informazioni contenute nel fascicolo dell'Autorità, deve – necessariamente – essere temperato con l'interesse a non compromettere l'attività di vigilanza sul mercato svolta dall'AGCM stessa.

#### **4.1. Le modalità e i limiti dell'esibizione delle prove in possesso dell'AGCM.**

In via preliminare, è bene precisare che il legislatore descrive una nozione di prova volutamente ampia, in modo tale da poter abbracciare *“tutti i mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate”*<sup>238</sup>. Norma, questa, all'interno della quale si fanno rientrare anche le prove in possesso dell'AGCM.

Tuttavia, è da segnalare che non rientrano tra il novero di informazioni oggetto dell'ordine di informazione quelle attinenti alle comunicazioni intercorse tra autorità di paesi differenti, a meno che non vi sia un interesse pubblico sufficiente da giustificare la divulgazione<sup>239</sup>. Solo in questo senso è giustificabile una norma come l'art. 4 che nelle ultime battute fa salve dal divieto le disposizioni sulla protezione di documenti interni delle autorità di concorrenza e la loro corrispondenza.

L'art. 4 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 stabilisce, poi, le modalità e i limiti dell'esibizione nel procedimento in sede civile degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità, riprendendo dei principi già formulati dalla giurisprudenza interna<sup>240</sup>. Tali principi indicano come si possa fare ricorso al disposto

---

<sup>238</sup> Art. 2, comma 1, lett. i), d. lgs. 3/2017

<sup>239</sup> CHIEPPA R., *Accesso alla prova e al fascicolo delle ANC*, in <http://www.agcm.it>

<sup>240</sup> Tar Lazio, sez I, 10 febbraio 2012, n. 1344

degli artt. 210 e 213 c.p.c., anche se – in linea teorica – gli atti detenuti dall’ autorità sono coperti da segreto d’ ufficio e soggetti a vincolo di scopo ai sensi dell’ art. 14 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 e dell’ art. 12 del d.P.R. 217 del 1998.<sup>241</sup>

Il ricorso a tali principi in tema di prove viene esplicitato all’ interno del decreto chiarendone la forma e la sfera di applicazione, al fine di garantire una visione di insieme di *public e private enforcement* necessaria per una tutela a tutto tondo del diritto alla concorrenza.

Lungi dal prevedere l’ ampiezza del *discovery order* – tipico dei sistemi di *common law* –, il comma 1<sup>242</sup> dell’ art. 4 cit. introduce rilevanti innovazioni rispetto alla tradizione procedurale in sede civile, prevedendo il principio di sussidiarietà della prova in base al quale il giudice ordina l’ esibizione delle prove in possesso dell’ AGCM solo ed esclusivamente a condizione che, né le parti, né i terzi, siano in grado di fornire dette prove.

Sebbene una previsione così formulata relega a situazione puramente residuale l’ ordine di *disclosure* del fascicolo dell’ Autorità, tuttavia si può comprendere con assoluta facilità la rilevanza di tale modalità probatoria, vista l’ asimmetria informativa del danneggiato e le palesi difficoltà di ottenimento di atti e documenti nella disponibilità degli autori dell’ illecito o di terzi ad essi collegati.<sup>243</sup>

In secondo luogo, è prescritto il principio di proporzionalità<sup>244</sup>, il quale prevede che il giudice assume la sua decisione sull’ istanza di esibizione sulla base di una valutazione

---

<sup>241</sup> R. CHIEPPA, *L’ impatto delle nuove regole sull’ accesso al fascicolo dell’ Autorità*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 282

<sup>242</sup> “Il giudice ordina l’ esibizione di prove contenute nel fascicolo di un’ autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova.”

<sup>243</sup> R. CAIAZZO, *L’ azione risarcitoria, l’ onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., p. 324

<sup>244</sup> Ved. art. 4, comma 3, d.lgs. 3/2017

più stringente e selettiva rispetto a quella contenuta nel precedente art. 3 per l'ordine di esibizione nei confronti di controparte o terzi, che si limita a richiedere le prove in possesso della controparte o dei terzi rispetto a *thema probandum* e *thema decidendum*. Non è del tutto chiaro la *ratio* di questo rinvio espresso adoperato dal legislatore, dal momento che i limiti delle due discipline non coincidono.

Ancora, l'art. 4 al n. 3 elabora il principio generale di leale cooperazione, che - sebbene non espressamente previsto - non può essere messo in secondo piano rispetto ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. È appena il caso di ricordare che i rapporti intercorrenti tra giudici ordinari e AGCM - così come quelli tra Stati membri e Commissione - sono improntati sulla leale e reciproca collaborazione, che impone un impegno di sostegno e assistenza reciproca al fine di raggiungere gli obiettivi - condivisi - dell'Unione.

È in quest'ottica che si riconosce all'autorità il potere di fornire il suo parere in merito alla proporzionalità dalle richieste di esibizione<sup>245</sup> degli atti a sua disposizione. Potere che, peraltro, deve essere portato a conoscenza dei terzi per mezzo dell'inserimento del parere all'interno del fascicolo d'ufficio, secondo quanto previsto dalla norma generale *ex art. 96* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, in modo tale da avere pieno rispetto del contraddittorio. Tuttavia, l'Autorità deve limitarsi a esprimere il suo parere esclusivamente sulla richiesta di esibizione, senza entrare in alcun modo nel merito del giudizio risarcitorio, al fine di preservare la sua posizione di indipendenza e imparzialità.

