



Dipartimento di: Impresa e Management **Cattedra di:** Diritto pubblico dell'economia

Corso di Laurea triennale in

Economia e Management

LA NORMATIVA ANTITRUST

Relatore

Ch.mo Prof.
Mirella PELLEGRINI

Candidato

Giulio BIELLI
Matr. 217621

ANNO ACCADEMICO 2019 - 2020

Introduzione	3
--------------	---

CAPITOLO I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE ALLA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI ANTITRUST

1.Cenni sull'evoluzione della disciplina della concorrenza in Europa; dal Trattato di Parigi (CECA) agli articoli 101 e 102 TFUE.	4
2.Fattispecie, definizioni e presupposti applicativi degli articoli 101 e 102 TFUE	10
3.L'articolo 101 TFUE.....	11
4.L'articolo 102 TFUE.....	16

CAPITOLO II

LA NORMATIVA ITALIANA

1.L'introduzione della disciplina antitrust in Italia	21
2.La legge n.287 del 1990	23
3.I rapporti con la disciplina codicistica della concorrenza sleale	27

CAPITOLO III

AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST E RAPPORTI CON LA NORMATIVA UE

1.L'applicazione del diritto. Linee generali	34
2.La c.d. "modernizzazione ", il Regolamento 1/2003UE	35
3 Il doppio binario applicativo: pubblico e privato	41
4.Cenni sul c.d. "public enforcement": i poteri dell'AGCM.....	45
5 Il private "enforcement" e la giurisdizione concorrente.....	54

CAPITOLO IV

PRESCRIZIONI ANTICONCORRENZIALI SPECIFICHE

1. Le prescrizioni della Commissione europea. Il Libro Verde	60
2. Le prescrizioni della Commissione europea. Il Libro Bianco.....	62
3. La direttiva 104 del 2014 e il Dlgs 3/2017. Cenni	65
4. Gli 'aiuti di Stato': dal Regolamento 1589/2015 alle istanze dell'emergenza Covid	66
Conclusioni	68
Bibliografia	71

INTRODUZIONE

L'elaborato ha ad oggetto la descrizione delle azioni esperibili per la tutela risarcitoria dei danni cagionati da comportamenti non conformi all'*acquis*, europeo e nazionale, che regola la concorrenza, così come quest'ultima si è andata delineando negli ultimi anni. Il tema ha una portata che va oltre la mera applicazione delle fattispecie sanzionatorie previste dagli articoli 101 e 102 TFUE, attraendo a sé questioni di rimando costituzionale e comunitario, oltre che di natura amministrativa e civilistica.

Inizialmente si è proceduto a contestualizzare il dibattito giuridico relativo ai vantaggi del libero scambio nel contesto delle quattro libertà fondamentali europee, per poi analizzare la normativa elaborata sia in seno alle istituzioni legislative sopranazionali, che a quelle nazionali, al fine di creare le condizioni per un adeguato e quanto più possibile uniforme standard di tutela in materia *antitrust*.

L'intreccio normativo su cui è stata riposta l'attenzione è rappresentato da due articoli del TFUE, il 101 ed il 102, dalla legge nazionale 287 del 1990 e da alcune disposizioni del codice civile in materia di concorrenza sleale. Infatti, per un'ampia trattazione della materia non ci si può esimere dal combinare sia elementi di diritto dell'Unione europea, che di diritto interno.

Si è cercato poi di evidenziare la natura della disciplina *antitrust*, che si basa su un *enforcement*, ovvero su una tutela, da attuarsi sia a livello pubblico che privato, affermando così il sempre maggiore rilievo che il legislatore ha inteso riconoscerle.

Tale rilievo è evidente nella disciplina specifica che regola la tutela risarcitoria che, negli anni, ha improntato nuovi rimedi confermando il doppio proposito di tutelare i danneggiati e di predisporre un impianto normativo in grado di produrre deterrenza verso comportamenti anticoncorrenziali.

Il lavoro è stato affrontato in tre capitoli di cui, il primo, dedicato agli aspetti generali della disciplina *antitrust*, il secondo alla normativa italiana sul tema ed il terzo, alla relazione tra la normativa nazionale e quella europea.

CAPITOLO I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE ALLA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI ANTITRUST

1. Cenni sull'evoluzione della disciplina della concorrenza in Europa; dal Trattato di Parigi (CECA) agli articoli 101 e 102 TFUE.

La disciplina della concorrenza nel continente europeo affonda le sue radici nel Trattato di Parigi del 1952, accordo internazionale istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). Le nazioni partecipanti alla Conferenza di Parigi si accordarono per regolare materie (il carbone e il ferro), le quali rappresentavano per l'epoca una scelta da considerarsi altamente simbolica, proprio in quanto sulle grandi produzioni di carbone e metallo si fondavano i poteri economici e le relazioni commerciali delle nazioni nel panorama postbellico¹.

A causa dello scarso contesto normativo e della sua ritardata presa in considerazione a livello europeo, si può parlare oggi di un diritto *antitrust* comunitario come di un diritto giovane, e questo soprattutto se si guarda all'esperienza americana². Infatti da tempo oltreoceano si riservava un'attenzione particolare a determinati fenomeni in grado di alterare il corretto funzionamento del mercato, iniziandosi a sviluppare una giurisprudenza attenta in materia di tutela di posizioni antimonopolistiche e

¹ In particolare, il Trattato prevedeva al Titolo III, rubricato: "Disposizioni economiche e sociali" norme relative a Intese e Concentrazioni, rispettivamente agli articoli 65 e 66. I paesi aderenti, quindi Belgio, Francia, Germania federale (Repubblica Federale Tedesca), Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi, sottoscrissero il trattato nell'ottica di una graduale instaurazione del mercato comune nelle materie del carbone e del ferro.

A pochi anni di distanza, nel 1958, i medesimi Paesi Sottoscrittori, ratificarono gli accordi internazionali, conosciuti come i Trattati di Roma, che diedero vita alla Comunità Economica Europea (CEE) e all'EUROATOM (Comunità Europea dell'energia atomica); si ricorda inoltre che sino alla scadenza del Trattato CECA, nel 2002, il settore carbosiderurgico risultò disciplinato da proprie norme *antitrust*. Più comunemente invece con il termine "Trattato di Roma" si intende riferirsi al Trattato CEE. Si segnala altresì come nel contesto europeo, il 1° gennaio 1994, nacque lo "Lo Spazio economico europeo" (SEE), di seguito a un accordo (firmato il 2 maggio 1992) tra l'Associazione Europea di Libero Scambio (AELS) e l'Unione europea con lo scopo di permettere ai paesi AELS di partecipare al Mercato europeo comune senza dover essere membri dell'Unione. Tra le materie che l'accordo mirava ad armonizzare risultano agli articoli 65 e 66 anche le norme in materia di intese e lo sfruttamento di posizioni dominanti. I Paesi AELS sono i paesi membri EFTA: Islanda, Lichtenstein, Norvegia e Svizzera. Quest'ultima non ha tuttavia ratificato l'accordo, ma i rapporti sono attualmente regolati da un trattato bilaterale (BIT) con l'Unione Europea.

² Per un'analisi completa delle origini del diritto *antitrust* negli Stati Uniti e nel Regno Unito si rimanda a WISH R. E BAILEY D., *Competition Law*, Richard Wish e David Bailey ed., 2012, pag. 20 e segg.

anticoncorrenziali.³ Si consideravano quest'ultime come fenomeni in grado di alterare, non solamente il corretto svolgimento della concorrenza all'interno delle singole economie di mercato nazionali, ma anche la produzione industriale e i rapporti commerciali fra Stati.

Non stupisce quindi osservare come in Europa siano proprio le forze vincitrici Alleate, al termine della Seconda guerra mondiale ad imporre, ai paesi risultanti sconfitti, l'adozione di norme antimonopolistiche e volte a favorire la concorrenzialità; ricordiamo a titolo di esempio, in Germania l'adozione della legge anticartello chiamata '*Dekartellisierungsgesetz*'⁴.

Ciò premesso, occorre sottolineare, come già in precedenza, nelle politiche estere dei principali Stati nazionali della *Mittel-Europa*, era presente una spinta verso un'integrazione transnazionale. Riscuoteva in particolare un crescente interesse l'idea di uno spazio unico e comune europeo da attuarsi in via primaria sul piano economico e commerciale.

In altri termini si avvertiva vivamente l'esigenza di una più agevole cooperazione nei propri rapporti commerciali, attraverso l'introduzione del principio di libera circolazione di prodotti ed attraverso la garanzia del libero accesso a fattori di produzione e di consumo, che, seppur posti al di fuori dei singoli confini territoriali, avrebbero dovuto accrescere la competitività tra imprese.

Nel momento in cui venne istituita la CECA, fu un criterio largamente condiviso da tutti gli Stati Contraenti, quello per cui i singoli confini territoriali non avrebbero più dovuto rappresentare un ostacolo in grado di falsare o alterare la concorrenza; quest'ultima, veniva intesa come forma di mercato nella quale la presenza di una pluralità di produttori, (i quali offrono dei beni perfetti sostituti tra loro), garantisce un miglioramento nelle condizioni generali di uno Stato.

³ In argomento si vedano le puntuali considerazioni di, BERNINI, in, *La tutela della concorrenza e i monopoli*, in diritto.it, pag. 20 e segg., il quale esegue un'analisi comparatistica delle ragioni per cui la legislazione *antitrust* statunitense costituisce il punto di partenza per ogni studio dei problemi giuridici nascenti in tema di libera concorrenza e monopolio.

⁴ Così OLIVIERI, in GHEZZI F. - OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2010, pag.10 e segg. Una legge che, seppur numerose volte modificata e tempestivamente integrata, rappresenta ancor oggi uno dei pilastri del sistema tedesco in materia di concorrenza.

Ma, sul punto, vedi anche PERA A., *Concorrenza e antitrust*, in dejure.it,1996, pag. 45 e segg., dove l'autore descrive l'influenza degli occupanti americani nelle idee degli economisti e giuristi dell'epoca, e che hanno agito come fattori chiave al fine della ricostruzione del sistema economico e sociale secondo idee liberaldemocratiche.

Infatti, il *principio della libertà di concorrenza* fu introdotto nella consapevolezza che la competitività tra attori economici, in un contesto internazionale, è mezzo necessario per poter ottenere maggiori vantaggi, in termini di efficienza economica generale. Ne sono un esempio i vantaggi ricavabili in termini di minori costi di produzione per le imprese, migliori prodotti per i consumatori, una maggiore efficienza delle risorse, garantendo in tal modo una massimizzazione del benessere generale, economico e sociale, nazionale e comunitario.

Da un punto di vista dell'operatore privato, invece, la concorrenza tra imprese rappresenta una delle diverse espressioni della libertà di iniziativa economica privata, la quale costituisce oggi uno dei principi fondamentali comuni dei singoli ordinamenti sociali degli Stati moderni europei.

Proprio tali ambizioni economiche e politiche condussero gli Stati a disciplinare la concorrenza tra imprese nel Trattato CECA agli artt. 65 e 66; quest'ultimi si riferiscono rispettivamente a due comportamenti particolarmente lesivi:

- 1) Il divieto di accordi tra imprese, che fossero restrittive della concorrenza
- 2) Il divieto di abuso di posizione dominante, lesiva del mercato.

Con la previsione di cui all'articolo 65⁵ i paesi Aderenti CECA, miravano a vietare quei tipi di comportamenti che si sostanziassero in un *agere in comune*. Erano infatti sanzionate quelle condotte che potessero essere anche solo potenzialmente in grado di alterare o falsare il regolare svolgersi del gioco e delle regole di concorrenza.

In particolare, accordi tra imprenditori o tra associazioni di imprese che, sia in forma implicita che esplicita, potessero manipolare l'efficiente svolgimento della forma concorrenziale di mercato.

L'articolo 66, riferito al divieto di abuso di posizione dominante, fu inserito invece con chiaro riferimento alle situazioni non già di monopolio, considerate di *per sé* dannose del mercato, ma guardando a quelle poche grandi imprese in grado di alterare il mercato, perché in posizione di oligopolio ed in tal modo in grado di esercitare una qualche forma di potere di mercato.

⁵In particolare, si consideravano particolarmente lesive quelle condotte e accordi che ai sensi dell'articolo 65 CECA: "a) fissavano o determinavano i prezzi;
b) limitavano o controllavano la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
c) volte a ripartirsi i mercati, i prodotti, i clienti o le fonti di approvvigionamento."

Pochi anni dopo, nel 1958, con l'entrata in vigore del Trattato di Roma, istitutivo della EC (European Community),⁶ Comunità Europea, i Paesi Firmatari avviarono i lavori preliminari, finalizzati all'istituzione di un *mercato comune europeo*, la cui costituzione rappresentò un punto di volta nel nostro continente, soprattutto in materia di concorrenza e *antitrust*. Infatti, in un quadro di disomogeneità delle differenti legislazioni nazionali, le Alte Parti Contraenti, aspiravano all'introduzione di disposizioni di politiche, aventi per oggetto le quattro libertà fondamentali, comuni a tutti gli Stati membri: la libera circolazione di beni, persone, capitali e servizi in tutto il territorio europeo.

In questo contesto di radicale trasformazione del sistema economico, il rispetto delle regole della concorrenza, e la tutela della stessa giocavano un ruolo fondamentale. Infatti, seppur sotto alcuni aspetti ancora embrionale, in quanto ancora strumentale e ancorato al raggiungimento dell'obiettivo dell'integrazione sovranazionale europea⁷, la garanzia di un regime concorrenziale di mercato, compariva tra le formulazioni dei principali obiettivi del Trattato di Roma. Le disposizioni del trattato CEE in materia di concorrenza si inserivano in un quadro di funzionalità rispetto all'obiettivo innovativo e sicuramente di più ampia portata di una graduale istituzione del mercato comune europeo⁸. Il diritto comunitario, agli artt. 85 e 86 - relative agli accordi restrittivi della concorrenza e all'abuso di posizione dominante - assegnava così alla disciplina, nella sua prima fase evolutiva, una funzione strumentale rispetto al perseguimento dell'effettiva realizzazione del mercato unico europeo⁹.

Il legislatore europeo si rivolse *in primis* alle imprese, in particolare a quelle operanti a livello intracomunitario e non invece ai governi dei singoli Stati membri. Le regole della concorrenza e soprattutto le fattispecie considerate dagli articoli 85 e 86¹⁰, si

⁶Nel marzo 1957 vengono firmati a Roma i famosi "Trattati di Roma". Le ratifiche da parte degli ordinamenti nazionali non pongono problemi e il 1° gennaio 1958 i due trattati entrano in vigore. Per una dettagliata analisi sull'evoluzione e i caratteri dell'integrazione europea si rimanda a: VILLANI U, *Istituzioni di diritto dell'unione Europea*, in de jure.it, 2013, pag. 9 e segg.

⁷ Già in tal senso si veda RAFFAELLI, E.A. *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, in de jure.it, 2005, pag. 33, analizzava la disciplina *antitrust* e le attribuiva una funzione strumentale rispetto al perseguimento dei fini della Comunità, primo fra tutti, l'effettiva realizzazione del mercato unico.

⁸ Tale impostazione è stata successivamente abbandonata in quanto già a partire dall'*Atto unico europeo del 1986*, che rappresenta la prima grande riforma dei trattati, ampliando le competenze comunitarie e ponendo, come obiettivo per il 1992, il *mercato interno europeo*.

⁹ In questo senso già RAFFAELLI E.A., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit. pag.22 e segg.

¹⁰ L'articolo 85 TCE prevedeva l'invalidità degli accordi tra imprese e di tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, mentre l'articolo 86 dispone l'incompatibilità dello sfruttamento abusivo da parte di una o più

riferivano direttamente a comportamenti posti in essere dalle imprese operanti in determinati settori, in quanto capaci di modificare il corretto svolgimento del mercato e di compromettere la libertà economica dei partecipanti allo stesso. Si andava sempre più delineando a livello europeo un sistema in grado di imporre, anche indirettamente, agli Stati membri di porre in essere o di mantenere in vigore qualsiasi misura potenzialmente idonea a prevenire atti in grado di privare o falsare le regole di concorrenza¹¹.

Con l'entrata in vigore del *Trattato sull'Unione europea*, TUE, detto Trattato di Maastricht, che riunisce nell'unica cornice dell'Unione europea le tre Comunità (EURATOM, CECA, CEE) e le cooperazioni politiche istituzionalizzate nei settori della politica estera, della difesa, è stato rafforzato ulteriormente l'obiettivo di integrazione economica dei mercati nazionali, delle merci e dei servizi a livello sovranazionale. Quest'ultimo ambizioso obiettivo da ottenersi grazie alla eliminazione di barriere normative e regolamentari poste dalle diverse legislazioni degli Stati membri.¹²

Il trattato di Amsterdam, adottato nel 1999, ha ampliato sostanzialmente le competenze dell'Unione Europea, non modificando le fattispecie rilevanti in materia di concorrenza, le quali rimangono sostanzialmente immutate¹³.

Il Trattato di Lisbona, nel 2007, ha abolito la vecchia architettura dell'UE e ha modificato sensibilmente l'organizzazione dei riferimenti normativi circa le politiche di concorrenza: infatti, mentre la disciplina delle *politiche di concorrenza* è attualmente regolata dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il Trattato di Lisbona ha eliminato ogni riferimento alla *tutela della concorrenza* dalla parte dei principi del Trattato dell'Unione Europea. L'articolo 3 TUE stabilisce oggi che: *“l'Unione “instaura un mercato interno europeo”*¹⁴.

imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso. È opinione largamente consolidata che la sanzione della nullità prevista per gli accordi sia applicabile anche all'articolo successivo, nonostante il legislatore europeo non abbia provveduto ad inserirlo espressamente tra le sanzioni previste dall'articolo 86.