---

<sup>245</sup> Ved. art. 4, comma 7, d.lgs. 3/2017

## 4.2. Le differenti categorie di prove.

L'art. 4 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 individua tre categorie di prove, vale a dire la *black list*, la *grey list* e la *white list* sottoposte – ciascuna – ad una propria regolamentazione.

La prima categoria – *black list* – è formata da quelle prove che in alcun caso possono essere esibite nel processo civile<sup>246</sup>, poiché hanno ad oggetto informazioni legate ad un programma di clemenza<sup>247</sup> ovvero ad una proposta di transazione.

La ratio di una siffatta preclusione è logicamente quella di preservare l'appetibilità dei *leniency programs* e dei *settlements*, evitando che la prospettiva di un'azione di danno possa far desistere i partecipanti all'illecito dal collaborare con l'Autorità. Inoltre, grazie a questa previsione il decreto legislativo finisce per salvaguardare anche il principio di non autoincriminazione e il legittimo affidamento ingenerato in colui che richiede un trattamento di favore in virtù della riservatezza delle notizie fornite all'Autorità.

Tuttavia, non può ignorarsi che queste previsioni entrano in conflitto con il diritto del soggetto danneggiato, e richiedente risarcimento, a venire a conoscenza anche delle informazioni inerenti i programmi di clemenza e le transazioni, qualora si rendano utili per un pieno riconoscimento al suo diritto ad essere risarcito.

Se le previsioni del decreto legislativo sembrerebbero comprimere il diritto del soggetto leso, la giurisprudenza europea si è, invece, orientata su un contemperamento

---

<sup>246</sup> Ved. art. 4, comma 5, d.lgs. 3/2017

<sup>247</sup> L'art. 2, lett. p), definisce la dichiarazione legata a un programma di clemenza come “*la dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa a un'autorità garante della concorrenza, in cui l'impresa riconosce o rinuncia a contestare la sua partecipazione a una violazione del diritto della concorrenza e la propria responsabilità in detta violazione del diritto della concorrenza, predisposta specificamente per consentire all'autorità garante della concorrenza di applicare una procedura semplificata o accelerata.*”

delle opposte esigenze in gioco. Così, la Corte di Lussemburgo con riferimento ai *leniency programs* ha messo in risalto che “*soltanto l’esistenza del rischio che un determinato documento rechi concretamente pregiudizio all’interesse attinente all’efficacia del programma nazionale di clemenza può giustificare il fatto che tale documento non sia divulgato*”<sup>248</sup>. Questo orientamento si estende anche agli accordi transattivi che presentano problematiche analoghe a quelle relative all’accesso alle informazioni dei programmi di clemenza<sup>249</sup>, anche se è bene precisare che questo tipo di accordi non sono stati ancora introdotti nel nostro ordinamento.

In ogni caso, la giurisprudenza europea richiede ai giudici degli stati membri di fare un bilanciamento degli interessi in gioco valutato caso per caso, se così non fosse e si procedesse ad una applicazione rigida del diniego assoluto ai documenti si pregiudicherebbe la corretta applicazione degli artt. 101 e 102 TfUE e dei diritti che tali norme attribuiscono direttamente in capo ai singoli soggetti<sup>250</sup>.

La seconda tipologia – c.d. *grey list* – annovera le prove che possono essere esibite solo in seguito al termine del procedimento dinanzi all’Autorità, in modo tale da evitare che la loro divulgazione possa interferire con l’indagine in corso.

Invero, il comma 8<sup>251</sup> dell’art. 4 cit. prevede la possibilità che il giudice sospenda il procedimento fino alla chiusura di quello dell’AGCM se i fatti sono particolarmente rilevanti al fine della decisione. Questa previsione non è contenuta in alcuna normativa

---

<sup>248</sup> Corte Giust. UE, 6 giugno 2013, causa C-536/11

<sup>249</sup> KELLERBAUER M., *The recent case law on the disclosure of information regarding eu competition law infringements to private damages claimants*, in ECLR, 2014, p. 56

<sup>250</sup> S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l’accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 111

<sup>251</sup> “*Nei casi di cui al comma 4, quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un’autorità garante della concorrenza ed è necessario salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, il giudice può sospendere il giudizio fino alla chiusura del predetto procedimento con una decisione dell’autorità o in altro modo.*”

europea: rappresenta una garanzia in più che il legislatore ha voluto dare alla parte lesa, ma anche per salvaguardare l'efficacia del *public enforcement*.

In particolare, questa norma è prevista per garantire univocità tra il giudizio civile e quello dinanzi all'Autorità; è auspicabile che la sospensione abbia una durata limitata nel tempo, per evitare un aumento eccessivo dei costi e delle spese.

Infine, la terza categoria di prove – c.d. *white list* – comprende quelle la cui esibizione può essere disposta dal giudice anche prima della conclusione del procedimento dell'AGCM. In vero, il comma 6 dell'art. 4 cit. non fornisce particolari informazioni, così che i soggetti lesi possono chiedere un ordine di esibizione anche nella fase iniziale dell'istruttoria.