¹¹ Sul punto PERA A. in, *Concorrenza e Antitrust*, cit., 1996, pag. 47, espone come il trattato supranazionale si rivolga anche ai comportamenti degli Stati membri. Infatti, espressamente all'articolo 90, I co, del Trattato di Roma vieta l'introduzione di misure volte a proteggere le imprese monopoliste nazionali, impedendo l'adozione di qualsiasi misura contraria alle norme poste dagli articoli 85 e 86 del Trattato.

¹² Il Trattato di Maastricht muta la denominazione di CEE in CE. L'accordo istituisce inoltre l'unione economica e monetaria, introduce nuove politiche comunitarie (istruzione, cultura) e amplia le competenze del Parlamento europeo (*procedura di codecisione*). Per una trattazione completa dell'iter che ha portato dal Trattato di Roma ad oggi si veda il sito istituzionale dell'Unione Europea (*Eur-lex.com*).

¹³ Con il Trattato di Amsterdam si è meramente proceduto ad una rinumerazione degli articoli concernenti la concorrenza.

¹⁴ Per un quadro articolato degli obiettivi, finalità e caratteri dell'Unione Europea si veda per tutti:

Altresì di fondamentale importanza risulterà ai fini dell'applicazione decentrata del diritto *antitrust*, l'enfaticizzazione posta al principio di proporzionalità di cui all'articolo 5 del TUE e quello di sussidiarietà all'articolo 6.

Sembra essersi esaurito il ruolo affidato alla disciplina della concorrenza dal legislatore europeo nei primi trattati istitutivi, dove la stessa veniva identificata come meramente strumentale all'obiettivo di realizzazione del mercato unico ed interno europeo¹⁵. Parimenti sorgeva un bisogno di nuova definizione delle finalità rivestite dalla disciplina della concorrenza, a livello comunitario e nazionale, più ancorata alle esigenze di tutela delle imprese e dei consumatori.

Nella seconda fase evolutiva della disciplina *antitrust*, infatti, si volle garantire un'applicazione autonoma sia delle politiche di concorrenza che della tutela della stessa attraverso l'istituzione di appositi organi predisposti a livello europeo, per fenomeni coinvolgenti imprese di grandi dimensioni e a livello nazionale per la repressione di condotte di rilevanza territoriale più limitata. Ed è stata proprio quest'ultimo il criterio di riparto di competenze, che non ha tardato a svilupparsi in seno alla Commissione Europea e successivamente, attraverso recepimenti legislativi, anche in capo alle singole autorità nazionali degli Stati membri¹⁶.

Occorre ulteriormente evidenziare come le disposizioni di concorrenza siano rimaste ancora una volta sostanzialmente immutate nella nuova adozione del Trattato, e come le norme contenute negli articoli 101 e 102 TFUE costituiscano una mera trasposizione degli articoli 81 ed 82 EC.

VILLANI U. *Istituz. di dir. dell'Unione Europea*, Cacucci ed., 2020, pag. 14 e segg.

¹⁵ Si ricordi che ai sensi dell'art 3 TFUE è l'Unione Europea ad avere competenza legislativa esclusiva su determinate materie, tra le quali rientrano al II comma, punto b): " *the establishing of the competition rules necessary for ensuring the internal market*"; cfr. anche, CHALMERS D. E MONTI G., in, *European Union Law*, in *dejure.it*, 2014, p.81

Si noti, alla luce di quanto appena detto, e tenuto conto della funzione strumentale assegnata alla concorrenza nei primi trattati, che l'Unione Europea continua ad avere un ruolo fondamentale nelle politiche *antitrust* soprattutto quando queste, nel caso in cui vengano adottate singoli paesi membri, siano in grado di compromettere il corretto funzionamento del mercato interno europeo.

¹⁶ Si segnala a questo punto *la legge n.287 del 1990*, legge generale italiana in materia di *antitrust*, che ha fornito le basi legislative per l'applicazione del diritto della concorrenza in Italia. Infatti, non solo la tutela è affidata al giudice ordinario, ma per la repressione di quelle fattispecie più gravi, perché considerate in grado di alterare il regolare funzionamento del mercato, viene istituita un'autorità amministrativa apposita: Autorità Garante della Concorrenza e del mercato. In particolare, con riguardo ai rapporti tra quest'ultima e la Commissione europea si segnala la legge del 6 febbraio 1996, n. 52: " *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*", il cui articolo 54 è rubricato " *Cooperazione con la Commissione delle Comunità europee in materia di concorrenza*", ed altre raccomandazioni della Commissione che hanno orientato ed organizzato il riparto di competenze. (v. infra).

L'ordinamento comunitario riveste ancora oggi un rilievo particolare, sia per l'importanza dell'area economica cui si applica la disciplina *antitrust*, sia per l'influenza che ha successivamente avuto in termini organizzativi e sostanziali nelle singole normative dei paesi membri¹⁷.

Occorre ora soffermarci sulle singole disposizioni previste dagli articoli 101 e 102 TFUE e sulla portata di alcune fondamentali concetti normativi in esse previste e successivamente precisate dalla Corte di Giustizia UE.

2.Fattispecie, definizioni e presupposti applicativi degli articoli 101 e 102 TFUE

Gli articoli 101 e 102 TFUE disciplinano i comportamenti di imprese private sul mercato dei beni e servizi, suscettibili di comprometterne il corretto funzionamento e di alterare il corretto svolgimento della concorrenza nel mercato comune europeo. Si tratta questa volta di una disciplina *antitrust* intesa, come mezzo per il raggiungimento del fine della massima efficienza di consumatori e produttori nelle libere forme e strutture che possono assumere le economie di mercato moderne.

Le due norme in discussione hanno applicazione generale e fanno direttamente riferimento all'*impresa*, ritenendo quest'ultima in senso ampio e quindi comprensivo di tutti quei soggetti economici i quali offrono beni e servizi in un determinato settore del mercato, anche se non dotati della medesima qualifica formale nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali. Alla luce di tali considerazioni una premessa che merita ulteriore riflessione è sicuramente l'evoluzione della portata del concetto di *impresa* ad opera della giurisprudenza europea soprattutto per quanto concerne le intese.

La Corte di Giustizia¹⁸, infatti, ha avuto in più occasioni modo di pronunciarsi su tale nozione. In una prima fase essa vi ricomprendeva "*qualsiasi entità impegnata in una*

¹⁷ Così PERA A., in, *Concorrenza e Antitrust*, cit. pag. 48.

¹⁸ La corte di Giustizia dell'Unione Europea in base all'articolo 19 TUE è l'istituzione che assicura il rispetto della normativa europea sia in sede di interpretazione sia in sede di applicazione del diritto dei Trattati.

attività economica, non guardando né al tipo di entità legale, né al modo in cui questo si finanzia”¹⁹.

In una seconda fase, la Corte precisò il termine “*attività economica*”, ricomprendendovi “*tutte le attività consistenti nell’offerta di beni e servizi in un dato mercato*”²⁰, escludendo tutte quelle attività d’impresa che siano in qualche modo connesse con l’esercizio di pubblici poteri o di un’autorità pubblica²¹.

Si rendeva necessario adottare, da parte della Commissione e delle singole autorità competenti nazionali, un approccio funzionale rispetto alla definizione *dell’unica entità economica*, elaborata dalla Corte di Giustizia. In questo contesto infatti si inseriscono le varie problematiche legate ai *gruppi di società*, secondo cui il divieto di intese risulta inapplicabile laddove le imprese così considerate, formino un’unica entità economica, all’interno della quale, l’impresa controllata, non gode di una reale autonomia²².

3. L’articolo 101 TFUE

Il trattato sul funzionamento dell’Unione Europea tratta al Titolo VII delle “*Norme comuni sulla concorrenza fiscalità e ravvicinamento delle legislazioni*” e al capo I, Sez. I, rubricata, “*Norme applicabili alle Imprese*”, pone come primo articolo il 101, I co, dedicato alle intese; testualmente la prima parte dell’articolo prevede che: “*Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, [...] 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 ed in particolare quelli consistenti nel: [...]*”²³.

¹⁹ Si veda precisamente la sentenza nota come: *Hofner and Elser v. MacrotronGmb*, del 1991, causa (C-41/90).

²⁰ Vedi sentenza *Pavlov*, del 19 febbraio 2002, causa (C-309/99).

²¹ L’orientamento adottato in materia dalla giurisprudenza Comunitaria è il criterio della natura solidaristico-pubblicistica dell’ente, ovvero solamente le attività fondate sul principio solidaristico si sottraggono alla nozione di impresa (nella sentenza in discussione la Corte di Giustizia UE nella nota sentenza *Pucet et Pistre* si pronunciava sulla natura pubblicistica di un fondo assicurativo obbligatorio).

²² In questo contesto si inseriscono anche le problematiche legate ai gruppi di società, secondo cui il divieto di intese risulta inapplicabile laddove le imprese così considerate, formino un’unica entità economica, all’interno della quale, l’impresa controllata, non gode di una reale autonomia.

Per ulteriori considerazioni interpretative analogamente orientate si veda FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino ed., 2019, pag.67 e segg.

²³ Versione consolidata dell’articolo 101 TFUE (*eur-lex.europa.eu*).

L'analisi di questo articolo ci consente di individuare quali siano gli elementi costitutivi al fine della sussistenza di un'intesa ex art. 101 TFUE:

- 1) La presenza di due o più imprese sul medesimo mercato, alle quali è imputabile la condotta anticoncorrenziale
- 2) Una qualsiasi forma di attività di coordinamento realizzatasi tra queste imprese;
- 3) La circostanza per cui queste condotte abbiano effettivamente, o per loro oggetto aprioristico, o come loro effetto, quello di pregiudicare il commercio tra Stati membri e quindi di alterare il regolare svolgersi della concorrenza nel mercato interno²⁴.

Principale presupposto ai fini della corretta individuazione del primo elemento costitutivo della fattispecie, è l'individuazione e la precisa definizione del mercato rilevante per ogni settore che si intende considerare. Infatti, l'individuazione deve avvenire non soltanto da un punto di vista meramente territoriale, ma anche settoriale. È stata così largamente abbandonata la considerazione che si basava sul solo mercato nazionale come strumento aprioristico di rilevanza e di riparto di competenze tra autorità nazionali e Commissione europea.

Oggi si individua il mercato rilevante attraverso strumenti di estrema complessità che postulano considerazioni di articolate analisi economiche di settore. In sostanza, come si vedrà meglio quando si tratterà dell'abuso di posizione dominante, ai fini dell'individuazione del c.d. mercato rilevante occorre considerare due principali parametri:

- 1) sostituibilità dal lato della domanda
- 2) sostituibilità dal lato dell'offerta²⁵.

Le autorità nazionali preposte all'individuazione del mercato geografico e del mercato "del prodotto" hanno costante riguardo alla prassi elaborata dalla Commissione europea.²⁶

Spostando l'attenzione al secondo presupposto, ai fini dell'accertamento della violazione di cui all'articolo 101 TFUE, è altresì indispensabile il riconoscimento del

²⁴ Per un'analisi dettagliata dei singoli elementi costitutivi di un'intesa e per le peculiarità del sistema italiano si rimanda a FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, pag. 61 e segg.

²⁵ La definizione del mercato rilevante è ancor più fondamentale nell'individuazione del potere che un'impresa riveste su ogni dato mercato, ai fini della determinazione della condotta c.d. dominante. Per questo motivo il requisito della definizione del mercato rilevante verrà trattato con ulteriore specificità nell'analisi delle peculiarità dell'articolo 102 TFUE.

²⁶ FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della conc. in Italia*, cit., pag. 68 e segg.

coordinamento realizzatosi in qualunque forma tra le imprese: necessario è quindi individuare con esattezza la rilevanza e il contenuto della nozione di accordo. Tale termine è, infatti, atto a ricomprendere una vasta gamma di comportamenti coordinati tra soggetti economici ed in esso sono sicuramente ricompresi sia gli accordi c.d. orizzontali che quelli c.d. verticali.

I primi sono accordi tra imprese poste sullo stesso livello del ciclo economico. Le fattispecie espressamente considerate dall'articolo 101 TFUE, I comma, sono quei comportamenti volti a:

“a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione “

“c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento” fra imprese direttamente concorrenti.

Gli accordi verticali, invece, si realizzano tra imprese poste ad un livello diverso del ciclo economico e, quindi, non direttamente in concorrenza, ma la cui cooperazione appare essenziale per il coordinamento delle attività produttive²⁷. Una svolta decisiva in questo contesto si è sicuramente avuta con la sentenza della Corte di Giustizia, già più volte citata, del 1966, relativa al caso *Consten e Grundig v Commission*,²⁸ in cui la Corte ricomprese pienamente gli accordi verticali nel divieto di cui all'articolo 101. Inoltre l'organo giudiziario valutò nella stessa causa, un accordo di esclusiva tra produttore e distributore, contenente a carico di quest'ultimo un divieto assoluto di rivendita dei prodotti fuori dalla zona esclusiva determinata (ossia una clausola di protezione territoriale assoluta) come idoneo ad alterare la concorrenza tra distributori di prodotti della stessa marca; tale clausola di esclusività territoriale è stata in tal modo ritenuta vietata in quanto rientrante nel divieto posto dall'articolo 101, violando nella fattispecie la concorrenza c.d. *intra-brand*.

Inoltre, si deve precisare che, l'articolo in esame include anche *le pratiche concordate*, come espressamente disposto nel I comma dell'articolo 101 TFUE. Quest'ultime in particolare si distinguono dagli accordi, prescindendo dall'elemento specifico dello scambio di consenso, necessario per potersi configurare un accordo vero

²⁷ Tipici accordi verticali tra imprese sono: gli accordi di distribuzione intercorrenti tra una impresa di produzione e le imprese che ne distribuiscono il prodotto.

²⁸ Si veda la storica sentenza della Corte, nella causa (C56/58) del 1966; ne tratta, FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., pag.67 e segg. it. pag.117.

e proprio. La pratica concordata infatti, è una figura controversa che è stata ricondotta dalla prassi alla circostanza in cui un soggetto assume determinati comportamenti in corrispondenza a comportamenti di altri soggetti. La nozione di pratica concordata corrisponde dunque ad una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che senza spingersi fino ad essere un accordo, costituisce una consapevole e reciproca collaborazione tra soggetti economici.²⁹

L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea vieta quindi alle *imprese*, di stipulare intese, di operare con pratiche concordate e di formulare in ambito associativo decisioni aventi per *oggetto* o per *effetto* quello di “*impedire, restringere o falsare il libero gioco della concorrenza*” nel mercato interno.

Il dettato normativo contenuto nell'articolo 101 è rivolto, sia all'alterazione effettiva, che a quella potenziale della concorrenza, guardando sia all'oggetto dell'accordo intercorso tra le parti che al suo possibile effetto.

In tal modo si ritiene sussistente il terzo elemento costitutivo della fattispecie relativa alle intese. Infatti, ai fini della violazione, è richiesta una valutazione circa l'esistenza e la consistenza dell'intesa, non invece la prova dell'effettiva conoscenza e consapevolezza da parte delle imprese coinvolte dell'effetto distorsivo sul mercato. Sarà quindi sufficiente la produzione di un effetto che sia obiettivamente anticoncorrenziale e che, seppur non espressamente voluto dalle parti, costituisca la conseguenza prevedibile di un comportamento al quale le parti stesse si siano obbligate (tramite accordo) o che l'abbiano posto in essere nella consapevolezza di cooperare alla produzione di un reciproco vantaggio economico. Infatti, come ha sottolineato anche la dottrina, “*è sufficiente, una valutazione prognostica, che consideri, cioè, la capacità di un certo comportamento a determinare, se attuato, una alterazione della concorrenza nel mercato*”³⁰, ai fini della sussistenza del “*pregiudizio al commercio tra Stati membri*” di cui all'articolo 101 TFUE.

Tuttavia, va sottolineato come non tutte le pratiche concordate (e gli accordi) tra imprese siano in grado di risolversi in un ostacolo all'accesso al mercato e quindi come tali sanzionabili dalle Autorità di regolazione. Un accordo che vincoli le imprese a tenere

²⁹ Per un'analisi completa dei presupposti e degli elementi costitutivi della fattispecie si veda per tutti: OLIVIERI G., in, OLIVIERI G., GHEZZI F., *Dir. Antitrust*, cit., pag.116 segg.; cfr. anche FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della conc. in Italia*, cit., pag.200.

³⁰CANNIZZARO E., PACE L. F., *Le politiche di concorrenza*, in STROZZI G., 2010, *Diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, Giappichelli, 2010, pag. 297

comportamenti lesivi della concorrenza, può infatti non costituire una violazione della normativa, se le condizioni del mercato rendano *impossibile o estremamente improbabile* per le imprese accordate tenere un comportamento diverso. In questo caso, infatti, non è l'accordo di per sé, ma la situazione preesistente sul mercato a generare una scarsa concorrenza nello stesso. Sembra essere proprio quest'ultima *la ratio* che ha ispirato il legislatore europeo nella previsione, inserita nel III comma dell'articolo 101 TFUE, il quale prevede un'autorizzazione (esenzione) per determinate categorie di accordi. Infatti, è possibile che alcuni accordi, alcune decisioni o pratiche concordate tra imprese, si risolvano in ultima analisi per apportare un beneficio alla competitività tra imprese, non pregiudicando effettivamente il commercio tra Stati membri, ma aumentando il livello di soddisfazione di produttori, distributori e consumatori.

Nei casi, e al sussistere delle condizioni previste dal III comma, sia le autorità nazionali che la commissione UE, soprattutto in una prospettiva di accentramento delle competenze in capo a quest'ultima, non potevano esimersi dall'effettuare un tipo di controllo preventivo e aprioristico degli effetti dell'accordo sul mercato³¹, al fine di poter, successivamente (*ex post*) autorizzare l'intesa. L'accertamento della compatibilità di un'intesa con l'art 101 III comma implica una considerazione comprendente tutti gli elementi che concorrono a determinare una distorsione del mercato e quindi anche un'eventuale compresenza, sia di fattori anticoncorrenziali, che di quelli pro-concorrenziali, soprattutto alla luce della possibilità prevista dal III comma dell'articolo.

Conclusivamente si può quindi osservare come molti aspetti della valutazione, posta in essere dalle singole autorità competenti, dipendano sia dalla posizione che l'impresa ricopre su quel dato mercato, individuato per mezzo di strumenti economici, che dalla forza competitiva delle parti ricomprese nell'accordo.

Il II comma dell'articolo 101 TFUE prevede la sanzione della nullità per gli accordi e le intese vietati dal primo paragrafo della disposizione³² al ricorrere di tutti e tre gli

³¹ Inoltre, vengono previsti dei sistemi di controllo e di notifica nei rapporti di collaborazione tra autorità nazionali competenti dei singoli stati e commissione europea alla base dei quali è sicuramente ravvisabile un approccio rigido e formale avuto nei riguardi del regime delle esenzioni/autorizzazioni previste dal III comma dell'articolo 101 TFUE. Solo successivamente con la c.d. modernizzazione si è passati da un tipo di controllo *ex ante*, cioè che guarda ad ogni tipo e natura di accordi, ad un approccio *ex post*, che prende in considerazione i possibili effetti restrittivi sul mercato.

³² Ad esempio, la legislazione italiana prevede che l'autorità garante al livello nazionale, ove accerti la sussistenza della violazione di cui all'articolo 2 (intese) può adottare i provvedimenti necessari per rimuovere gli effetti anticoncorrenziali, emettere sanzioni pecuniarie nonché, come estrema ratio, il potere di sospendere l'attività dell'impresa che lo ha posto in essere; (articolo 15 della l.287/1990) v. *infra*.

elementi costitutivi. La nullità è insanabile, opera automaticamente e può essere rilevata anche d'ufficio da qualsiasi giudice nazionale. In passato in presenza di una rilevanza territorialmente limitata ai confini nazionali, la competenza era riservata alle autorità nazionali esistenti e dotate di disciplina nazionale, invece, in presenza di distorsioni del mercato intracomunitarie³³, la competenza è stata lungo tempo esclusiva della Commissione Europea.

4. L'articolo 102 TFUE

Passando ora alle disposizioni relative alla repressione dell'abuso di posizione monopolistiche, l'articolo 102 del Trattato disciplina l'abuso di posizione dominante di un'impresa su un dato mercato³⁴.

L'esistenza di una posizione dominante non è vietata di *per sé* dal diritto della concorrenza; ad essere vietato è lo sfruttamento abusivo, volto a ridurre le capacità competitive di altri operatori, ovvero la realizzazione di politiche di mercato che si avvalgano dell'assenza o della ridotta concorrenza a danno dei consumatori. Ad essere vietata non è né la posizione dominante in quanto tale né la possibilità di trarre da questa il "giusto" profitto.

Il divieto posto all'articolo 102 TFUE mira a sanzionare l'abusività e quindi lo sfruttamento di tale potere da parte del titolare di una posizione di potere sul mercato. I soggetti economici che ricoprono una posizione dominante nel mercato hanno infatti la particolare responsabilità³⁵, di non poter mettere in atto comportamenti abusivi a pena dell'illiceità della loro condotta; tuttavia trattasi di comportamenti, che in assenza di posizione dominante sul mercato, sarebbero di *per sé* leciti, in quanto volti a accrescere la competitività tra imprese e la crescita individuale e complessiva economica di un dato settore.

³³ Si veda infra Capitolo.2 per una trattazione completa della determinazione del riparto di competenze e giurisdizione di giudici ed autorità nazionali e della Commissione UE in tema di applicabilità delle disposizioni degli articoli 101 e 102 TFUE.

³⁴ Occorre tuttavia sottolineare, come già affrontato dalla dottrina, in particolare, FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., che la posizione dominante, intesa come potere di mercato, ha una finalità e una portata più ampia delle corrispondenti norme americane, le quali censurano le condotte unilaterali delle imprese finalizzate alla monopolizzazione.

³⁵ In tal senso, precisamente, OLIVIERI G., in: GHEZZI- OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit. pag. 201, la definisce "speciale responsabilità".

La posizione dominante sul mercato è un concetto economico che indica l'esistenza di un notevole grado di indipendenza del quale gode un operatore economico, posto in grado di determinare, con una certa libertà, le proprie strategie sul mercato senza bisogno di prendere in considerazione i comportamenti di eventuali concorrenti³⁶.

Esaminando i presupposti applicativi dell'articolo 102 TFUE, si può osservare come al concetto di *impresa* sia riservato il medesimo significato di cui all'articolo 101 TFUE.

Presupposto peculiare ai fini dell'applicazione corretta della norma che sancisce il divieto di abuso di posizione dominante, è la corretta definizione, sia del mercato rilevante, sia della quota di potere ricoperta da un'impresa su dato mercato.

Particolare rilevanza riveste infatti la corretta definizione del mercato rilevante, in quanto imprescindibile ai fini dell'accertamento dell'attuale potere che un'impresa esercita sul mercato in cui opera; in particolare bisogna avere riguardo a due principali variabili:

- 1) il c.d. mercato del prodotto
- 2) c.d. mercato geografico.

In primo luogo, occorre sottolineare come l'individuazione del mercato del prodotto comprende tutti i prodotti dotati di un certo grado di sostituibilità con il prodotto dell'impresa in questione, dal punto di vista del consumatore. La sostituibilità è determinata alla luce delle caratteristiche fisiche dei prodotti, dall'uso al quale sono destinati e dal prezzo. A determinare il grado di sostituibilità è l'elasticità della domanda in relazione a piccole variazioni di prezzo.

Il mercato geografico, invece, è individuato in un'area dove le condizioni di concorrenza dei prodotti considerati sono omogenee al punto da distinguere tale zona dalle aree vicine caratterizzate da differenti condizioni di concorrenza³⁷. Per questo

³⁶Infatti secondo una storica, già citata, sentenza della Corte di Giustizia UE, un'impresa si trova in posizione dominante quando il proprio potere economico le "conferisce il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva, [...] fornendole la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed in ultima analisi dei consumatori" sentenza del 14 febbraio 1978, caso *United Brands*, causa C27/76 (si v. anche in questo paragrafo nota 6 e 41).

³⁷ Tuttavia, la prassi ha preso in considerazione, con riguardo all'analisi di una posizione dominante sul mercato, anche il c.d. mercato collegato. Quest'ultimo è rappresentato da una forte relazione tra i due mercati presi in considerazione, un collegamento che può essere geografico, tecnologico o commerciale, che li rendono "interdipendenti e reciprocamente influenzabili". Così esattamente GHEZZI, OLIVIERI, *Dir. Ant.*, cit., pag.209.

criterio, determinante è la sostituibilità dell'offerta. A tal proposito è di guida la nota integrativa della Commissione Europea relativa all'individuazione del mercato rilevante e l'introduzione del SSNIP- Test³⁸.

In secondo luogo, risulta di non lieve importanza, per capire se si è in presenza di una posizione dominante, il criterio della *quota di mercato* detenuta dall'impresa. Questo non è un criterio sempre incisivo, in quanto, può essere considerata in posizione dominante anche un'impresa dotata di una quota di mercato minoritaria in senso assoluto, però dotata di un potere relativo molto alto nei confronti dei concorrenti, tale da determinare “*un notevole grado di indipendenza dei suoi comportamenti*”³⁹. Questa situazione è stata riconosciuta quando si è in presenza di un grande squilibrio nella struttura del mercato, tra una impresa maggioritaria ed una grande quantità di imprese che detengono quote “*polverizzate*” di un medesimo mercato rilevante.

Alcune quote di mercato possono assurgere a valore assoluto, costituendo un elemento univoco per definire una posizione dominante; nella prassi sono considerate in questo modo le quote superiori ad una soglia del 90%. Inoltre, in linea generale, è escluso che una impresa che detenga una quota di mercato inferiore al 40% possa detenere una posizione dominante.

Quanto al carattere dell'“*abusività*” della condotta dominante posta in essere da un'impresa, l'articolo 102 del Trattato contiene un elenco di comportamenti che possono configurarsi come abuso. Come sottolinea la dottrina: “*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale fra prodotti o servizi, fondata sulla prestazione degli operatori economici, la*

³⁸ Si veda la comunicazione della Commissione: “*Commission's notice on the definition of the relevant market for the purposes of competition law*” e WISH E BAILEY, *Comp. Law*, cit., pag. 27.

³⁹ In proposito si veda il TEST (*c.d. Legal Test*) proposto nella sentenza *United Brands* e in altre successive pronunce della Corte di Giustizia dove riprende tale strumento :” *si è in presenza di una posizione dominante, quando la posizione di potere economico di cui gode un'impresa, consente a quest'ultima di prevenire l'effettiva competitività nel mercato rilevante e in misura apprezzabile di agire in misura apprezzabile indipendentemente dai propri concorrenti, fornitori e in ultima analisi dai consumatori*” ; si veda anche la sentenza *Michelin II* [case C322/81].

conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”⁴⁰.

Il concetto di “*abuso*” è molto controverso. Sicuramente la disciplina impone obblighi positivi in capo alle imprese in posizione dominante, anche se questi non possono risolversi una lista esaustiva di ciò che non consista in un abuso. Il dettato normativo dell’articolo 102 TFUE prende in considerazione le medesime fattispecie e gli stessi comportamenti dell’impresa, che possono formare oggetto di intese vietate⁴¹.

Altresì si possono individuare dei comportamenti che vengono considerati, sia dalla Commissione che dalle autorità nazionali competenti, di *per se* lesivi e distortivi della concorrenza.

In particolare, le condotte unilaterali⁴² considerate di *per se* abusive vengono divisi in due tipologie:

- 1) abusi di sfruttamento
- 2) abusi escludenti.

I primi si riferiscono a quei comportamenti diretti dall’impresa in posizione dominante nei confronti dei clienti e sono altrimenti detti *abusi verticali*. La pratica di abuso consiste, in questo caso, nella fissazione di prezzi o condizioni di transazione ingiusti o discriminatori, quindi prezzi diversi per prestazioni equivalenti. Se, invece, i prezzi siano fissati ad un livello troppo basso rispetto ai costi di produzione si determina una pratica predatoria (c.d. *predatory pricing*) volta ad eliminare dal mercato concorrenti che non possono subire perdite oltre un certo periodo.

Costituisce abuso anche la fissazione di prezzi o condizioni eccessivamente onerose cioè privi di alcuna correlazione con la prestazione.

⁴⁰CANNIZZARO E., PACE L. F., *Le politiche di concorrenza*, in *dejure.it*, 2010, pag. 307.

⁴¹ Ai sensi dell’articolo 102 TFUE infatti è fatto particolare divieto alle imprese di:

“a) *imporre direttamente od indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*

b) *nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*

c) *nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*

d) *nel 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.*”

⁴² Così, WHISH E BAILEY, *Comp. Law*, cit., pag. 173 e segg.

Gli abusi escludenti, invece, si riferiscono a comportamenti diretti dall'impresa in posizione dominante a concorrenti, al fine di far uscire dal mercato il concorrente o di non consentirgli l'accesso in uno specifico mercato. Questi sono detti *abusi orizzontali*.

A tal proposito, si può menzionare l'importanza che nella prassi delle liberalizzazioni dei mercati ha assunto l'obbligo per il soggetto in posizione dominante di consentire l'utilizzazione di *essential facilities* a tutti i concorrenti. Le *essential facilities* sono le infrastrutture essenziali per l'esercizio di determinate attività, la cui duplicazione sarebbe antieconomica o fisicamente impossibile. Un obbligo quindi strettamente connesso ai fini di un più facile accesso ad un determinato mercato; in passato tra queste sono state ricomprese le reti di telecomunicazione possedute da un operatore, il cui utilizzo si rendeva necessario anche per le imprese che intendessero offrire lo stesso tipo servizio.

Il rifiuto ingiustificato di accedere alle *essential facilities*, oppure la subordinazione dello stesso a condizioni inique o discriminatorie da parte dell'operatore in posizione dominante, costituisce violazione del divieto sancito dall'articolo 102 del Trattato. Vi è quindi un vero e proprio obbligo di consentire l'equo accesso alle *essential facilities* alle imprese concorrenti, che però devono remunerare adeguatamente l'impresa che ne sopporta i costi di gestione. Si intende garantire in tal modo la sussistenza e l'accesso al mercato stesso che, altrimenti, risulterebbe per alcune imprese ingiustamente precluso⁴³.

Conclusivamente si nota come l'articolo 102 TFUE non preveda espressamente né la tipologia di sanzione da applicare da parte delle autorità competenti né un disposto normativo che ricalca quello del III comma dell'articolo 101, relativo a possibili comportamenti e circostanze che rendano le condotte poste in essere dalle imprese lecite ed autorizzate. Infatti, l'articolo 102 TFUE non ammette eccezioni.

⁴³ In proposito si veda la giurisprudenza europea in materia, soprattutto con riguardo alla causa (T-201/04), nota come *Microsoft Corp. v. Commissione delle Comunità europee* sentenza del 2004, e anche in, *Deutsche Telekom AG v. Commission* (2003) causa (C-280/08).

CAPITOLO II

LA NORMATIVA ITALIANA

1. L'introduzione della disciplina antitrust in Italia

Per lungo tempo l'Italia rimase uno dei pochi paesi aderenti all'OCSE⁴⁴ sprovvisto di normativa nazionale in materia *antitrust*. Invero le medie e grandi imprese italiane operanti su scala internazionale potevano comunque fruire di tutela, seppur limitatamente a quei atti, accordi, comportamenti e sfruttamenti di posizioni di dominio sul mercato e di concentrazioni che fossero in grado di pregiudicare rilevantemente e trasversalmente il commercio tra Stati membri.

In via generale, per una migliore comprensione e trattazione dell'ampio *corpus* normativo in materia di *antitrust*, preme evidenziare la diretta applicabilità ed efficacia, degli atti e della giurisprudenza europea, in tema di concorrenza, al fine di sottolineare l'influenza pressoché esclusiva che la disciplina europea riveste ancor oggi nell'ordinamento italiano⁴⁵.

Il sistema italiano in materia di concorrenza è oggi improntato sulla linea della cosiddetta "*concorrenza sostenibile*", che ispira la disciplina *antitrust* nei sistemi giuridici degli stati liberaldemocratici della quasi totalità dei paesi europei⁴⁶.

L'ancoraggio costituzionale della materia è ravvisabile soprattutto nell'articolo 41, I co., della Costituzione, il quale riconosce ai privati la libertà di iniziativa economica. Come già evidenziato da autorevole dottrina⁴⁷, è proprio da tale libertà e dal suo

⁴⁴ Per un più ampio panorama delle pressioni ricevute a livello comunitario ed internazionale si rimanda a OLIVIERI, in GHEZZI, F.OLIVIERI G., *Dir. antitrust*, Giappichelli, 2019, pag.23.

⁴⁵ Un'efficacia vincolante, che è parimenti riconosciuta da tutti gli ordinamenti interni degli Stati membri, che ha agito sicuramente come fattore determinante nello sviluppo delle politiche comuni europee in tema di concorrenza e che ha così permesso l'instaurarsi di un regime di accentramento delle politiche di concorrenza a livello sovranazionale europeo. Di simile avviso già autorevole dottrina definiva i rapporti tra normativa antitrust italiana e comunitaria come di "*interdipendenza genetica e funzionale*", così infatti, BERNINI G., *Un secolo di filosofia antitrust*, Feltrinelli, 1991, pag. 27.

⁴⁶ Così, esattamente, CAMPOBASSO M., *Diritto Commerciale*, 2012, pag. 221; cfr. anche, PRESTI G. E RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, 2013, pag. 75.

⁴⁷ In questo senso già, GALGANO F., in *Diritto Privato*, 2012, a pag.505 e segg., tratta della libertà di concorrenza, come un aspetto delle molteplici implicazioni ricomprese nella libertà di iniziativa economica privata. La definisce in particolare come un'attività dalle quali discendono una serie di altri diritti e libertà: ne sono un esempio il diritto di proprietà e la libertà contrattuale.

Ancora si veda la stessa etimologia del termine "*concorrenza*", derivante dal latino "*cumcurrere*", cioè, "*correre insieme con altri*", o "*competere con altri*".

riconoscimento a più imprenditori (potenzialmente una pluralità illimitata) operanti nel medesimo settore, che nasce un'esigenza di tutela delle rispettive posizioni giuridiche ed economiche, alla quale la disciplina della concorrenza è preposta.

Quindi, a sua volta il principio della libertà di concorrenza “*protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e al tempo stesso si propone di giovare alla prosperità collettiva*”⁴⁸, contribuendo alla stabilità del sistema economico nazionale⁴⁹.

Con la legge del 10 ottobre del 1990 n.287 il legislatore italiano ha voluto recepire il principio cardine, di matrice comunitaria, in base al quale la libertà di iniziativa economica e la competizione tra imprese non possono tradursi in atti e comportamenti che pregiudicano in modo rilevante e durevole la struttura concorrenziale del mercato.

In assenza di una legislazione italiana in materia, colmatasi solo con l'entrata in vigore della l.287/1990, l'unico binario di tutela percorribile agli operatori economici che si vedevano lesi da comportamenti anticoncorrenziali, risultava quello della diretta applicabilità riservato agli articoli dei Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea (Cee)⁵⁰.