#### **4.3. I limiti all'uso delle prove e l'applicazione delle sanzioni.**

L'art. 5 del decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 3 identifica i limiti oggettivi e soggettivi nell'uso delle prove ottenute in seguito ad un ordine di esibizione nei confronti dell'autorità garante della concorrenza. Invero, questi limiti corrispondono a quelli già previsti dall'art. 4, dal momento che non possono utilizzarsi in giudizio le prove escluse dall'ordine di esibizione, sicché può affermarsi che i due profili processuali procedono di pari passo<sup>252</sup>.

Rispetto all'ordine di esecuzione il comma 2 si limita solo ad aggiungere che le prove rientranti nella *white list* possono essere utilizzate in giudizio esclusivamente dalla parte che le ha ottenute, o da un suo successore nel diritto.

Questa previsione è ispirata alla necessità di evitare un "commercio" di prove.

---

<sup>252</sup> V. M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 2015, p. 218.

Poi, in merito ai documenti rientranti nella *black list* si ripropone – con i medesimi dubbi già rappresentati – la disciplina delle informazioni ottenute in programmi di clemenza e per tramite di accordi transattivi, e la necessità di operare un bilanciamento degli interessi in gioco.

In un contesto così variegato, il mancato rispetto di uno dei limiti posti dall'art. 5 cit. comporta delle conseguenze di due tipologie differenti: sanzioni pecuniarie ovvero sanzioni di carattere processuale, a meno che il fatto non costituisca reato.

Per ciò che riguarda la prima è previsto il pagamento di una sanzione pecuniaria da un minimo di 15.000 € ad un massimo di 150.000 €.

Ben più rilevante sembra la seconda tipologia di sanzione, quella processuale, la quale prevede l'inutilizzabilità processuale delle prove.

Tale previsione ha un aspetto sia deterrente che sanzionatorio, perché attribuisce al giudice il potere di negare le domande e le eccezioni che si riferiscono alle prove utilizzate in violazione dei limiti sanciti dall'art. 5 cit..

Infine, bisogna sempre tenere presente che l'autore della violazione delle disposizioni dell'art. 5 può subire danni ulteriori, da una parte può essere condannato a pagare le spese di lite secondo il principio di soccombenza, dall'altra può essere chiamato a risarcire i danni per diffusione di materiale riservato.



## **Capitolo IV: Gli effetti della decisione degli altri enti nazionali e sovranazionali sul processo civile.**

Il rafforzamento del diritto al risarcimento in sede antitrust si ottiene, certamente, mediante strumenti processuali che possano rendere più agevole per la parte danneggiata provare fatti costitutivi del diritto vantato, che altrimenti risulterebbero difficili da provare a causa dell'asimmetria probatoria di cui si è parlato. Nella specie, si ricorda la – palese – difficoltà per il danneggiato nel fornire la c.d. “*smoking gun*” e il fatto che le prove per la maggior parte dei casi sono nella disponibilità esclusiva del danneggiante che ben si guarda dal renderle disponibili ai fini del procedimento.<sup>253</sup>

Ovviamente, il non riconoscimento del risarcimento al soggetto effettivamente danneggiato a causa di uno squilibrio insito nella sua situazione di sudditanza nei confronti dell'impresa mina l'efficacia dello stesso diritto antitrust.

Ragion per cui, la giurisprudenza è giunta in maniera quasi del tutto naturale a riconoscere una certa efficacia ai provvedimenti delle amministrazioni indipendenti che, avvelandosi di poteri ispettivi e sanzionatori, assolvono al ruolo di garanti del *public enforcement*.<sup>254</sup>

Ecco dunque che il legislatore comunitario, prima, e quello nazionale, poi, oltre a rafforzare la disciplina in materia di accesso alle prove – coì come sopra analizzata –, ha previsto e disciplinato l'efficacia della pronuncia delle autorità *antitrust* sul processo civile risarcitorio.

---

<sup>253</sup> VALERINI F., *Gli effetti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in SASSANI B. (a cura di), *cit.*, pp. 121 ss.

<sup>254</sup> Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, *cit.*

Nel nostro ordinamento tale disciplina è affidata all'art. 7 del decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017 che è composto da tre commi: il primo<sup>255</sup> disciplina l'efficacia della decisione dell'AGCM; il secondo<sup>256</sup> quella di un'Autorità di uno Stato membro; il terzo fa salvi gli obblighi e le facoltà dei giudici, a norma dell'art. 267<sup>257</sup> del TfUE.<sup>258</sup> Dunque, in sede di recepimento il legislatore ha optato per una duplice disciplina dell'efficacia, a seconda che la pronuncia sia resa da un'Autorità estera o da quella nazionale: nel primo caso la situazione oggetto della pronuncia sarà “*valutabile insieme ad altre prove*”, nel secondo caso invece si ritiene “*definitivamente accertata*”. Innanzitutto, si rende opportuno analizzare la base legale dell'art. 7 cit., in modo tale da fugare ogni dubbio sulla costituzionalità della norma, e per mettere in evidenza le diverse *rationes* che presiedono l'applicazione della stessa.

---

<sup>255</sup>“*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.*”

<sup>256</sup>“*La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.*”

<sup>257</sup> “*A norma del quale “La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:*

*a) sull'interpretazione dei trattati;*

*b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.*

*Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.*

*Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.*

*Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.”*

<sup>258</sup> La disciplina riprende in termini generali quella già contenuta nell'art. 16 del Reg. 1/2003.