La legislazione antimonopolistica italiana generale è stata quindi introdotta in un'ottica volta a preservare il regime concorrenziale del mercato nazionale ed a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali che incidono esclusivamente sul mercato italiano. Si è voluto altresì istituire un'autorità amministrativa indipendente⁵¹, il modello più *puro*⁵² di autorità indipendente, proprio per la natura e le funzioni a cui essa è preposta.

⁴⁸ Cfr. GALGANO F., *Diritto Privato*, cit., pag.505 e segg. Si veda anche il prossimo paragrafo e l'adozione della legge italiana *antitrust* proprio in attuazione dell'articolo 41 Costituzione, il quale tutela la libertà di iniziativa economica privata.

⁴⁹ Parimenti rilevanti in tema di concorrenza e posizione antimonopolistiche sono le prescrizioni ai sensi dell'articolo 41 comma 3 Costituzione, che consentono limitazioni legali della concorrenza per fini di utilità sociale. Ugualmente, costituzionalmente sancita, è la possibilità di creazione di monopoli legali in specifici settori di interesse generale dell'economia, ai sensi dell'articolo 43.

⁵⁰ Per quanto riguarda la diretta applicabilità di alcune disposizioni dei trattati istitutivi la Corte ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sull'argomento, individuando di volta in volta disposizioni ad efficacia diretta. In questo caso, più precisamente, la Corte UE ha rilevato che alcuni diritti fondamentali sono “incapsulati” direttamente nelle previsioni dei trattati. La Corte ha infatti stabilito nella nota sentenza, *Van Gend & Loos*, causa (C 26/72), (in materia di dazi doganali e tasse di effetto equivalente), che la norma in esame ha *valore precettivo* attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare, anche in assenza di disposizioni di attuazione. Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 1963, causa (C 26/62).

⁵¹ Vedi il Titolo II, legge 287/1990, all'articolo 10, recante: “Istituzione e compiti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato”

⁵² Per una trattazione del più ampio *genus* delle autorità amministrative indipendenti si veda: FATTORI P. E TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., pag. 347ss. ed anche CLARICH M., in *Manuale di diritto*, pag. 339 e segg.

Oggi si affianca quindi alla normativa europea, così come prevista agli articoli 101 e 102 TFUE, la normativa *antitrust* nazionale,⁵³ con la quale si possono individuare talvolta distinti, talvolta sovrapposti ambiti di applicazione⁵⁴. Il diritto della concorrenza italiano inoltre è stato indirettamente modificato e integrato soprattutto a seguito della c.d. *modernizzazione* del diritto *antitrust*, realizzatasi con il Regolamento n.1/2003, che ha sostituito il Regolamento n.17/1962 entrando in vigore il 1° maggio 2004⁵⁵.

2. La legge n.287 del 1990

La legge 287 del 1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, ha introdotto una disciplina antimonopolistica nazionale a carattere generale, che oggi si affianca ed integra quella europea.

La legge in esame è andata a colmare una vistosa lacuna nel nostro sistema nazionale, che forse proprio a causa della sua ritardata entrata in vigore⁵⁶, ha comportato una puntuale e formale trasposizione nel nostro ordinamento del contenuto delle norme comunitarie: si potrebbe infatti parlare di una vera e propria traduzione delle fattispecie europee previste agli articoli 101 e 102 TFUE nella legge italiana *antitrust*, le quali rimangono immutate. Una scelta ponderata del legislatore italiano, da accogliersi senz'altro con positività, per una serie di considerazioni.

In primo luogo, infatti, i precetti in materia di intese e abusi degli articoli 101 e 102 TFUE⁵⁷, sono sostanzialmente identici ai comportamenti pregiudizievoli del mercato concorrenziale che il legislatore italiano ha inteso sanzionare nelle prescrizioni della L.287/1990. Parimenti, si è voluto regolare, per la prima volta, i rapporti di cooperazione

⁵³Già in questo senso GHEZZI E MAGGIOLINO in, GHEZZI OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., pag.37.

⁵⁴ Si parla in questo senso di conflitti c. d. diagonali. Cfr., G. TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, 2014, pag. 161 e segg.

⁵⁵ Il Reg. 1/2003 ha inoltre sensibilmente modificato i rapporti tra Commissione Europea e autorità e tribunali nazionali dei Paesi membri competenti, introducendo nuovi strumenti di tutela o rafforzando strumenti talora già presenti nei differenti ordinamenti nazionali. Ne sono un esempio gli strumenti relativi all'istituto degli *impegni* e *delle misure cautelari*. Il recepimento a livello nazionale si è avuto con la legge n.248/2006 che ha introdotto gli artt. 14-bis e 14-ter alla l.287/1990.

⁵⁶ CAMPOBASSO M., *Dir. Comm.*, cit., pag. 220.

⁵⁷ Si veda in proposito la sostanziale coincidenza di terminologia e di formale impostazione strutturale della l.287/1990, in particolare degli articoli 2 e 3 con i corrispondenti articoli in tema di intese ed abuso di posizione dominante contenute nel Trattato di Roma.

ed i diversi ambiti di applicazione della normativa tra la Commissione Europea e l'Autorità Nazionale, che la stessa legge si occupa di istituire⁵⁸.

Il legislatore italiano se ne occupa con le previsioni del Titolo I, art. 1 della legge n.287, che definisce appunto gli ambiti di applicazione ed i rapporti con l'ordinamento comunitario⁵⁹.

Soprattutto l'aspetto della *cooperazione* tra Autorità competenti ha avuto negli anni numerose evoluzioni ed una molteplicità di interventi modificativi ad opera del legislatore europeo proprio per migliorare lo scarso coordinamento ed evitare il duplicarsi di fattispecie punitive.

Per quanto concerne invece la sostanziale univocità testuale e strutturale della l.287/1990 con le previsioni degli articoli 101 e 102 TFUE, la dottrina ha individuato una tecnica normativa di *imprinting comunitario*⁶⁰ delle norme di diritto nazionale.

Tuttavia, questo non ha tardato a sollevare i primi problemi di natura operativa tra autorità preposte all'applicazione delle norme previste a livello nazionale e comunitario. Infatti, nonostante i primi tentativi di coordinazione, posti proprio dalla stessa legge italiana, nacque fin da subito un'esigenza di coordinamento tra le due normative, soprattutto in una prospettiva d'applicazione omogenea del diritto *antitrust* su tutto il territorio europeo.

Un'applicazione omogenea che sicuramente aveva come suo punto di partenza l'armonizzazione delle disposizioni, per poi successivamente coordinare le divisioni di competenza sanzionatoria in capo alle autorità nazionali ed europee preposte all'accertamento delle violazioni.

Come già sottolineato, la normativa *antitrust* italiana pone quale fondamento costituzionale l'attuazione dell'articolo 41 della Costituzione che tutela la libertà di iniziativa economica privata. Il legislatore italiano, al I comma dell'articolo 1, ha infatti voluto immediatamente precisare l'importanza delle disposizioni contenute nella l.287/1990 quali principi cardine, atti a garantire il corretto svolgimento dell'attività di

⁵⁸ Il titolo II della l.287/1990 prevede all'articolo 10 e ss. l'istituzione e l'assegnazione di compiti e competenze all'autorità garante della concorrenza e del mercato (v. infra).

⁵⁹ Questa scelta operata dal legislatore si è successivamente rilevata altamente lungimirante, ed innovativa nelle prospettive della futura instaurazione dell'ECN (*European Connection Network*).

⁶⁰ Cfr. OLIVIERI, GHEZZI F., OLIVIERI G., *Dir. antitrust*, cit., pag.24.

impresa e di iniziativa economica nel nostro paese, tutelate proprio dall'articolo 41 della Costituzione⁶¹.

In particolare, la legge si rivolge a tre fenomeni, gli stessi già rilevanti a livello comunitario⁶²: le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni.

L'articolo 2 della legge in esame definisce le intese come comportamenti concordati tra imprese volti a limitare la propria libertà di azione sul mercato.

Sono considerati intese ai sensi della normativa in esame:

- a) gli accordi tra imprese
- b) le deliberazioni di consorzi o di associazioni di imprese ed altri organismi simili
- c) le pratiche concordate.

Non tutte le intese anticoncorrenziali sono vietate, ma soltanto quelle che, ai sensi del comma 2, abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza, all'interno del mercato o in una sua parte rilevante. Parimenti, le intese vietate sono nulle ad ogni effetto e chiunque può agire in giudizio per farne accertare la nullità, anche prima che gli effetti restrittivi della concorrenza si siano prodotti (III comma).

Il secondo fenomeno preso in considerazione dall'ordinamento nazionale all'articolo 3 è l'abuso di posizione dominante: anche per la disciplina italiana, ad essere vietato è soltanto lo sfruttamento abusivo della posizione dominante, individuale o collettiva, ma non il ricoprire, in sé, una posizione dominante. Bisogna, anche in questo caso, individuare il mercato rilevante, con particolare riguardo a quello nazionale.

I comportamenti tipici che possono dar luogo ad abuso di posizione dominante sono gli stessi che possono dar luogo ad intese vietate (i medesimi di rilevanza comunitaria).

Come è ben noto si tratta delle seguenti ipotesi:

- a) imporre prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato;

⁶¹ Vedi infra le modifiche apportate soprattutto all'articolo 1, relativo agli ambiti di applicazione, ad opera della più volte richiamata *modernizzazione* del diritto *antitrust* e di successive numerose comunicazioni concernenti l'applicazione decentrata delle regole di concorrenza da parte delle autorità nazionali.

⁶² Si ricordi che il 14 ottobre del 1990, data in cui la legge italiana sulla concorrenza è entrata ufficialmente in vigore, l'articolo 1 al I comma prevede che: "le disposizioni della seguente legge, [...] si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante, [...] che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 66 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità Europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea" in quanto ancora in vigore quest'ultimi.

- c) applicare nei rapporti commerciali condizioni diverse per prestazioni equivalenti;
- d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari.⁶³

Inoltre, la L.287/1990 ha previsto, al Titolo II (art.10), l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁶⁴.

L'AGCM è preposta a sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali, a reprimere sfruttamenti di posizioni monopolistiche e a sorvegliare operazioni di concentrazione.

Il legislatore italiano, per seguire l'impostazione organizzativa avuta da molteplici Stati membri, ha affidato il controllo circa la tutela delle politiche di concorrenza ad un'autorità pubblica indipendente: un organo collegiale, composto da un presidente e da quattro membri, nominati d'intesa dai Presidenti della Camera e del Senato, i quali restano in carica sette anni e non possono essere rieletti.

L'organo ha sede a Roma e gode di autonomia sia organizzativa che decisionale e dispone di proprio personale⁶⁵.

Da un punto di vista funzionale, all'autorità sono assegnati compiti di promozione della concorrenza; essa ha infatti poteri di iniziativa e preventivi, attraverso l'adozione di pareri, segnalazione e impugnazioni nei confronti dei provvedimenti statali o di altre autorità *"che a monte impediscono il dispiegarsi il normale dispiegarsi del gioco della concorrenza sul mercato."*⁶⁶

L'AGCM è dotata di ampi poteri di indagine ed ispettivi, può adottare i provvedimenti antimonopolistici necessari ed irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge in esame. L'autorità deve altresì presentare, annualmente, una relazione al parlamento sull'attività svolta.

⁶³ La normativa nazionale della legge n. 287 del 1990 dispone all'articolo 5 che la concentrazione si realizza quando due o più imprese si fondono dando così luogo ad un'unica impresa; due o più imprese pur restando distinte, diventano un'unica entità economica (c.d. controllo d'insieme); due o più imprese indipendenti costituiscono un'impresa societaria comune. Il terzo fenomeno posto sotto controllo dalla legge in esame è quello delle concentrazioni tra imprese.

⁶⁴ Si tratta dei poteri delle cc. dd. *Autorithies* e della particolare natura di quella in materia di concorrenza; infatti all'interno della più ampia categoria delle autorità indipendenti, intesi come enti pubblici, vi rientra anche il peculiare ruolo *"paragiurisdizionale"*, proprio per le ampie funzioni attribuitegli dalla legge 287/1990 all'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)(v. *infra*).

⁶⁵ Per un panorama completo dell'organizzazione dell'organo si veda il *regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, pubblicato in *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, il 26 febbraio 2000.

⁶⁶ Cfr. GHEZZI E MAGGIOLINO in, GHEZZI OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., pag.36.

L'organo ha anche una competenza istruttoria, di cui tratta l'art 14 della L.287/1990. Soprattutto in sede di accertamento delle fattispecie abusive di cui agli articoli 2 e 3 della legge, con i quali può richiedere e acquisire direttamente dall'impresa coinvolta, le informazioni che si rendono necessarie ai fini dell'accertamento⁶⁷.

3. I rapporti con la disciplina codicistica della concorrenza sleale

Delineato nei suoi profili essenziali il principio guida della libertà di concorrenza⁶⁸, occorre ora soffermarci sulle diverse disposizioni inserite a vari livelli del nostro ordinamento, al fine di poter effettuare un'analisi, quanto più completa, dell'ampio panorama offerto del nostro sistema nazionale in materia di *antitrust*.

Il punto comune dai cui muovono tutte le diverse disposizioni concernenti la concorrenza è sicuramente legato al principio di libertà di concorrenza, da un punto di vista "privato", infatti, il libero svolgimento dell'attività economica ha tra le sue più rilevanti implicazioni, la presenza di una molteplicità di imprese, che in ogni dato settore del mercato, sono in libera concorrenza tra loro⁶⁹.

Ciascun operatore economico sarà quindi libero di porre in essere tutti gli atti necessari ai fini del perseguimento dell'attività di impresa, entro limiti legali e contrattuali, regolati *ex lege*, nel rispetto dell'altrui medesima libertà di concorrenza e di iniziativa economica.

Questo è uno dei principi guida delle libere economie di mercato che oggi è ben saldo negli ordinamenti degli Stati moderni⁷⁰; precisamente tale idea si giustifica secondo

⁶⁷ Poteri specifici sono poi previsti all'articolo 16 in materia di divieto di operazioni di concentrazione: se l'Autorità ritiene di dover indagare sulla liceità della concentrazione intraprende un'apposita istruttoria che deve essere conclusa in un termine perentorio di quarantacinque giorni. Nel frattempo, può ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione. Una volta terminata la fase istruttoria, l'Autorità può vietare la concentrazione se ritiene che quest'ultima provoca la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante con effetti distorsivi per la concorrenza stabili e durevoli. In alternativa, può anche autorizzare l'impresa disponendo le misure necessarie per impedire tali conseguenze.

⁶⁸ La libertà di concorrenza è il principio che domina la materia soprattutto nei rapporti tra privati, nell'attuazione del principio di cui all'articolo 41.I co. Costituzione, relativo alla libertà di iniziativa economica privata. Vedi supra paragrafo 2 (c.d. concorrenza sostenibile o *workable competition*).

⁶⁹ Più precisamente e puntualmente, GALGANO F., *Dir. Priv.*, Cedam, 1997., parlava "di un mutato carattere della libertà economica di iniziativa privata proprio per il fatto di essere inserita in un sistema di pubblico governo dell'economia, essa si presenta quale libertà di svolgimento dell'impresa entro un sistema di regole prestabilito dal potere pubblico." pag.502.

⁷⁰ Il modello economico ideale alla quale si aspira in tema di concorrenza è una struttura di mercato in concorrenza "perfetta", la quale il quale permette alle forze di mercato – della domanda e dell'offerta – il loro "normale" dispiegarsi, garantendo un'efficace ed equo benessere tra consumatori e produttori.

un'evoluzione moderna dello Stato liberista e, più esattamente, sotto il profilo dell'intervento pubblico nell'economia da parte del governo⁷¹.

Lo scenario legislativo attualmente presente in tema di disciplina *antitrust*, consente di affrontare la materia da un duplice punto di vista: il primo è rappresentato da una più ampia e generale disciplina, che riguarda la concorrenza in generale, di natura pubblicistica, la quale ricomprende soprattutto le norme dei Trattati UE e gli atti legislativi direttamente applicabili nel nostro ordinamento; il secondo è ancorata ad una concezione dell'economia dominata dal principio della cooperazione, in particolare un'ideologia di tipo corporativo: "*l'homo oeconomicus*" poteva perseguire finalità individuali, ma comunque contribuendo a realizzare gli interessi dello Stato.⁷² Questa è la concezione che, in un certo senso, è ravvisabile nella disciplina contenuta nel titolo X del codice civile, relativo alla concorrenza sleale (artt. 2595 e ss.).

Inoltre, si può individuare nelle due normative una diversa angolazione ed impostazione economica: la disciplina *antitrust* di carattere generale muove da un punto di vista *macroeconomico*, mirando ad evitare quei fenomeni negativi di dimensioni così rilevanti, i quali comporterebbero un'alterazione del gioco della concorrenza così penetrante da incidere negativamente sui consumatori finali, determinando altresì possibili fallimenti di mercato.

Siamo quindi in presenza di una normativa di carattere pubblicistico, che tende a regolare la struttura concorrenziale del mercato e il comportamento delle imprese su quest'ultimo⁷³.

⁷¹ Cfr., in particolare sulle riflessioni che seguiranno, GUIZZI G., *Contratto e intesa nella disciplina della concorrenza*, in "*I contratti della concorrenza*", a cura di CATRICALÀ A. E GABRIELLI E., 2011, pag. 29, il quale sottolinea la rilevanza del II co. dell'articolo 41 Costituzione; infatti secondo la logica che prevale, propria del sistema degli Stati moderni, gli interessi individuali e privati cedono di fronte alla necessità di accordare protezione ad un interesse generale. Proprio l'articolo 41 II co. Costituzione individua l'utilità sociale come primo limite all'iniziativa privata economica.

⁷² Cfr., ALPA G. E CONTE G., *La responsabilità d'impresa*, (Istituti di diritto civile), 2015, pag. 48.

⁷³ In argomento si vedano anche le interessanti considerazioni svolte da: G. GUIZZI, cit., pag. 26. L'autore analizza i rapporti tra legge *antitrust* (l.287/1990) e la normativa codicistica di concorrenza sleale, le quali si connotano per un approccio rovesciato: l'una assicura protezione alla struttura concorrenziale del mercato e per tali ragioni tutela la concorrenza come bene pubblico; invece la disciplina ex artt.2595 e segg. del c.c. è considerata, anche da questo autore, quale una delle forme di espressione dell'autonomia privata, che tende ad incidere sulla concorrenza tra imprese.

Le disposizioni del codice civile in materia di concorrenza sleale sembrano invece muovere da una concezione *microeconomica*, in quanto prendono in considerazione la competizione tra singoli operatori economici privati e quindi tra imprese⁷⁴.

La disciplina codicistica infatti non è concepita come garanzia per i consumatori, ma è concepita come uno strumento che realizza un interesse individuale del soggetto titolare della libertà di iniziativa economica, nello svolgimento dell'attività d'impresa⁷⁵.

Le disposizioni del Titolo X del codice civile, si inseriscono immediatamente dopo il Titolo dedicato al diritto di autore e alle opere dell'ingegno, considerati nell'ambito dell'azienda quali segni distintivi di quest'ultima. Il nostro sistema codicistico (artt. 2598 e ss.) tratta alla Sezione II "della concorrenza sleale": i principi della disciplina della concorrenza sleale, detta anche "speciale" in ragione dell'applicazione esclusiva a determinate categorie di attori economici, si sostanziano principalmente nel fatto che, nello svolgimento della competizione tra imprenditori concorrenti è vietato utilizzare mezzi e tecniche non conformi a principi legali, contrattuali e di correttezza professionale sanciti in primo luogo nel codice civile.

La norma di apertura del Titolo X, l'articolo 2595 c.c., riconosce in una certa misura questa diversificazione di fonti, prevedendo, tra le disposizioni generali in tema di concorrenza, che quest'ultima si svolga "*in modo tale da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e dai limiti stabiliti dalla legge*"⁷⁶.

Si apre quindi un panorama atto a ricomprendere sicuramente l'articolo 41 della Costituzione e i limiti da esso derivanti, ma anche i divieti espressamente imposti da leggi, quali la n.287 del 1990 ed altre previsioni inserite nelle varie legislazioni speciali⁷⁷.

Vi sono infatti numerose norme che pongono a carico di determinate persone, legate da particolari rapporti contrattuali, l'obbligo di astenersi dal porre in essere atti di concorrenza ai danni della controparte⁷⁸. Questi sono detti *divieti legali di concorrenza* e

⁷⁴ È necessario rammentare, com'anche precisato la dottrina che "non si tratta di due ambiti contrapposti ma bensì giustapposti.", così precisamente GALGANO F., *Diritto privato*, cit., pag.507 segg.

⁷⁵ Per ulteriori riflessioni sulle origini e l'evoluzione della disciplina si rimanda a, NIVARRA L., *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit.; ALPA G. E CONTE G., *La responsabilità d'impresa*, cit., pag. 57 e segg.

⁷⁶ Si veda l'articolo 2595 e ss. del codice civile.

⁷⁷ Vi sono infatti numerosi atti settoriali, soprattutto nella forma di Regolamenti europei, quindi di diretta applicabilità e ad efficacia diretta, in tema di: agricoltura, trasporti, assicurazioni e automobili. (Reg. Ce. 1184/2006, Reg. Ce n.1534/91/CEE, Reg. Ce n.358/2003); (v.infra il paragrafo dedicata alla concorrenza sleale e agli sviluppi di quest'ultima nell'ambito della tutela del consumatore).

⁷⁸ Si segnala a tal riguardo l'articolo 2125 del codice civile, il quale prevede espressamente la possibilità per il datore di lavoro di stipulare un accordo con il proprio prestatore, con ad oggetto un patto di non

assicurano il corretto svolgimento e/o la corretta esecuzione di un determinato contratto. Tali divieti hanno carattere dispositivo, perché previsti nell'interesse della controparte.⁷⁹

Il principio di libertà di concorrenza è, per il nostro codice, una libertà alla quale i privati possono in larga misura rinunciare;⁸⁰ la normativa sulla concorrenza sleale infatti, consente limitazioni convenzionali di quest'ultima.

Ai sensi dell'art. 2596 c.c. è possibile inserire nei contratti clausole restrittive della concorrenza ed è lo stesso codice a dettare una disciplina fondata su alcune regole essenziali. Lo stesso art.2596 c.c. subordina l'opponibilità della clausola a determinati requisiti di validità: ai sensi del I comma, il patto di non concorrenza deve essere provato per iscritto⁸¹, circoscritto ad un determinato ambito territoriale o/e ad un determinato tipo di attività.

Con riguardo invece al limite temporale previsto dall'accordo di non concorrenza, il II comma, prevede un regime legale di durata massima di cinque anni. Quest'ultimo opera anche in deroga alla stessa volontà dispositiva delle parti, le quali eventualmente abbiano pattuito una durata superiore per l'accordo.

La finalità di tale disciplina è quella di tutelare il soggetto, o i soggetti, che assumono convenzionalmente l'obbligo di non concorrenza, evitando l'eccessiva compressione della loro libertà individuale nel tempo. Infatti, il patto di non concorrenza contiene un'obbligazione di *non-facere*, in concreto quindi dall'astenersi da quell'attività con la quale si risulterebbe in concorrenza in quel dato settore considerato.

Mentre la prima Sezione del titolo dedicato alla concorrenza si cura di segnalare i limiti generali a quest'ultima, nonché i principi guida ai quali gli imprenditori devono porre attenzione nell'esercizio dell'attività d'impresa, la seconda Sezione del codice prende in esame direttamente le singole fattispecie di attività illecita che consistono atti di concorrenza sleale (art. 2598).

concorrenza, che diventa efficace al momento della cessazione del rapporto di lavoro subordinato. In questo caso è l'articolo stesso ad indicare requisiti di validità più stringenti, di quelli generali posti dall'art 2596, quali ad esempio la forma scritta *ad substantiam* (v. *infra*).

⁷⁹ Tra i divieti legali di concorrenza rientrano: l'obbligo di fedeltà a carico dei prestatori di lavoro previsto dall'articolo 2105 c.c.; il divieto di esercitare direttamente o indirettamente attività concorrente con quella della società, posto a carico dei soci a responsabilità illimitata delle società di persone e degli amministratori di società di capitali e cooperative; oppure, il diritto di esclusiva reciproca nel contratto di agenzia.

⁸⁰ Cfr., GALGANO F., *Dir. Privato*, cit., pag.506 e segg.

⁸¹ In questo caso la legge richiede espressamente la forma scritta *ad probationem*. Si veda l'art. 2596 II co.

Infatti, ai sensi di tale articolo, con la nozione “*concorrenza sleale*”, si intende riferirsi a tutti gli atti posti in essere da un imprenditore, i quali risultino *sleali*, nella misura in cui non corrispondano a principi di lealtà, correttezza e buona fede, e che abbiano come scopo quello di avvantaggiarsi nella diffusione o produzione di prodotti e servizi.

A tale proposito sono infatti espressamente vietati dall’articolo 2598⁸²:

- a) L’uso di nomi o di segni distintivi che sia idoneo a generare confusione con altri legittimamente usati, nonché qualsiasi altro atto idoneo a creare confusione (ad es. l’imitazione servile)
- b) La diffusione di notizie atte a provocare il discredito di un’impresa.

Una riflessione particolare merita la previsione contenuta al n.3) dell’articolo 2598: la norma chiude con una clausola generale, che impedisce all’imprenditore di usare “*direttamente o indirettamente qualsiasi altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale e idonea a danneggiare l’altrui azienda*”.

Sicuramente con tale disposizione si intende sottolineare che gli atti, in grado di rappresentare concorrenza sleale tra imprenditori, non sono tassativamente elencati nell’articolo in esame. Il disposto finale dell’articolo 2598 n.3) consente di effettuare un’analisi dei comportamenti e degli atti posti in essere da un’impresa, e valutare, se questi violino i principi di buona fede e correttezza, imposti da leggi generali e settoriali in determinate materie⁸³.

La disciplina della concorrenza sleale regola i rapporti tra più imprenditori concorrenti sullo stesso mercato ed esige quindi due presupposti: innanzitutto, la qualità di imprenditore del soggetto che pone in essere atti di concorrenza sleale; in secondo luogo, un rapporto di concorrenza economica tra imprenditori. Questo secondo aspetto si ricava implicitamente dalla ratio dell’articolo, in quanto si considerano concorrenti tutte

⁸² In tema di correttezza professionale, l’art. 2598, non individua gli atti non conformi al principio, ma lascia al giudice la piena libertà di interpretazione sul definire se un atto risulta contrario a tale correttezza, quindi sleale. Il comportamento imprenditoriale viene valutato a seguito dell’identificazione dei criteri di correttezza professionale che rappresenta il metro di giudizio per stabilire la scorrettezza di un concorrente.

⁸³ A chiarire la portata degli articoli del codice dedicati alla concorrenza una sentenza della Cassazione, secondo la quale espressamente ha statuito che: “*Affinché possa configurarsi una situazione di concorrenza e, conseguentemente, possa ritenersi estensibile la disciplina di cui agli artt. 2598 e ss., non occorre che le parti operino ad un medesimo livello economico ed esercitino attività tra loro antagoniste e contrastanti ma è necessario che il risultato dell’attività realizzata da uno dei contraenti incida ‘sulla medesima categoria di consumatori’*”. Cass. 14 dicembre 1973, n. 3400; (v. *infra* il paragrafo dedicato al dibattito intorno all’art 2598 c.c., I co n 3)).

quelle imprese i cui prodotti e servizi si rivolgano alla medesima categoria di consumatori⁸⁴.

Gli atti di concorrenza sleale sono sanzionati, ai sensi dell'art. 2600 c.c. anche se vengono compiuti senza dolo o colpa ed anche se hanno arrecato solo un danno potenziale. Ciò vuol dire che, come unico presupposto ai fini della sussistenza del risarcimento del danno, tali atti siano idonei a danneggiare l'altrui azienda; anche in questo caso quindi l'ente accertatore dovrà effettuare una verifica *ex ante* ed *ex post* degli effetti della condotta sleale posta in essere da un'impresa concorrente.

Gli articoli 2599 e 2600 c.c. tuttavia, attribuiscono da un lato, al giudice ordinario, chiamato alla valutazione degli atti di concorrenza sleale e una volta accertato l'illecito, il potere di sanzionare l'impresa che li abbia posti in essere, e dall'altro agli altri imprenditori la facoltà di richiedere il risarcimento del danno. Quest'ultimo è ravvisabile quando, secondo una pronuncia della Corte di Cassazione⁸⁵, si è in presenza di condotte che possano essere anche solo potenzialmente produttive di conseguenze dannose, secondo un criterio anche di semplice probabilità.

Le previsioni del Titolo VI attribuiscono, a chi subisce tali comportamenti, il diritto, sia ad una tutela di tipo inibitorio, quindi l'immediata cessazione degli atti di concorrenza sleale, sia una tutela di tipo ripristinatorio, consistente nella rimozione degli effetti prodottesi *medio tempore*.

Legittimati a reagire contro gli atti di concorrenza sleale sono solo gli imprenditori concorrenti o le loro associazioni di categoria, ma non il singolo consumatore o le relative associazioni.

L'azione per ottenere la repressione della concorrenza sleale può essere promossa dall'imprenditore che subisce tali atti e la legittimazione attiva spetta anche alle associazioni professionali degli imprenditori ed enti rappresentativi di categoria quando l'atto di concorrenza sleale pregiudichi un'intera categoria⁸⁶. Tra i soggetti legittimati,

⁸⁴ Tuttavia, occorre sottolineare come non siano solo i consumatori (quali utilizzatori finali di un servizio) ad essere considerati dall'articolo, ma bensì qualsiasi anello della catena di produzione di un bene o servizio; tuttavia qualunque sia quell'anello di distribuzione che porta il prodotto alla stessa categoria di consumatori, lo sguardo a quest'ultimi rimane di fondamentale rilevanza. Infatti, è solo grazie al comportamento di quest'ultimi che si riesce a determinare il concreto successo della condotta sleale e i vantaggi da questa scaturenti.

⁸⁵ In questo senso già datata giurisprudenza della Corte di Cassazione, (v. sentenza n. 5772 del 1984).

⁸⁶ Sul tema: AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* (a cura di) G. DE CRISTOFARO, 2007.

però, non compaiono i singoli consumatori e le associazioni a tutela dei loro interessi. Contrariamente, nel contesto europeo è stata adottata la Risoluzione del parlamento europeo del 2 febbraio 2012⁸⁷, la quale garantisce e regola la legittimazione ad agire e lo *iusstandii in iudicio* ad ogni gruppo ben individuato di soggetti per promuovere l'azione di risarcimento di classe.

⁸⁷In proposito si segnala la Ris.11/89 della Commissione Ue: *'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress'* (2011/2089).

CAPITOLO III

AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST E RAPPORTI CON LA NORMATIVA UE

1. L'applicazione del diritto. Linee generali

La normativa *antitrust* che è stata analizzata nelle pagine precedenti e che rimanda al divieto di concentrazioni, intese, ed abuso di posizione dominante ha diversi ambiti applicativi. Per quanto attiene al divieto di operazioni di concentrazione, sono previste sfere applicative regolate in modo differente a seconda della dimensione dell'operazione straordinaria posta in essere. In particolare, quando le concentrazioni coinvolgono imprese particolarmente capitalizzate, occorrerà riferirsi all'applicazione della normativa comunitaria. Nello specifico, le concentrazioni hanno dimensione di rilevanza comunitaria, rientrando nell'ambito di applicazione del Reg. del Consiglio CE 139/2004⁸⁸ quando risultano soddisfatti alcuni criteri inerenti al fatturato delle imprese interessate.

Il Regolamento citato si rivolge alle sole operazioni realizzate tra imprese che hanno un fatturato mondiale consolidato superiore a 5 miliardi di euro annui. Inoltre, per la sua applicazione, è richiesto che parte di tale fatturato sia stato realizzato da almeno due imprese operative nel territorio dell'Unione europea e sia superiore a 250 milioni di euro.

Infine, è prevista, altresì, la condizione che almeno una delle imprese interessate dall'operazione non realizzi oltre due terzi, del proprio fatturato comunitario, in uno stesso Stato membro.

Oltre a quelle citate, le disposizioni previste dal Reg.139/2004 disciplinano anche le operazioni con le seguenti caratteristiche:

- operazioni di concentrazioni che riguardano imprese che realizzano un fatturato complessivo mondiale superiore a 2,5 miliardi di euro

⁸⁸Il regolamento del Consiglio CE 139/2004 riguarda il controllo delle concentrazioni tra imprese. Esso ha riformato profondamente il quadro regolamentare di riferimento avendo provveduto a rafforzare il principio dello sportello unico e nel contempo avendo incoraggiato la partecipazione delle autorità nazionali garanti della concorrenza. Il regolamento ha, altresì, semplificato la procedura di notifica e di indagine.

- operazioni tra imprese il cui fatturato realizzato, singolarmente, da almeno due di esse, sia superiore a 25 milioni di euro⁸⁹

-operazioni tra imprese il cui il fatturato totale, realizzato in ogni Stato membro, sia superiore a 100 milioni di euro, (solo se i paesi in cui operano siano almeno tre)

- operazioni tra imprese il cui il fatturato, realizzato singolarmente, da almeno due delle imprese interessate nella Comunità superi i 100 milioni di euro (solo alla condizione che le singole imprese non realizzino più di due terzi del proprio fatturato nella Comunità, all'interno di un solo e medesimo Stato membro).

In Italia, nel caso in cui i requisiti citati non dovessero realizzarsi, le operazioni di concentrazione rientrano nell'ambito applicativo della legge 287/90.

Per quanto concerne, invece, le intese restrittive della concorrenza ed i comportamenti ritenuti rientranti nella casistica dell'abuso di posizione dominante, la delimitazione degli ambiti di applicazione delle norme comunitarie, rispetto a quelle nazionali, appare essere meno netta⁹⁰. In presenza di tali presupposti, il Regolamento CE 1/2003 prevede infatti, anche l'applicazione, in parallelo, delle norme nazionali, nel rispetto dei vincoli previsti dal principio del primato del diritto comunitario.

Infine, facendo riferimento alle intese, è prevista la regola di '*convergenza*' stabilita dall'articolo 3 del Regolamento in oggetto, regola che descriveremo nelle pagine che seguono.

2. La c.d. "modernizzazione", il Regolamento 1/2003UE

Le disposizioni normative, relative al tema della concorrenza, hanno subito, nel 2003, una modifica rilevante, consistita nell'introduzione di novità riguardanti la procedura per la verifica della violazione degli (ex) articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE)⁹¹.

⁸⁹ Tali importi si intendono conseguiti in ciascuno dei medesimi tre Stati membri.

⁹⁰Tuttavia, è possibile ritenere che, in linea generale, le norme comunitarie trovano applicazione nei casi in cui la fattispecie mostra la capacità di impattare in maniera sensibile sul commercio tra gli Stati membri, in: SCALISI, V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, pag. 489 segg.

⁹¹ Si ricorda che a decorrere dal dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli articoli 81 e 82 del Trattato CE diventarono gli articoli 101 e 102 del TFUE, ma il loro contenuto rimase invariato. (Si v. anche *supra*, cap. I dedicato all'evoluzione della disciplina *antitrust*).

Il 1° maggio 2004 è, infatti, entrato in vigore il Regolamento 1/2003, attraverso il quale sono state introdotte misure tese a rendere meglio delineata la procedura per la verifica dell'avvenuta violazione degli articoli citati⁹².