Con riguardo al primo profilo bisogna ricordare che il decreto legislativo n. 3 del 2017 trova la sua fonte nella legge delega 9 luglio 2015, n. 114 nella quale si conferisce delega al Governo per il recepimento delle norme previste nella Direttiva 104 del 2014. In particolare, la legge delega prede che il Governo in sede di recepimento avrebbe dovuto prevedere *“l’estensione dell’applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2014/104/UE alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi dei predetti articoli 2 e 3 applicati parallelamente agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”*.

Una siffatta base legale si rende, dunque, necessaria per evitare la proposizione di questioni di legittimità costituzionale che, data l’estensione a situazioni puramente interne di regole previste nella Direttiva, avrebbero l’unica finalità di garantire una tutela effettiva del diritto al risarcimento per violazione del diritto antitrust, al di là dell’efficacia riconosciuta ai provvedimenti della Commissione o delle Autorità nazionali e non.

Sebbene l’art. 7 cit. appaia come una norma unitaria esso esprime due *rationes* completamente autonome.

Infatti, laddove la norma coinvolge il diritto europeo la *ratio* sottostante partecipa del principio generale per cui bisogna assicurare la prevalenza del diritto comunitario e il riparto delle competenze in materia *antitrust* così come previsto nel TfUE.

Invece, laddove il riferimento è a situazioni interne all’ordinamento nazionale, la *ratio* sottostante ha portato il legislatore ad optare per una scelta politica, prevedendo un

“vincolo” per il giudice ad attenersi alla previa decisione dell’Autorità al fine di garantire una tutela più puntuale del diritto al risarcimento.

A tale proposito, il decreto introduce, nel caso di decisione dell’AGCM, un’inedita – per il nostro ordinamento – efficacia di giudicato per il provvedimento amministrativo.

In realtà, più che parlare di efficacia di giudicato – per evitare incomprensioni – sarebbe più opportuno parlare di efficacia vincolante del provvedimento, o anche di prova legale. Ciò che è certo, però, è che una volta che c’è un provvedimento dell’AGCM, la posizione del soggetto contro cui agisce il provvedimento in sede civile non solo non è la stessa rispetto all’ipotesi in cui quel provvedimento non ci fosse, ma egli non potrà più mettere in discussione l’esistenza dell’infrazione antitrust e ogni sua difesa dovrà essere spesa davanti al giudice del ricorso, quindi in sede amministrativa.

Dunque, qualunque sia l’espressione con cui si intende definire l’effetto voluto dall’art. 7 cit., il giudice ordinario in sede risarcitoria non potrà che assumere come esistente nei confronti dell’autore *“la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”* senza dover – anzi, senza poter – svolgere alcuna istruttoria.

## **1. La vincolatività delle decisioni dell'AGCM o del giudice del ricorso.**

Le decisioni dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato producono effetti vincolanti in sede civile, indipendentemente dalla sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

Una previsione del genere certamente produce uno snellimento dell'attività svolta dal giudice in sede risarcitoria, ma rischia – al contempo – di pregiudicare i diritti di difesa dei destinatari del provvedimento, oltre che l'indipendenza del potere dell'organo giudicante.<sup>259</sup>

Ragion per cui la relazione introduttiva dedica particolare attenzione a questi delicati aspetti. Da una parte, le ridotte facoltà probatorie del convenuto sono considerate compatibili con i principi costituzionali del diritto alla difesa poiché i destinatari del provvedimento dell'Autorità possono – in ogni caso – impugnarlo dinanzi al giudice del ricorso; d'altra parte – ferma restando la vincolatività del provvedimento di riconoscimento dell'illecito che la parte, seppur legittimata, non ha impugnato – il giudice può discostarsene se lo ritiene irrimediabilmente viziato. Tuttavia, si tratta di una situazione del tutto residuale, anche se non eccezionale.

Rispetto alla disciplina contenuta nella Direttiva, il decreto di recepimento compie alcune importanti precisazioni.

Innanzitutto, il sindacato del giudice amministrativo, in linea con la giurisprudenza comunitaria, deve comportare *“la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un*

---

<sup>259</sup> DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi di altri Stati membri*, in MANZINI P. (a cura di), *cit.*, pp. 67 ss.

*oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*<sup>260</sup>.

In secondo luogo, la norma specifica la vincolatività degli accertamenti compiuti dall’Autorità e riguarda esclusivamente *“la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”*<sup>261</sup>.

Dunque, se il giudice è vincolato alla decisione dell’Autorità e il convenuto non può presentare prova contraria, lo stesso non può dirsi dell’attore e del terzo, i quali devono ritenersi legittimati a fornire ulteriori prove – estranee rispetto a quelle già considerate dall’AGCM – attinenti, per esempio alla partecipazione di altre imprese alla violazione o alla maggior durata della stessa.

Di contro, il controllo sul nesso di causalità e l’esistenza del danno rientrano tra le prerogative del giudice del risarcimento. Si tratta di una puntualizzazione di tutto rispetto poiché tende ad evitare un’intollerabile violazione del diritto alla difesa e un acritico allineamento con le valutazioni – spesso complesse – dell’AGCM. Anche se, il carattere vincolante delle decisioni dell’Autorità, soprattutto quelle definitive ma non impugnate, favorisce – specialmente in materia di cartelli – l’appiattimento dell’attiva del giudice sulla mera verifica dell’attività svolta in sede civile, rischiando di pregiudicare, in questo modo, l’effettività della tutela risarcitoria.

Tuttavia, a tale riguardo è opportuno precisare che lo standard richiesto dinanzi al giudice del risarcimento, benché nettamente inferiore a quello previsto in sede penale, è quello contenuto nell’art. 6<sup>262</sup> CEDU, il quale richiede, *inter alia*, la possibilità di addurre fatti e prove e di essere sentiti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

---

<sup>260</sup> Corte EDU, 27 settembre 2011, ric. 43509/08

<sup>261</sup> Ved. art. 7, comma 2, d.lgs. 3/2017

<sup>262</sup> *“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà*

### 1.1. L'efficacia di giudicato del provvedimento dell'AGCM.

L'art. 7 cit., al primo comma, prevede espressamente che la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato determina per il giudice del processo risarcitorio un vincolo, con riferimento esclusivo alle sentenze non impugnabili, o già impugate, dinanzi al giudice del ricorso, dunque quelle passate in giudicato.<sup>263</sup>

Quella che viene a delinarsi, quindi, è un'efficacia di giudicato ricollegata ad un provvedimento amministrativo<sup>264</sup>: efficacia di giudicato nel processo civile dipendente. Dunque, *mutatis mutandis*, l'efficacia di giudicato fa sì che il provvedimento possa essere equiparato ad una sentenza di condanna generica, ma con la dovuta precisazione che tale effetto di giudicato spetta alla sola pronuncia dell'Autorità che accerti la violazione.

Ragion per cui, deve ritenersi che simile efficacia di giudicato non debba essere – mai e in nessun caso – riconosciuta ad una decisione che abbia un fine diverso rispetto a quello di accertare l'esistenza dell'infrazione del diritto *antitrust*.

In altri termini, il giudicato derivante dalla decisione opera esclusivamente in favore della parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno lamentato. Inoltre, nelle azioni *follow-on* il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità può essere invocato,

---

*sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.”*

<sup>263</sup> Sul punto cfr. SASSANI B., *Gli effetti della sentenza e il giudicato*, in *Lineamenti cit.*, pp. 451 ss.

<sup>264</sup> Con tale dicitura si fa riferimento sia al provvedimento amministrativo in senso stretto, sia alla sentenza che abbia deciso in sede di impugnazione di un provvedimento precedente.

non solo da colui che abbia preso parte all'accertamento in sede amministrativa, ma anche da chi è rimasto estraneo al procedimento stesso.<sup>265</sup>

Nel caso in cui l'attore richieda l'utilizzo del provvedimento, sebbene si tratti di mera archiviazione o di non constatazione, quanto in esso contenuto avrà valore di prova atipica da valutare insieme ad altre prove.

Dunque, l'efficacia prevista dall'art. 7 cit. introduce un'innovazione non indifferente, in quanto fino al recepimento della Direttiva la giurisprudenza ha riconosciuto al provvedimento *antitrust* semplicemente un ruolo di prova privilegiata.

Infine, è da segnalarsi che l'art. 7 – in continuità con le posizioni della giurisprudenza tradizionalista – esclude che l'efficacia di giudicato si possa estendere al nesso di causalità e all'esistenza del danno. Del resto non poteva essere diversamente, poiché l'accertamento che precede l'adozione delle decisioni di *public enforcement* non presuppone l'esame delle posizioni dei soggetti coinvolti nella condotta contestata.

Tuttavia, in base a quelle che sono le posizioni più recenti della giurisprudenza i provvedimenti dell'Autorità sono idonei a provare tanto l'esistenza del danno, ma possono essere idonei a provare anche la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità di quella condotta a procurare un danno, consentendo al giudice di desumere il legame eziologico tra condotta e danno attraverso presunzioni probabilistiche.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> Così come riportato dal Trib Milano, sent., 27 dicembre 2013 *Brennercom contro Telecom Italia*

<sup>266</sup> Cass civ, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, p. 1729, con nota di PARDOLESI R.



## **1.2. Il valore probatorio delle decisioni adottate dalle Autorità degli altri Stati membri.**

Per ciò che riguarda le autorità garanti degli altri Stati membri, il legislatore europeo ha optato per un'armonizzazione minima, limitandosi a prevedere un utilizzo delle decisioni rese in sede di *public enforcement* quali prove di *prima facie* da valutarsi “*insieme ad altre prove adottate dalle parti*” nei giudizi risarcitori.<sup>267</sup>

Dunque, la Direttiva non chiarisce fino in fondo la reale valenza del provvedimento straniero finendo per mettere a rischio – addirittura – l'uniformità creata degli articoli 101 e 102 TfUE. Infatti, spetta ai singoli Stati membri interpretare – conformemente ai propri principi interni – la nozione di prova *prima facie* e stabilire il rapporto tra provvedimento straniero e le altre prove prodotte in giudizio.

Il nostro ordinamento non conosce la nozione di prova *prima facie*: gli artt. 116 c.p.c. e 2279 c.c. si limitano ad individuare dei criteri guida da seguire in sede interpretativa delle prove e dunque non sufficienti a definire il valore probatorio dei provvedimenti di condanna emanati dalle Autorità straniere.

Tuttavia, sebbene manchi una nozione di prova *prima facie*, è legittimo ritenere che la decisione dell'Autorità di un altro Stato membro faccia sorgere – almeno – una presunzione relativa sulla violazione degli artt. 101 e 102 TfUE.