Il regolamento in esame non ha stravolto l'architettura della disciplina preesistente, essendo intervenuto, unicamente, sulla fase pre-contenziosa, che si svolge dinanzi alla Commissione ed alle Autorità nazionali di concorrenza, quindi soprattutto nella fase dell'applicazione c.d. pubblica della normativa *antitrust*⁹³.

Esso è stato frutto di un'esigenza ben specifica, insita nella necessità di analizzare e chiarire i rapporti intercorrenti tra le autorità amministrative e giurisdizionali, competenti in merito all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE⁹⁴. Il regolamento in oggetto ha confermato il ruolo centrale della Commissione, attribuendole, in maniera esclusiva, poteri di avocazione, di intervento e di indagine.

L'obiettivo ulteriore di creare una ramificazione collaborativa con altri organi è stato raggiunto attraverso la creazione di una rete di collegamento tra le autorità, tenute a coordinarsi mediante lo scambio di informazioni. All'uopo, il regolamento ha chiarito le competenze in materia di tali organi⁹⁵.

Il regolamento è il risultato di un lungo dibattito e le misure citate rispondono ad un progetto molto articolato. I lavori preparatori del regolamento si caratterizzarono per la ricerca delle modalità più consone al raggiungimento dell'obiettivo di decentrare le competenze necessarie alla corretta applicazione del diritto europeo della concorrenza⁹⁶. Il dibattito dottrinario che ne derivò⁹⁷ addivenne alla conclusione che occorresse rivedere l'operato della Commissione che, oltre ad essere inefficiente, realizzava un centralismo di funzioni il quale snaturava i principi europei di condivisione, proporzionalità e sussidiarietà.

⁹²Regolamento CE n. 1 del 2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 relativo all'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, pubblicato in G.U.C.E. n. 1 del 4 gennaio 2003.

⁹³ Per ulteriori e più approfondite considerazioni sul ruolo e le origini del *public enforcement*.

⁹⁴ Merita una particolare attenzione la più volte citata Comunicazione della commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, pubblicata in G.U.C.E. n. C 101 del 27 aprile 2004, pag. 43.

⁹⁵Tali aspetti sono approfonditi in: MAGGIOLINO M.T., *Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazione degli artt.81 e 82*, in *Conc. Merc.*, 2001, pag. 281 e segg.

⁹⁶ Il metodo fu rinvenuto nella scelta di accentuare l'effetto diretto degli articoli 81 e 82 del Trattato CE grazie all'azione/interazione delle decisioni dei giudici nazionali e della Commissione.

⁹⁷MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, in *Mercato Conc. e Regole*, n.1/2010, pag.145-147.

Alla stessa conclusione giunsero alcuni soggetti istituzionali, in particolare l'autorità di concorrenza tedesca⁹⁸.

Fu in tale contesto che si decise che la soluzione più appropriata fosse quella di istituire un'Autorità *antitrust* europea, distinta dalla Commissione ed avente una vocazione più tecnica e meno politicizzata⁹⁹. Anche se questo progetto, non venne realizzato, anche per l'opposizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana. Tali riflessioni fecero emergere l'esigenza di un collegamento tra la Commissione e le Autorità nazionali¹⁰⁰.

Si prevenne, così, ad una proposta di regolamento (Proposta della Commissione COM (2000) 582 def. in G.U.C.E., serie C/365 E del 19 dicembre 2000), che, però, venne osteggiata sia dalla dottrina che dagli stessi soggetti istituzionali, i quali vi intravidero misure che, oltre ad essere eccessivamente generiche, assegnavano alla Commissione poteri smisurati rispetto a quelli concessi ai giudici ed alle autorità nazionali

Fu così che il Parlamento europeo, ricorrendo ad una risoluzione, avanzò la richiesta di adottare criteri certi per il riparto delle competenze tra Commissione e livelli periferici del sistema¹⁰¹. La risoluzione conteneva, altresì, un invito ad adottare misure adeguate in tema di contraddittorio, diritto di difesa e segreto d'ufficio.

In questo clima, e con tali propositi, venne predisposto il Reg.1/2003, che ha sostituito il precedente sistema di notificazione preventiva delle intese, con quello attuale, dell'eccezione legale, che ha reso il procedimento più snello. Inoltre, rilevante novità per le Autorità nazionali di concorrenza, è stata prevista l'introduzione della possibilità di applicare direttamente gli (ex) articoli 81 e 82 del Trattato. Il fine di tali misure è stato quello di creare un sistema di controllo diffuso per le imprese che operano sul mercato europeo. Inoltre è stata espressamente prevista e stabilita la delega ad autorità e giudici nazionali dell'applicazione dell'ex art. 81, III co¹⁰².

⁹⁸ In argomento si veda: VOS E., *Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies?* In Common Market LAW REVIEW, 2000, pag.113 e segg.

⁹⁹ VELJANOVSKI, *EC Antitrust in the New Economy: in the European Commission's view of the new economy right*, in *Eur. Comp. law rev.*, 2001, pag. 115 e DIETER D., *Il dibattito su un'Autorità antitrust europea*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1997, pag.519.

¹⁰⁰ AMATO F., *Perchè un'autorità indipendente per la concorrenza in Europa*, in *Contr. e Impr. Europa* 1997, pag. 512 e AMATO F., *I nuovi orientamenti della Commissione in materia di ammende per violazioni del diritto della concorrenza*, in: *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, pag. 239 e segg.

¹⁰¹ Risol. A5-0229/2001, del 6/9/2001, (in G.U.C.E.), serie c/72 e del 21/3/ 2002, pag.305 e segg.

¹⁰² Sul tema si veda RINALDI R., *Il regolamento del Consiglio n. 1 del 2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in (*Dir. Comm. Internazionale*), 2003, pag. 147 e segg.

Gli aspetti legati all'istruttoria si sono arricchiti, consentendo l'uso, da parte di un'autorità nazionale di concorrenza, di elementi prodotti da altra autorità in procedimenti diversi.

Il procedimento istruttorio, in materia di concorrenza, tende a seguire il 'modello inquisitorio', caratteristica questa, peraltro, accentuata dalle misure introdotte con il regolamento in commento. Esso attribuisce, in maniera esplicita, poteri alla Commissione che evidenziano il ricorso a tale modello, come è ben evidente nelle misure relative alla ricerca delle prove.

La Commissione, infatti, può richiedere informazioni alle imprese, procedere all'audizione di persone fisiche ed accedere ai locali delle aziende, prelevando copia di documenti ivi conservati. Inoltre, le è consentito richiedere chiarimenti ai dipendenti e procedere ad accertamenti, anche presso il domicilio degli amministratori sociali ed altro personale dell'impresa. I poteri istruttori, concessi alla Commissione hanno un particolare rilievo giuridico nella misura in cui investono la tutela dei diritti fondamentali¹⁰³.

Per tali ragioni è previsto l'intervento preventivo, e successivo, dell'autorità giudiziaria teso a consentire, o meno, le ispezioni domiciliari. In tal caso il giudice verifica la legittimità della misura, valutandone la proporzionalità e l'assenza di arbitrarietà¹⁰⁴.

Successivamente, il giudice potrà controllare il rilievo istruttorio, verificandone l'aderenza ai principi garantistici comuni al diritto europeo, ed agli ordinamenti nazionali¹⁰⁵. Sempre in ambito istruttorio, al fine di consentirne l'utilizzo come mezzo di prova nei processi, il Regolamento prevede la possibilità, per la Commissione, di scambiare elementi raccolti, ed informazioni, con le autorità nazionali di concorrenza e con i giudici.

L'art.15 del Regolamento disciplina la collaborazione tra Commissione, autorità giurisdizionali nazionali e le autorità amministrative di concorrenza¹⁰⁶. Per evitare che

¹⁰³Si pensi ai diritti quali l'inviolabilità della persona e del suo domicilio, tutelati oltre che dalle Costituzioni degli stati membri dell'UE, anche dall'articolo 7 della Carta di Nizza. Ma anche alle garanzie dell'equo processo previsto dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) (v. *infra*).

¹⁰⁴ Si ricorda altresì che, nella Rete di cooperazione europea(ECN) in tema di concorrenza, ogni Stato membro si è dotato di diverse strutture organizzative interne all'autorità; in alcuni stati vi è un unico organismo competente per la conduzione di indagini e per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni.

¹⁰⁵Articolo 20 del Reg.1/ 2003.

¹⁰⁶ Nello specifico, si prevede che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare una rete di autorità pubbliche volte all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione.

nel procedimento circolino prove non formate secondo il rispetto delle garanzie processuali è stabilito che spetti al giudice richiedere gli elementi di prova in possesso della Commissione¹⁰⁷.

Inoltre, qualora l'autorità giudiziaria dovesse valutare i documenti, le informazioni o gli altri elementi di prova, in modo differente rispetto alla Commissione, in base al principio dell'autonomia dell'organo giurisdizionale, si dovrà procedere ad una valutazione degli stessi, *ex novo*.

Il regolamento ha prodotto i risultati sperati, alleggerendo il carico del lavoro della Commissione, sebbene siano state riscontrate alcune farraginosità in merito alla circolazione delle prove¹⁰⁸. In particolare, ne sono state riscontrate alcune dovute alle diversità procedurali esistenti in seno agli Stati membri che, in alcuni casi, hanno riguardato, anche, l'esercizio del diritto di difesa. I migliori risultati si sono avuti tra i Paesi dell'Unione Europea nei quali non sono previste sanzioni penali in caso di violazione di norme *antitrust*.

Nonostante tali limiti, il 'processo di modernizzazione' avviato con il Regolamento n.1 del 2003, ha, comunque, diffuso una procedura più collaborativa grazie ai nuovi strumenti e regole che incidono, come visto, sui rapporti che si instaurano tra la Commissione ed i giudici nazionali, nonché tra questi ultimi e le Autorità nazionali di concorrenza¹⁰⁹. Rispetto al passato si tratta di una novità assoluta se si considera che il precedente Regolamento n. 17 del 1962 ometteva di regolare tale aspetto.

Entrando nel merito, il regolamento n. 1/2003 disciplina le modalità in cui estrinsecare i rapporti tra la Commissione e giudici nazionali: la modalità, per così dire, principale ai fini dell'uniforme applicazione del diritto è regolato all'art. 16

In sintesi, è stato previsto che, nella materia in oggetto, il giudice nazionale non possa decidere diversamente rispetto a quanto stabilito dalla Commissione.

In tal senso la Commissione assume il compito di orientare il giudice nazionale nell'interpretazione e, quindi, nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Tra l'altro, le conclusioni dell'Autorità Europea di Concorrenza si impongono sulle decisioni del

¹⁰⁷Non è stato regolato l'esito degli elementi di prova in possesso della Commissione, introdotti come prove dalla parte che si difende e che li ha acquisiti in fase pre-contenziosa.

¹⁰⁸Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio. Relazione sul funzionamento del Regolamento 1/2003 (COM 2009/206 Def.) del 29 aprile 2009.

¹⁰⁹PACE L.F., *Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del Reg. 1/2003: teoria e prassi*, in BENACCHIO E CARPAGNANO, pag. 80.

giudice nazionale, sia se quest'ultimo emette una decisione successivamente alla pronuncia della Commissione sul caso, sia che lo faccia prima. Ciò in quanto il giudice è obbligato a pervenire alle medesime conclusioni cui sarebbe giunta la Commissione se avesse conosciuto direttamente la questione (in tal senso il giudice dovrà prendere in considerazione la prassi della Commissione su casi analoghi).

In Italia, il restringimento dei poteri del giudice nazionale, ha suscitato dubbi di costituzionalità con riferimento all'art. 101, co 2 della Costituzione, secondo cui “*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”. In tal senso, il giudice italiano è soggetto unicamente alla legge, e non anche ai provvedimenti delle autorità amministrative nazionali o comunitarie¹¹⁰.

Il parere della dottrina è tuttavia proteso verso una valutazione positiva, in quanto tende a sottolineare la funzione che il Trattato attribuisce alla Commissione e la competenza a definire i principi sanciti con gli articoli 81 e 82¹¹¹. Inoltre, il regolamento 1/2003, nel riconoscere efficacia alle decisioni della Commissione, è un atto direttamente vincolante che, pertanto, non pone questioni di incostituzionalità. Resta, inoltre, al giudice, la possibilità di sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹².

Soccorre ad attutire la questione, la considerazione che una misura alternativa, volta a garantire l'indipendenza del potere giudiziario dalla politica di concorrenza della Commissione, avrebbe ridotto la portata dell'intero impianto. Inoltre, un'interpretazione estensiva dell'art.6 della CEDU, ritiene che il giudice nazionale sia autonomo nell'interpretare le norme dell'ordinamento di cui fa parte e, tra esse, rientrano quelle che hanno attribuito alla Commissione il compito di orientare la politica di concorrenza.

La delicatezza della questione ha comunque successivamente portato ad introdurre strumenti processuali specifici, volti ad evitare conflitti tra le decisioni della Commissione e le pronunce dei giudici nazionali, tra cui la facoltà di sospendere il

¹¹⁰TOSATO G.L., *Il processo di modernizzazione*, in G.L. TOSATO L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pag.47

¹¹¹FATTORI A., *Art. 16 Regolamento 1 del 2003*, in MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 2007 e S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Il rapporto tra il giudizio civile ed il procedimento dinanzi alla commissione europea*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO E B. NASCIBENE, 2009, pag.7.

¹¹²ADINOLFI A., *Art. 16*, in *L'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*, a cura di ADINOLFI, DANIELE, NASCIBENE, 2007, pag.196 e segg.

processo¹¹³ o anche la stretta collaborazione tra giudici nazionali e la Commissione nei procedimenti finalizzati all'applicazione coerente degli artt. 101 e 102 del Trattato.

Infine, va ricordato che, proprio ai fini dell'applicazione coerente dell'*acquis* comunitario in materia *antitrust*, sia le autorità pubbliche, che i giudici nazionali, applicano, nell'accertamento delle condotte lesive poste in essere dalle imprese, sia le leggi statali, sia, parallelamente, gli articoli 101 e 102 del TFUE. Quest'ultima previsione rappresenta il formale ancoraggio normativo, il quale dovrebbe consentire il definitivo affermarsi sia dell'*effetto dissuasivo specifico*, (da realizzarsi tramite ammende), sia l'*effetto dissuasivo generale*, (da attivarsi attraverso le singole pretese risarcitorie derivanti da violazioni della disciplina *antitrust* comunitaria, e demandate anche a singoli)¹¹⁴.

3. Il doppio binario applicativo: pubblico e privato

La necessità di fornire la normativa *antitrust* di un elevato grado di efficacia materiale ha richiesto che si realizzasse un sistema di risarcimento del danno in grado di produrre la deterrenza ricercata. Il legislatore italiano ha deciso di produrre un sistema di *enforcement* pubblicistico del diritto della concorrenza, attribuendo poteri istruttori, e decisori, in capo ad un'autorità amministrativa; accanto ad essa vi è un *enforcement* di tipo privato, consistente nel ripristino delle situazioni soggettive di diritto lese ingiustamente a comportamenti anti-competitivi.

La natura dell'AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) è amministrativa, tuttavia alcuni aspetti ne configurano anche un profilo para-giurisdizionale.

Ne è conferma l'indipendenza dell'organo, ma anche il particolare procedimento ispirato ad un contraddittorio di contrapposizione, più che alla collaborazione.

¹¹³Così come sancito dall'art. 16, comma 1 Reg 1/2003.

¹¹⁴ Proprio la Commissione nella "*Comunicazione relativa alla quantificazione del danno*" (COM 2013/C 1167/07) lamenta la mancanza di mezzi di ricorso più facili ed efficienti tramite quali consumatori ed imprese possano ottenere il risarcimento, e che altrimenti tali mancanze produrrebbero intrinsecamente anche effetti negativi in termini di dissuasione da violazioni future e per una garanzia di maggiore osservanza delle norme in questione.

A ciò va aggiunta l'attribuzione all'Autorità di un potere di accertamento degli illeciti, e di qualificazione, in termini di liceità, o illiceità, delle diverse fattispecie. Il divieto esplicito di istituire giudici speciali, previsto dall'art. 102 Costituzione, e l'assenza del requisito della terzietà, rispetto agli interessi coinvolti nel procedimento, hanno sollevato questioni, in merito alla legittimità dell'*enforcement* pubblico in oggetto¹¹⁵.

La natura non giurisdizionale dell'Autorità vede l'organo sprovvisto di una posizione di indifferenza tra interessi privati delle imprese e interesse pubblico in tema di concorrenza¹¹⁶.

La legge 287/90 ha potuto, così, configurare un impianto che separa l'interesse pubblico e privato nell'applicazione del diritto *antitrust*.

Il c.d. *private enforcement* nell'ordinamento nazionale è insito nella logica reintegrativa e compensativa della lesione arrecata alle sfere giuridiche soggettive e relativa alle pretese di legittimità nell'attività posta in essere conformemente ai divieti sanciti dagli articoli 101 e 102 TFUE.

Si tratta in particolare di un *enforcement* che (fino all'avvento della Dir. 2014/104 che in parte ha armonizzato), si è differenziato da quello a livello comunitario, visto che la repressione dell'illecito *antitrust* non si configura allo stesso modo nei vari ordinamenti. La legittimazione ad agire, nell'ordinamento italiano, è modellata sulla posizione giuridica del soggetto maggiormente incentivato all'azione per la repressione dell'illecito concorrenziale, e non sulla lesione presunta di una sfera giuridica soggettiva. In Italia l'azione privata si declina sempre in funzione della reintegrazione di una posizione giuridica soggettiva, ciò a differenza di altri ordinamenti in cui rileva anche la funzione della tutela dell'interesse pubblico al mantenimento del mercato concorrenziale.