Pertanto, il secondo comma dell'art. 7 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, può essere considerato come una norma neutrale, per cui la decisione dell'Autorità straniera ha efficacia di prova liberamente valutabile dal giudice e non, quindi, quella di argomento di prova. Ragion per cui la decisione di altro Stato membro può essere

---

<sup>267</sup> DI FEDERICO G., *cit.*, pp. 70 ss.

fonte – anche unica – del convincimento del giudice, il quale comunque la valuterà insieme ad altre prove che parti del giudizio risarcitorio avranno allegato agli atti di causa.<sup>268</sup>

## **2. La vincolatività della decisione assunta dalla Commissione.**

L'antecedente più prossimo dell'art. 7 decreto legislativo n. 3 del 2017, è rappresentato dall'art. 16 del Regolamento 1 del 2003, secondo il quale *“Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati.”*

Questa norma, che ha formalizzato il principio di diritto affermato nella sentenza *Masterfoods*<sup>269</sup>, è cruciale per comprendere il rapporto tra *private* e *public enforcement* nella disciplina *antitrust* comunitaria.

Al fine di comprendere il modello europeo di rapporto tra l'accertamento amministrativo e quello giudiziario bisogna richiamare innanzitutto le ipotesi in cui si applica l'art. 16 cit, e poi il *modus operandi* del giudice nazionale nelle ipotesi in cui si applica lo stesso articolo. Rapporto – quello tra le due giurisdizioni – che si esprime nella prevalenza dei risultati della Commissione sul processo civile, al di là della qualificazione di questo effetto.

---

<sup>268</sup> MEROLA V. – ARMATI L., *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in *Riv. it. antitrust*, 2016, pp. 94 e 102

<sup>269</sup> Sent. C.G.C.E., 14 dicembre 2000, in C-344/98

Esaminando il campo di applicazione della norma bisogna distinguere tre diverse situazioni: quando si è in presenza del presupposto – *id est* – del medesimo caso che fa scattare l'obbligo di conformare la sentenza del giudice civile alla decisione della Commissione; in quali casi i provvedimenti della Commissione hanno un'efficacia confermativa e, infine, quali possono essere le conseguenze della mancata osservanza della disposizione.

Con riferimento alla prima, l'art. 16 del Regolamento disciplina l'effetto vincolante della decisione della Commissione rispetto al giudice nazionale.

È evidente che una siffatta norma si rende necessaria per evitare che in situazioni di identità di oggetto si possano creare situazione di contrasto materiale di giudicato tra la decisione amministrativa e quella giudiziaria.

Tuttavia, l'applicazione dell'art. 16 cit. solleva alcuni delicati problemi per quanto riguarda l'individuazione, se si è o meno, in presenza degli stessi accordi, decisioni e pratiche che siano state già oggetto di una decisione della Commissione, dal momento che gli atteggiamenti lesivi del diritto alla concorrenza risultano da una molteplicità di comportamenti, ed ancor più se la condotta si è protratta per un lungo periodo di tempo. Uno dei criteri per capire se si è in presenza della medesima condotta potrebbe essere quello di riferirsi ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia in riferimento all'applicazione del principio di *ne bis in idem*, laddove si afferma che l'identità deve verificarsi su tre distinti piani: identità dei fatti, identità di contravventore, e identità dell'interesse giuridico tutelato.

Tuttavia, il principio citato è funzionale ad evitare che un'impresa sia sanzionata più volte per lo stesso comportamento illecito.

Ne deriva che, sicuramente, il principio di *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, ma non è sufficiente per creare un fondamento *tout court* per l'applicazione dell'art. 16, in quanto questa norma vuole comunque garantire la prevalenza del *public enforcement* sul *private enforcement* ogni volta che si considerino – direttamente o indirettamente – gli stessi fatti.

Per ciò che concerne l'individuazione delle decisioni della Commissione che non possono essere contrastate da parte del giudice nazionale, l'analisi parte certamente dalle decisioni con cui la Commissione constata l'esistenza di un'infrazione.

L'effetto vincolante della decisione dipende da quanto accertato e deciso dalla Commissione, con la conseguenza che l'ampiezza dei suoi effetti nel giudizio civile dipenderà dal confronto tra quanto accertato e l'oggetto del giudizio.

Ai sensi dell'art. 10 del Regolamento, la Commissione può emettere provvedimenti di constatazione di inapplicabilità che hanno lo stesso effetto vincolate di quelli positivi di cui si è appena parlato.

Viceversa, la scelta di procedere ad archiviazione o quella di adottare una lettera di orientamento non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo di cui si parla.

Secondo parte della dottrina l'art. 16, nello stabilire l'obbligo dei giudici di non adottare decisioni incompatibili con una precedente decisione della Commissione, potrebbe giocare un ruolo decisivo non soltanto con riguardo alla prevenzione dei conflitti, ma anche con riferimento alle modalità di risoluzione degli stessi.

Infatti, il Regolamento non contiene alcuna disposizione che possa risolvere il contrasto tra decisioni della Commissione e del giudice sullo stesso caso, poiché quando tale conflitto si manifesta deve essere in qualche modo risolto.

Il Regolamento, unitamente alla giurisprudenza, hanno da sempre previsto forme di coordinamento tra Commissione e giudici nazionali, non tanto per una corretta applicazione delle norme comunitarie, quanto piuttosto per evitare i contrasti di giudicato tra ordinamento interno e sovranazionale.<sup>270</sup>

### **3. La possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale ex art. 267**

#### **TfUE.**

Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, esplicita *“un principio immanente dell’ordinamento comunitario, a mente del quale le decisioni adottate dalle autorità ai sensi dell’articolo in esame, lasciano impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell’art. 267 TfUE”*<sup>271</sup>.