In merito all'*enforcement* pubblico, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che, in relazione agli interventi dell'Autorità, i privati godono, unicamente, di posizioni di difesa di un interesse legittimo. Ciò è spiegabile con la circostanza che considera le situazioni giuridiche soggettive dei singoli che hanno agito adoperando strumenti contrattuali (che hanno inciso sulla libertà di concorrenza) come posizioni giuridiche tutelate, unicamente, nella misura in cui siano congruenti con l'interesse che il provvedimento dell'Autorità soddisfa¹¹⁷.

¹¹⁵ Così, DI VIA L., *Gli impegni*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, pag. 345

¹¹⁶ Cfr., MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, cit. pag.149 segg.

¹¹⁷ Così una sentenza del TAR Lazio, resa già nel 5 maggio 1994.

La Corte di Cassazione si è orientata prevedendo che, in caso di assenza dei presupposti per l'esercizio del potere attribuito all'Autorità, per il privato si configura una posizione giuridica soggettiva di pieno diritto, rinvenibile nell'esercizio dell'attività economica individuale, soggetta al controllo giurisdizionale del giudice ordinario¹¹⁸.

Quanto delineato evidenzia l'esistenza di contraddizione nel sistema in cui un fenomeno, essenzialmente privatistico, quale quello concorrenziale, viene condizionato normativamente dalla presenza di poteri amministrativi.

Costituzionalmente, il rapporto tra pubblici poteri¹¹⁹ e iniziativa economica è disciplinato dall'art.41 Costituzione in cui si riconosce ai privati una sfera di libertà nell'iniziativa in campo economico¹²⁰.

A livello comunitario, invece, le norme emanate possono essere invocate dai singoli dinanzi alle autorità giurisdizionali preposte all'applicazione delle norme *antitrust* europee. Anche le norme europee omettono di definire un potenziale rapporto tra poteri pubblici e iniziativa economica privata, perché mirano a delineare direttamente le relazioni concorrenziali tutelando il loro libero svolgimento.

L'ordinamento nazionale ha provveduto solo con la l. 287/1990 a tutelare una particolare struttura del mercato, quella concorrenziale, che per espressa previsione di legge si pone in attuazione della previsione costituzionale di cui all'art. 41. Nell'individuare quale interesse tutelato, (il *principio di libera concorrenza*,) la normativa introduce una nozione di interesse pubblico completamente assorbita da quella dell'interesse riconducibile ai singoli.

In definitiva, in materia di iniziativa economica si è sostanzialmente riconosciuto il valore normativo di uno spazio di libertà, in campo economico, essendo rimesso proprio allo scontro concorrenziale la soddisfazione dell'interesse pubblico.

¹¹⁸Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n.4630 e anche Cass. SS.UU, 19 luglio 2006, n.16469, in *CED Cass.*, 2007. Tuttavia, si ricorda come già nel 2001 la Corte di Giustizia Ue emanava la sentenza *Courage Ltd. V. Crehan*, già cit. e di cui si dirà meglio più avanti; con tale sentenza veniva espressamente affermato il principio per cui le disposizioni degli artt. 101 e 102 TFUE conferiscono diritti che entrano direttamente a far parte del patrimonio giuridico dei soggetti.

¹¹⁹ Diversa impostazione è seguita da parte della dottrina, si v. IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, 1998, pag.87, secondo il quale, "*la Costituzione non si occupa di disciplinare il più ampio tema della tutela del processo concorrenziale e della garanzia dell'esercizio della libertà economica. In altre parole, al riconoscimento della libertà di iniziativa economica non è stato associato il riconoscimento della libertà di fare concorrenza.*"

¹²⁰ Per una trattazione dell'ancoraggio costituzionale della materia si veda indicativamente: F. GALGANO, *Dir. Priv.*, cit., pag.507 e segg.

In modo più o meno netto, in materia di tutela della concorrenza, rileva il fattore socioeconomico, insito nel mercato, che la legge intende tutelare nella sua modulazione concorrenziale. Alla luce di ciò, le disposizioni della l. 287/90 non possono che essere considerate preordinate a disciplinare rapporti intersoggettivi che, in assenza di poteri pubblici sovraordinati di conformazione, si reggono sul binomio delle posizioni giuridiche soggettive, di diritto e di obbligo¹²¹. Nelle disposizioni previste in materia di concentrazioni, un potere pubblicistico di controllo preventivo, si giustifica nell'esigenza di impedire la costituzione di nuclei soggettivi di potere economico privato che eludono il processo concorrenziale e le dinamiche selettive del mercato, ostacolandone il funzionamento successivo. E' in questa ottica che va individuata la presenza di un'Autorità amministrativa preposta a tutelare la libertà di concorrenza sul mercato, *“i cui poteri di aggiudicazione in termini di liceità-illiceità delle condotte delle imprese rivelano l'esercizio di una funzione, a fronte del quale discorrere di situazioni di interesse legittimo pare una forzatura”*¹²².

Direttamente connesso al tema della natura delle posizioni giuridiche soggettive, riconosciute dalla L. 287/1990, è quello della legittimazione ad agire nei ricorsi contro i provvedimenti dell'Autorità. Infatti, poiché le disposizioni afferenti alla normativa hanno ad oggetto la disciplina di un fenomeno intersoggettivo ne deriva che qualsiasi intervento del potere pubblico si rivela, potenzialmente, idoneo ad alterare i rapporti concorrenziali che caratterizzano un mercato.

L'evoluzione del pensiero giurisprudenziale tende verso una decisa estensione del diritto ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità da parte di soggetti diversi dai suoi destinatari.

In tal senso ci si è discostati dal precedente orientamento secondo cui qualsiasi impresa che non fosse destinataria dell'attività istituzionale dell'Autorità non aveva alcuna titolarità. Si riteneva che la sfera giuridica che non poteva essere incisa in via immediata dal provvedimento, non poteva costituire una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, potendolo solo quella dell'impresa destinataria dell'atto.

¹²¹ AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992; v. anche R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, 1994; G.OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. Dir.civ.*,1993.

¹²²In tal senso v. FATTORI, TODINO, *La disc della conc. In It, cit.*, pag.107.

In sede giurisdizionale amministrativa, dunque, è stata riconosciuta la titolarità di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo anche a soggetti non direttamente coinvolti in un'operazione di concentrazioni. Il presupposto è che l'adozione di un eventuale provvedimento di autorizzazione, o di diniego dell'operazione dell'Autorità, sia in grado di alterare le relazioni concorrenziali che influenzano le imprese non coinvolte nell'operazione di concentrazione, integrando, così, le condizioni per poter esercitare un'azione dinnanzi al giudice amministrativo.

Nello specifico, il problema della legittimazione dei terzi ad impugnare i provvedimenti emanati dall'Autorità è stato risolto dalla giurisprudenza amministrativa prendendo in riferimento il titolo, ovvero la situazione giuridica soggettiva, e l'interesse ad agire. Sul primo dei due requisiti è stato ritenuto che la titolarità di una situazione giuridica soggettiva, deve considerarsi integrata di *per se* nella posizione delle imprese concorrenti¹²³. L'interesse ad agire sarebbe, dunque, connesso direttamente alla lesione che deriva dall'esercizio del potere amministrativo. In definitiva, ciò che si desume dagli orientamenti giurisprudenziali è una lettura estensiva degli interessi coinvolti¹²⁴.

4. Cenni sul c.d. "public enforcement": i poteri dell'AGCM

La giustificazione dell'intervento pubblico con finalità di vigilanza regolativa dei mercati trova, nella Costituzione, e precisamente agli artt. 41-42-43, il suo riferimento.

Tale protezione non è fenomeno moderno, essendo presente già nel Medioevo, in cui le associazioni di mestiere (le corporazioni) gestivano in maniera monopolistica il mercato, arrivando anche a siglare patti, più o meno taciti, che riguardavano il prezzo o altri aspetti rilevanti e impattanti sui consumatori.

Nel contesto storico moderno, votato alla liberalizzazione, le *Autorità amministrative indipendenti (Authorities)* sono nate con la funzione di regolare i mercati, consentendo alla libera concorrenza, di svilupparsi e di non subire ostacoli a causa di scelte operate dalle imprese esistenti su ogni dato mercato.

¹²³Cons. stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1972 e Suprema Corte, Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹²⁴Per un quadro ampio ed articolato su tale punto si rimanda a MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, cit., pag.149.

Il fenomeno delle *Authorities* rimanda ad un nuovo modello di amministrazione pubblica dell'economia che ne prevede l'affidamento ad organismi amministrativi "atipici" muniti, spesso, di personalità giuridica, ed aventi il compito di vigilare sul mercato, con *indipendenza* e *neutralità* rispetto all'apparato politico, garantendo il libero svolgimento degli interessi costituzionali o, comunque, costituzionalmente protetti. Esse operano in settori "*sensibili*" da un punto di vista socio-economico¹²⁵.

La sezione II del Consiglio di Stato ha dichiarato che le Autorità amministrative indipendenti possono essere considerate: "*organizzazioni titolari di poteri pubblici che si caratterizzano per un grado notevole di indipendenza dal potere politico, esercitando funzioni neutrali nell'ordinamento giuridico, specie in delicati settori economici, mediante l'utilizzazione di elevate competenze tecniche. Le Autorità indipendenti hanno funzione di regolazione di determinati settori della vita economica mediante attribuzioni di poteri normativi, amministrativi e giudiziari. Esperienza tecnica e neutralità pongono i settori economici regolati al riparo da inframmettenze politiche, tutte le volte che il legislatore decida di istituire un regolatore riconducibile al genus dell'amministrazione indipendente*"¹²⁶. La rilevanza di tale definizione va ricercata nella evidenziazione della sua capacità di potere essere adattata a tutte le tipologie di *Authorities* esistenti. Esse possono essere compendiate in due categorie¹²⁷:

- a) Quelle di *pura garanzia*;
- b) Quelle che (pur svolgendo funzioni di garanzia) sono essenzialmente preposte alla *regolamentazione e alla vigilanza* di settori particolarmente rilevanti da un punto di vista socio-economico.

In quest'ultima categoria rientrano quelle *Authorities* a cui è stata assegnata la regolazione pubblica dell'economia, volta ad impedire la formazione di monopoli pregiudizievole rispetto allo sviluppo della libera concorrenza.

Da un punto di vista storico, in Italia, le *Authorities* vedono la loro comparsa in un momento caratterizzato da una trasformazione dell'intera organizzazione pubblica nella direzione di un ridimensionamento della politica interventista¹²⁸. Con la loro introduzione si introdusse il concetto di Stato *ri-regolatore*, termine che alludeva all'indirizzo neo-

¹²⁵ TASSONE A. R., *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle Amministrazioni Indipendenti*, in *Dir. Ammin.*, n. 2/2002.

¹²⁶ Cons. di Stato parere n. 872 del 25/2/2011

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, cit., pag.149.

liberista di “*Stato minimale*”. I pubblici poteri si sarebbero occupati, unicamente, di fornire alcuni servizi pubblici essenziali, come la difesa e l’amministrazione della giustizia riservando, ai restanti settori, la libertà di organizzarsi in modo da conseguire al meglio i propri risultati. In tali ambiti lo Stato si limitava a dettare regole generali tali da assicurare, sotto il profilo giuridico, l’esistenza delle condizioni economiche necessarie al corretto funzionamento del mercato¹²⁹. Ciò che emergeva non era, unicamente, la necessità di disciplinare ma, altresì, l’esigenza di pensare ad un nuovo modo di attuare la regolazione. Lo Stato smetteva di amministrare direttamente le attività economiche e, nell’assegnare la loro attuazione a nuove istituzioni, provvedeva a ri-regolare tale funzione. Alla luce degli obiettivi perseguiti occorreva degli enti caratterizzati da *autonomia ed indipendenza*.

Tali esigenze hanno dato vita al concetto di *administrative regulation* che consiste sia nello svolgimento di compiti di mera *vigilanza* di un settore economico sia nell’esercizio di un *potere normativo di secondo grado* che comporta, nel settore vigilato, l’applicazione delle disposizioni generali¹³⁰ in provvedimenti singolari, tesi a disciplinare l’esercizio della libertà di iniziativa economica. Spesso è accaduto che l’attività delle *Authorities*¹³¹ sia stata indirizzata più che alla regolazione, alla “deregolamentazione” dei settori economici, proprio allo scopo di aumentare la concorrenzialità. Tale attività è consistita nell’attenuare gli obblighi burocratici e tutte le imposizioni che non facilitano l’attività di impresa.

La *deregulation* può riguardare ogni aspetto e ciascuna fase dell’attività d’impresa ma, in modo particolare, gli aspetti relativi allo *start up*, in modo da facilitare l’avvio di nuove imprese. La motivazione posta alla base della *deregulation* è che un minor numero di regole porti ad un maggior livello di concorrenza e, conseguentemente, a maggiore produttività ed efficienza e che minori costi della burocrazia implicano, per le imprese, costi più bassi consentendo la riduzione dei prezzi finali di mercato.

La deregolamentazione non va confusa con la liberalizzazione, pure perseguita dalle *Authorities*, che si riferisce alla sfera che disciplina il corporativismo privato. Un mercato liberalizzato, permettendo un elevato numero di concorrenti, può essere regolato

¹²⁹CROCCO D., *Le Autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati. Lineamenti di diritto pubblico dell’economia*, 2012, pag.112

¹³⁰ Legislative e/o regolamentari.

¹³¹ Per un’articolata trattazione sulla natura e i rapporti tra vari enti pubblici, tra cui rientrano le *Authorities*, si v. M CLARICH, *Man. Dir. Amm.*, cit., pag. 227 e segg.

al fine di proteggere i diritti dei consumatori, specialmente tramite la prevenzione degli oligopoli. Stabilite le funzioni e gli scopi delle *Authorities*, è occorso risalire alla *fonte di legittimazione* costituzionale della loro potestà. Oggi, in ambito dottrinale prevale la tesi che sostiene l'attribuzione di *potestà normativa secondaria* alle *Autorità amministrative indipendenti* che possono, però, esercitarla unicamente entro limiti costituzionali e legislativi¹³². I limiti costituzionali cui sono soggette le *Authorities* ineriscono aspetti diversi, dal pluralismo dell'informazione, ex art. 21 Cost. (Per le Autorità che sono preposte all'informazione di massa), alla tutela della concorrenza, ex art. 41 Cost. (Per l'Autorità antitrust).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che “ *il potere normativo delle Autorità indipendenti si esprime sia attraverso regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge (realizzando in tal modo un avvicinamento ai regolamenti esecutivi, di attuazione e completamento della disciplina legislativa) sia tramite regolamenti (affini a quelli indipendenti del Governo) che si caratterizzano per un mero riferimento alla materia in oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generale, l'ammissibilità di tali ultimi regolamenti non esclude la necessità di accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'Autorità o, comunque, in altra fonte primaria (anche a livello comunitario), siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'Autorità di regolazione*”¹³³.

Si evidenzia, dunque, l'assoluta legittimazione delle *Authorities* di regolamentare gli interessi economici del settore di riferimento potendo emettere, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia *regolamenti esecutivi* (destinati a dare attuazione al dettato legislativo), che *organizzativi* (che definiscono il profilo strutturale interno) ed anche di *attuazione* (che riguardano quegli atti di normazione secondaria che mirano a specificare, ed attuare, concetti giuridici non ben definiti)¹³⁴.

Poiché, come anticipato, il rango del potere regolamentare esercitato dalle *Authorities* è di *normazione secondaria*, ciò comporta una concorrenza con il Governo

¹³²CROCCO D, in *Le Aut. Amm. ind.*, cit, pag.123.

¹³³ Con il parere n. 11603/04 del febbraio 2005.

¹³⁴ SELVAGGI G., *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in (Riv. dir. comm.), 1993, pag. 25.

che, per competenza, è l'organo deputato a disporre legislativamente dei settori socio-economici.

Nello specifico, le *Authorities* sono legittimate a produrre *norme regolamentari di settore* e, nel farlo, devono rispettare due aspetti¹³⁵:

- a) *Uno di natura soggettiva*, che riguarda l'aspetto strutturale di ciascuna *Authority* finalizzato alla correttezza delle decisioni adottate;
- b) *L'altro avente natura oggettiva*, che riguarda la funzione esercitata da ciascuna *Authority*, e che sottopone le decisioni prese agli interessi perseguiti.

La disciplina delle *Authorities* è stabilita anche dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 che regola la "*partecipazione al procedimento amministrativo*". L'art. 7 recita, al primo comma: "*Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento*"¹³⁶.

Ciò implica che il contraddittorio e la consultazione preventiva di tutti i soggetti interessati, debbano caratterizzare anche l'attività delle *Authorities*.

Nei suoi aspetti esecutivi, in realtà, è la stessa funzione dell'autorità a richiederlo, necessitando, inoltre, che le parti siano coinvolte in una relazione *collaborativa*, piuttosto che difensiva.

All'art. 23, la legge n. 241 stabilisce invece, che, per quanto attiene al *diritto di accesso degli atti* da parte delle *Authorities*, esso si esercita nell'ambito di quanto previsto dai rispettivi ordinamenti di settore e con le modalità contemplate nell'art. 24.

¹³⁵ CROCCO D, cit, pag.125.

¹³⁶ Si v. indicativamente M. CLARICH, *Man di dir. Amm.*, cit., il quale parla rispettivamente di un potere di *adjudication*, in quanto le *Authorities* disporrebbero di poteri in tutto paralleli a quelli dell'autorità giudiziaria di accertamento e per la repressione di violazioni. L'autore sembra quindi escludere il ruolo di *rulemaking power*, cioè il potere di regolazione, in quanto l'autorità avrebbe solamente un tipo di potere inibitorio su comportamenti già posti in essere dalle imprese, c.d. regolazione *ex post*.