La regola assume una valenza peculiare, in quanto consente di superare alcune criticità legate alla diversa natura – amministrativa e giudiziaria – dei soggetti coinvolti nell’applicazione delle norme antimonopolistiche, consentendo di ritenere prove privilegiate le decisioni di Autorità garanti di altri Stati membri e di superare la presunzione assoluta di cui al comma 1 dello stesso art. 7.<sup>272</sup>

In realtà, la facoltà di rivolgersi – eventualmente ed in via pregiudiziale – alla Corte di Giustizia opera come naturale contraltare all’esigenza di garantire efficienza procedurale dando la possibilità al giudice del risarcimento, in caso di dubbio applicativo sugli artt. 101 e 102 TfUE, di superare entrambe le presunzioni.

Dunque, lo strumento pregiudiziale agisce come necessario antidoto alla diffusione di errori interpretativi.

---

<sup>270</sup> VALERINI F., cit., pp. 129 ss.

<sup>271</sup> Ved. art. 3, comma 3, d.lgs. 3/2017.

<sup>272</sup> DI FEDERICO, cit., p. 72

In alternativa al rinvio pregiudiziale, il giudice può chiedere alla Commissione un parere *amicus curiae*, ex art. 15 reg. 1/2003.

#### **4. Il regime transitorio della disciplina antitrust nel d.lgs. n. 3/2017.**

L'art. 19 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 recepisce le norme contenute negli artt. 21 e 22 della Direttiva 104 del 2014 in tema di applicazione temporale della disciplina *antitrust*.

Dopo aver fissato nell'art. 21<sup>273</sup> il termine ultimo per il recepimento, il successivo art. 22<sup>274</sup> fissa due regimi transitori a seconda della natura processuale o sostanziale delle disposizioni da attuare, ammettendo l'applicazione retroattiva per le prime ed escludendola per le seconde.<sup>275</sup>

Nonostante l'art. 22 offrisse agli stati membri solo una possibilità valutativa in merito al campo applicativo della disciplina di recepimento, non introducendo alcun vincolo, il legislatore ha optato per una attuazione letterale del disposto della direttiva, estendendo ai giudizi già promossi<sup>276</sup> l'operatività delle norme – di natura processuale – dedicate all'ordine di esibizione nei confronti dei terzi e delle parti, all'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, ai limiti al loro uso oltre al potere del giudice di sospendere per un periodo non superiore a due anni il processo pendente

---

<sup>273</sup> “Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 27 dicembre 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni.”

<sup>274</sup> “1. Gli Stati membri assicurano che le misure nazionali adottate ai sensi dell'articolo 21 al fine di rispettare le disposizioni sostanziali della presente direttiva non si applichino retroattivamente.  
2. Gli Stati membri assicurano che ogni misura nazionale adottata ai sensi dell'articolo 21, diversa da quelle di cui al paragrafo 1, non si applichi ad azioni per il risarcimento del danno per le quali un giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014.”

<sup>275</sup> BONAFINE A., *Il regime transitorio della disciplina antitrust*, in SASSANI B. (a cura di), cit., p. 299

<sup>276</sup> Purché successivi al 26 dicembre 2014

quando le parti facciano ricorso ad una procedura di composizione consensuale della controversia.

Da ultimo si deve segnalare che, pur avendo natura processuale, l'art. 18 del decreto di recepimento che stabilisce la competenza esclusiva del Tribunale delle Imprese, si sottrae alla regola generale appena descritta. Ciò per preservare il principio assoluto sancito dall'art 5 c.p.c per cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato dei fatti al momento della presentazione della domanda.

## Conclusioni.

Considerato che le innovazioni normative apportate alla materia trattata sono di recentissima introduzione, mancano i riscontri operativi ed una sufficiente gamma di esperienze “sul campo” per poter formulare delle considerazioni compiute ed abbozzare un primo bilancio sulla loro efficacia e sulla loro funzionalità rispetto alla struttura processuale definita dal codice di rito.

Tuttavia, alla conclusione di questo lavoro, è doveroso tentare di esprimere delle osservazioni sulle novità introdotte dal d. lgs. n. 3 del 2017 e, segnatamente, sui profili processuali in tema di prova nei giudizi di risarcimento del danno da violazione delle norme a tutela della libera concorrenza.

Partendo dall'esperienze precedente all'introduzione di tale normativa si nota che in Italia sono stati molto sporadici i casi di azioni promosse dai danneggiati da illeciti antitrust, nonostante il diritto al risarcimento derivante da violazioni delle norme antitrust fosse da tempo riconosciuto anche dalla Suprema Corte. Ciò a causa, in particolare, delle notevoli e specifiche difficoltà di prova dell'illecito, del *quantum* del danno, del nesso causale, nonché del rischio che la parte convenuta potesse eccepire che l'attore ha trasferito il danno sui suoi clienti.

Con l'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina unionista elaborata con la Direttiva 104 del 2014, mediante il suo recepimento con il d. lgs. n. 3/2017, sono stati forniti al danneggiato dalla condotta illecita gli strumenti per risolvere gran parte di questi problemi e per rendere effettivo il *private enforcement* delle norme antitrust anche in Italia. In altri termini, la strada per le azioni di risarcimento del danno derivante da cartelli, intese di esclusiva o abusi di posizione dominante è ora decisamente aperta e molto più agevole.



Tra le tante, una novità particolarmente significativa in termini di efficacia è, senza dubbio, l'introduzione nel nostro ordinamento del sistema di *disclosure* delle prove, incluse le informazioni contenute nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza, la previsione che attribuisce effetto vincolante nei giudizi risarcitori alle decisioni definitive di constatazione di un'infrazione emesse dalle autorità nazionali di concorrenza e la presunzione relativa circa l'esistenza di un nesso di causalità tra cartelli e danno.

Si tratta di innovazioni importanti perché si prefiggono l'ambizioso compito di intervenire sull'asimmetria probatoria nel tentativo di porre entrambe le parti del giudizio ordinario di risarcimento del danno in una posizione processuale paritetica.

Sebbene queste innovazioni abbiano già suscitato in dottrina notevoli perplessità anche di compatibilità costituzionale, tuttavia sarebbe un errore non cogliere l'importanza delle novità introdotte nel nostro ordinamento che contribuiscono enormemente ad attualizzare un sistema processuale concepito in un'altra epoca per renderlo in grado di affrontare efficacemente le sfide che la modernità impone.

## Bibliografia.

- AFFERINI G., *La cessione del credito risarcitorio per violazioni del diritto antitrust*, in rivista *diritto internazionale del commercio*, fascicolo 4, anno 2017
- ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015
- ALPA G. – CATRICALÀ A., *Diritto dei consumatori*, il Mulino, Bologna, 2016
- ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. E impr. Europa*, 2015
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998
- BENACCHIO G.A. – CARPAGNANO M., *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e in Europa*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2014
- BIAMONTI L., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013
- BONATTI R., *Il difficile compromesso tra sequestro di prove e ordine di esibizione: una proposta interpretativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002
- BUCCIROSSI P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. e Merc.*, 2014
- CAIAZZO R., *Antitrust: profili generici*, Giappichelli, Torino, 2007
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto dell'impresa*, vol.1, in *Diritto commerciale*, settima edizione, Utet, 2014
- CARPAGNANO M., *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia 1990 – 2010*, in *Conc. e Merc.*, 2011
- CARRATTA A., *Le più recenti riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017

CAVALLONE B., *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. Dir. proc.*, 1970

CEDON P. – PACINBO' C., *Il risarcimento del danno al consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014

CHIEPPA R., *Accesso alla prova e al fascicolo delle ANC*, in <http://www.agcm.it>

CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016

CHIEPPA R., *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Conc. e merc.*, 2014

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, seconda edizione, il Mulino, Bologna, 2015

COMIGLIO L. P., *Allegazione (voce)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1989

COMOGLIO P., *Note a primalettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di risarcimento antitrust*, in *rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fascicolo 3, 2017

CROENE P., *La violazione della normativa antitrust: esame della giurisprudenza*, in *Risarcimento del danno al consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014

DE CRISTOFORO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015

DE SANTIS A.D., *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto nel processo civile*, Roma TrE-Press, 2014

DENOZZA F., *Antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998

DITTRICH L., *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Aa. Vv.*, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano 2005

FALCE V., *Il privilegio legale nella direttiva 2014/104/UE sul private enforcement possibili aperture in sede di recepimento*, in *Dir. ind.*, 2016

FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement*, *cit.*, 2016

FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L. C., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Bologna, 2013

G. PRESTI-M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, vol. 1, ottava edizione, Zanichelli, Bologna, 2017

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

GRANIERI M., *La prescrizione*, in *AIDA*, 2015

KELLERBAUER M., *The recent case law on the disclosure of information regarding eu competition law infringements to private damages claimants*, in *ECLR*, 2014

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, ottava edizione, Giuffrè, Milano, 2017

MAGNINI V. – OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2012

MANZINI P., *Il risarcimento del danno nel diritto alla concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2017

MEROLA V. – ARMATI L., *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in *Riv. it. antitrust*, 2016

MICCOLI L., *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 3 del d. lgs. 3/2017*, in *Juscivile*, 2017

- MONTELLA G., *Economia e politica della concorrenza*, Carocci, Roma, 2005
- MOSCA V., *Private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno*, in *Dir. Ind.*, 2016
- MOTTA M. – POLO M., *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005
- PACE L.F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene Editore, Napoli, 2013
- PICCININNI L., *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli 2016
- PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2016
- RICOLFI M., *Diritto antitrust*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. 2, Cedam, Padova, 2001
- ROCCHETTI MARCH A., *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, in *Contratti nella consulenza*, Utet, Torino, 2011
- RORDORF R., *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014
- SASSANI B., *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pacini, Pisa, 2017
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, sesta edizione, Giuffrè, Milano, 2017
- TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni tra compensazioni e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Conc. e Merc.*, 2014
- TARANTINO G., *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. 2, CEDAM, Padova, 2014

TESAURO G., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013

TORRENTE A. –SCHLESINGER P., *La responsabilità extracontrattuale*, cap. LV, in *Manuale di Diritto Privato*, ventiduesima edizione, Giuffrè, Milano, 2015

TRIMARCHI V. M., *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 2015

VERDE G., *I giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in *Riv. trim. dir. poc. civ.*

VERDE G., *L'onere della prova*, Napoli, 1973