Un'ulteriore questione identificativa riguarda la collocazione delle *Authorities* in seno alla legge Cost. n. 3 del 2001 (legge di riforma del titolo V della Costituzione) che ha attribuito competenze, fino ad allora esclusive dello Stato, alle Regioni. Il dibattito sul tema ha riguardato la possibilità di istituire, con legge dello Stato, le *Authorities* con potestà regolamentare anche in materie devolute alle Regioni. La questione è stata risolta negando tale la possibilità. In considerazione che le materie ex art. 117, co. 4, Cost. sono di pertinenza regionale.

Un richiamo particolare riguarda le materie ex art. 117 co. 2, Cost., che disciplinano la *potestà legislativa esclusiva*.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004 chiarisce che la tutela della concorrenza è di competenza esclusiva dello Stato (ex art. 117, co. 2, lettera e), Cost.), ed è da intendersi non solo come difesa del mercato da comportamenti restrittivi ma, anche, come adozione di provvedimenti diretti a regolare il mercato stesso anche in modo asimmetrico (cioè non necessariamente contemplando allo stesso tempo sia le posizioni dei consumatori che dei produttori ma anche unicamente quelle di uno solo dei due).

Chiariti i principi posti alla base del funzionamento delle *Authorities*, in Italia, tecnicamente, l'Autorità *antitrust* è stata pensata per assolvere alla funzione di controllo e vigilanza, resasi necessaria per dare attuazione a quanto previsto dalla legge 287/90. In tal senso essa si colloca in un impianto normativo che ne esalta la funzione di *tutela di interessi pubblici*.

La Corte Costituzionale ha, infatti, ribadito che la concorrenza non è solo un bene da tutelare, ma anche da promuovere (Sent. 14/2004 e Sent. 272/2004)¹³⁷.

Il Giudice Costituzionale, nello specifico, ha valutato gli strumenti di cui dispone lo Stato per la regolazione del mercato e, a fronte di numerose disposizioni, si è domandato “*Se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere ed assecondare l'attività delle autonomie. Vera questa seconda ipotesi, lo Stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o*

¹³⁷ Nelle sentenze citate emerge che la tutela della concorrenza non si intende, unicamente, come garanzia di interventi volti alla regolazione ma, anche, in un'accezione più dinamica, conosciuta in ambito comunitario, che considera le misure pubbliche destinate a favorire le condizioni per uno sviluppo del mercato e per l'instaurazione di assetti concorrenziali.

*disporre interventi speciali in favore di Regioni, Province, città metropolitane e Comuni, i quali sarebbero, pertanto, da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica*¹³⁸. Se, infatti, il ruolo dello Stato a livello macroeconomico fosse disegnato dall'art.119, comma 5, Cost., sarebbe escluso un potere generale di intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia, restandogli consentiti, al più, trasferimenti finanziari a favore delle autonomie secondo il modello tenuto presente anche dalla prevista istituzione del fondo perequativo, di cui al comma 3 dello stesso art.119. L'intervento diretto dello Stato, per la promozione dello sviluppo economico non rileva, dunque, dall'art. 119 Cost.

Nella sent. 14/2004 citata la Corte ha, infatti, ritenuto di aver trovato il fondamento di un intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia nel disposto di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 Cost. in cui la tutela della concorrenza risulta essere demandata alla legislazione esclusiva dello Stato.

È stato facile obiettare che gli *aiuti di Stato* non rientrano nella tutela della Concorrenza (semmai ne costituiscono una deroga) e che viceversa l'intervento pubblico nell'economia per porre rimedio a situazioni di squilibrio economico e sociale è qualificato, a livello comunitario, non nella politica della concorrenza, ma nelle politiche regionali e sociali (artt. 136 e ss. e 158 e ss. del Trattato CE).¹³⁹

La tutela della concorrenza, in realtà, è una competenza statale esclusiva che non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma per così dire "*trasversale*", poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi.

Tra questi ultimi, alcuni rientrano nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni e sono connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese.

In tal senso è necessario che ci si basi sul criterio di *proporzionalità-adequatezza* al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 14, co. 1 e 2, del Dl 269/03 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), in quanto tali norme

¹³⁸Si veda in particolare la Sentenza 14/2004.

¹³⁹CASSESE S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in (*Giorn. Dir. Amm.*), 2003, pag.185 e segg.

determinavano un'illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale in materia di servizi pubblici locali.

Nell'ordinamento italiano, pertanto, garantire la concorrenza significa, innanzitutto, assicurare le condizioni per esercitare il diritto di iniziativa economica e, quindi, una libertà di impresa, con la conseguenza che è l'accesso al mercato, piuttosto che l'efficienza dello stesso, a costituire la prima finalità della disciplina introdotta dalla legge 287/90. A supporto di questa interpretazione, si rileva che il richiamo alla libertà di iniziativa economica ha portato i primi esponenti *dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ad ampliare, ulteriormente, i compiti ad essi attribuiti dalla disciplina *antitrust*¹⁴⁰. Tra gli obiettivi da perseguire merita menzione anche l'applicazione dell'articolo 3 della Costituzione, che sancisce il principio di eguaglianza. Ciò si traduce nella garanzia di un *trattamento paritario* a tutte le imprese e nella contestuale proibizione ad alcune di esse di porsi in posizione privilegiata rispetto alle altre.

La IV sez. del Consiglio di Stato ha stabilito, in merito alla vigilanza sul mercato, quale debba essere l'obiettivo economico e sociale da realizzare, asserendo che “*occorre più correggere il mercato che reprimerne una condotta*”.¹⁴¹ Con tale sentenza si è voluto fare intendere che, più che correggere l'attività dei singoli, occorre, a monte, stabilire quale sia il funzionamento del mercato desiderato.

Quanto evidenziato mostra che il tema chiama in causa sia la tutela di *interessi legittimi* che di *diritti soggettivi*. Tale conclusione si basa sulla constatazione dell'esistenza sia di un interesse dei *singoli* che *personale*. Affinché l'*Autorità Garante* emani un provvedimento a tutela della concorrenza, essa deve rilevare la violazione di una norma positiva che leda *direttamente* un diritto patrimoniale. Si pensi a ciò che accade, ad esempio, nella disciplina *antitrust* nel caso in cui un prezzo *non equo* porti ad una perdita economica del commerciante e del consumatore.

In tal senso la libertà di concorrenza è libertà di impresa, vista nella sua dimensione plurisoggettiva. A tal proposito, ci si interroga se la libertà di concorrenza debba ritenersi attuativa del principio della *libertà di impresa* (art. 41, primo comma, Cost.) o se, piuttosto, non debba privilegiarsi il richiamo all'*utilità sociale* (art. 41, secondo comma,

¹⁴⁰Iusdem, pag. 187

¹⁴¹ Sentenza del 2 agosto 2004 n. 2368

Cost.), dal momento che una disciplina antimonopolistica implica, pur sempre, che quella libertà vada incontro a delle limitazioni.

Sembrerebbe che la lettura più persuasiva del nesso tra Costituzione e normativa a tutela della concorrenza e del mercato sia quella che fa perno sull'art. 41, I co. della Costituzione¹⁴². È quest'ultimo a ergersi, infatti, a fondamento e misura della libertà di impresa, mentre, fino a prima della sua introduzione, si era pensato alla concorrenza come ad un esito dell'esercizio plurimo dell'iniziativa economica.

Nello specifico, la dottrina ritiene che la legge *antitrust* trovi la sua collocazione interpretativa al primo comma dell'art. 41 Cost. e che *l'utilità sociale*, citata al secondo comma dello stesso articolo valga, piuttosto, a supportare le *deroghe* al divieto di intese,¹⁴³ l'eccezionale autorizzazione delle concentrazioni¹⁴⁴ nonché il trattamento *riservato* alle imprese di servizi di interesse economico generale (o operante in regime di monopolio legale)¹⁴⁵.

L'esercizio dell'impresa al di fuori del mercato concorrenziale si giustifica, così, solo in presenza di interessi considerati superiori (sostegno alla competitività delle imprese nazionali, garanzia di un determinato servizio, sviluppo tecnologico, ecc.), aventi *utilità sociale*. Alla luce di quanto precede, sembra, quindi, lecito affermare che il combinato disposto dall'art. 41, primo comma, Cost. e l'art. 1, primo comma, della legge *antitrust*, assicuri alla libertà di iniziativa economica, la consistenza di una situazione giuridica soggettiva il cui contenuto non può prescindere dalle regole proprie del mercato concorrenziale.

Quanto evidenziato porta a concludere il rifiuto dell'interpretazione che vuole che l'art. 41, I co., Cost. operi solo sul piano dei rapporti tra privati e Stato e non anche sul piano dei rapporti tra privati.

L'Autorità Garante, come più volte detto, è investita della tutela del mercato in *senso oggettivo*. A conferma di ciò si è espressa la giurisprudenza secondo cui «*la distinzione tra le attribuzioni del Garante e la giurisdizione del Giudice ordinario non si presta ad alcuna confusione, essendo le prime dirette all'accertamento ed alla*

¹⁴²Così, PACE L., *L'iniziativa economica provata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in studi in memoria di PIGA, 1992, pag.11. Estratto tratto da: XVI legislatura *La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, 2010 n. 244, (a cura di) G. BUONOMO.

¹⁴³art. 4 L.287/1990.

¹⁴⁴art. 25 L.287/1990.

¹⁴⁵art. 8 L.287/1990.

repressione di condotte commerciali a protezione di un pubblico interesse, la seconda diretta a tutelare interessi particolari che hanno consistenza di diritti soggettivi.¹⁴⁶In conclusione, di fronte ad una violazione della disciplina *antitrust*, a prescindere dall'intervento dell'Autorità Garante, l'Autorità Giudiziaria ordinaria ha il compito di far riparare il danno che un determinato soggetto ha sofferto in forza di una protezione giuridica soggettiva che deve essere riconosciuta nella disciplina antimonopolistica di cui alla legge 287/90.

5. Il private "enforcement" e la giurisdizione concorrente

Il *private antitrust enforcement* rappresenta il meccanismo che consente ad imprese o a privati cittadini¹⁴⁷ la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva considerata lesa da un comportamento anticoncorrenziale. Con essa si autorizza ad agire per ottenere sia il risarcimento del danno presumibilmente subito, e si prevedono misure cautelari nei confronti delle imprese che hanno violato le regole europee sull'*antitrust*.

Il *private antitrust enforcement* si è sviluppato in seno alla disciplina della concorrenza e non in quello del diritto privato (che è relativo alla responsabilità civile e al diritto dei contratti)¹⁴⁸. Infatti, tale disciplina risulta competenza "esclusiva" dell'Unione europea (in base all'art. 3 del TFUE) che rimanda alla 'definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno' ciò nonostante, il c.d. *private enforcement* della concorrenza, fuoriesce da tale ambito facendo riferimento alle regole relative ai criteri e alle modalità di tutela civilistica di un diritto soggettivo.

In tal senso l'istituto rientrerebbe nelle competenze concorrenti, elencate all'art. 4 TFUE, che riguarda il "mercato interno" e la "protezione dei diritti dei consumatori". In tale ottica, trattandosi di competenza non esclusiva dell'UE, occorre applicare la regola, derivante dal "principio di sussidiarietà", che stabilisce che le competenze concorrenti

¹⁴⁶ Corte di Appello di Milano, in causa n.1234 del 1995, *Telesystem/Sip-Telecom*.

¹⁴⁷ Dal 2010 le azioni a tutela sono esperibili anche tramite azione collettiva; (si veda *infra* il paragrafo dedicato ai mezzi alternativi di tutela).

¹⁴⁸ Nelle direttive europee di armonizzazione del diritto privato, o nei regolamenti di uniformazione, l'istituto in oggetto non è, infatti, previsto, così come nei progetti di armonizzazione. Il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), ed il *Draft Principles of European Tort Law* (PETL), che disciplinano conflitti di natura commerciale non hanno, infatti, regolato l'istituto che ha trovato la sua sede naturale nella disciplina della concorrenza.

vengono esercitate dall'Unione unicamente se 'gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (...) ma possono (...) essere conseguiti meglio a livello di Unione' (art. 5, comma 3, TUE).

Dal tenore di tale norma deriva che la competenza a disciplinare il *private enforcement* spetti agli Stati, consentendo all'UE di intervenire solo se le misure di sua competenza possano ottenere maggiore efficacia rispetto a quelle adottate dai singoli Paesi membri. È altresì previsto che, gli Stati membri siano tenuti a stabilire i «rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»¹⁴⁹.

Tali premesse pongono gli Stati membri nella condizione di disciplinare la materia del risarcimento del danno da illecito *antitrust* rientrando nei perimetri tracciati dal quadro delle regole dei Trattati, dei principi generali del diritto UE, delle disposizioni contenute in alcuni interventi comunitari e, soprattutto, dei principi e regole sancite in questi ultimi anni dalla Corte di giustizia.

In sintesi, chiarita la competenza sulla materia, la disciplina del *private enforcement* dell'*antitrust* richiede di essere collocata nel solco europeo, rispettandone le finalità, gli obiettivi, le regole ed i principi comunitari¹⁵⁰. La giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce il principale strumento sia per colmare i vuoti normativi, sia per creare regole nuove vincolanti sia, infine, per valutare la conformità dei singoli diritti nazionali e delle loro espressioni giurisprudenziali al diritto dell'UE. Ciò consente di stabilire che il *private antitrust enforcement* si pone come strumento atto a favorire il rispetto delle regole sulla concorrenza, dettate dall'UE e, dunque, come un rafforzamento della deterrenza generale, e non meramente come dispositivo civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive. Lo strumento normativo, e quello giurisprudenziale, hanno contribuito allo sviluppo dell'*enforcement* in oggetto. Il Reg. 1/2003 ha assegnato alle varie autorità garanti amministrative degli Stati membri, funzioni appartenenti in precedenza alla Commissione, tra cui quelle di accertamento delle violazioni, di cui agli artt. 101 e 102 TFUE¹⁵¹. In ambito giurisprudenziale, la Corte di giustizia ha sancito il diritto degli individui, imprese e cittadini, di agire presso le Corti nazionali allo scopo di instaurare

¹⁴⁹ Art. 19, comma 2, TUE.

¹⁵⁰ Sul punto, SANTA MARIA A. (a cura di), *Concorrenza e aiuti di stato*, cit., pag.56 e segg.

¹⁵¹ Il Regolamento ha provveduto anche a delegare alle autorità l'applicazione delle relative sanzioni ed esenzioni.

azioni civili volte sia alla cessazione dei comportamenti contrari alle regole comunitarie, sia all'ottenimento del risarcimento dei danni eventuali. Per quanto attiene all'origine giurisprudenziale del *private enforcement* essa è evidente negli interventi della Corte di giustizia, che evidenzia che il diritto delle vittime al risarcimento del danno *antitrust* si configura come garantito dall'ordinamento comunitario.

A conferma di quanto esposto lo studio conosciuto come "*Ashrust*", pubblicato nel 2004, definisce il panorama europeo in tema di *private enforcement* come caratterizzato da un «*sottosviluppo totale*».

La mancanza di una legislazione uniforme ha continuato a produrre incertezze fino alla emanazione della dir. 104/2014/UE, anche se il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale è stato da sempre riconosciuto, in tutti gli Stati membri, denotando una comunanza di intenti. Ad intensificare tale coordinamento ha contribuito la rapida diffusione della giurisprudenza comunitaria, che è stata rilevante grazie alla "*diretta applicabilità*" degli artt. 101 e 102 TFUE. In base a ciò i giudici nazionali hanno avuto la possibilità di concedere l'opportunità di far valere, non solo la sanzione prevista espressamente dall'art. 101 TFUE (relativa alla nullità dell'accordo lesivo della concorrenza) ma, altresì, il principio generale del risarcimento del danno causato da un comportamento contrario alla legge.

Da un punto di vista storico, il *private antitrust enforcement* entra definitivamente nelle aule giudiziarie nazionali solo a seguito della sentenza *Courage*¹⁵² del 2001, con cui la Corte di Giustizia ha sollevato perplessità in merito alla difficoltà di ricostruire un legame coerente tra la responsabilità risarcitoria dell'autore dell'illecito e la violazione *antitrust* dedotta a sostegno della pretesa. La valutazione dell'illegittimità di un accordo, e del conseguente diritto al risarcimento del danno, si sostenne, dovrebbe essere elaborata con un approccio "sostanzialistico", che attribuisce rilievo al mercato.

In sintesi, si è ritenuto che dovesse essere posta al centro della valutazione la configurazione dei rapporti economici che la normativa *antitrust* salvaguarda, piuttosto che il negozio con cui essi trovano espressione.

¹⁵² Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*.

La sentenza in oggetto, invece, stabilì che i limiti imposti dalla normativa interna¹⁵³ devono essere considerati recessivi, in quanto il diritto al risarcimento del danno *antitrust* si pone in una relazione di strumentalità rispetto all'interesse pubblico superiore all'*enforcement* delle norme di concorrenza.

L'intervento dei giudici comunitari, che produsse la citata sentenza *Courage Ltd. V. Crehan*, era stato richiesto dalla *Court of Appeal* britannica, che chiedeva se la parte contraente di un contratto concluso in violazione dell'art.101 TFUE potesse far valere la nullità dell'accordo ottenendo, con essa, anche il risarcimento del danno subito. Secondo un'interpretazione fornita dalla *Court of Appeal*, l'art.81 (ora 101 del TFUE) è diretto a tutelare i terzi, e non le parti dell'accordo illecito, responsabili dell'attività vietata. In risposta, la Corte di giustizia ha rimarcato che *l'effetto utile* del divieto sancito all'articolo verrebbe perso «*se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causato gli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza*».

Alla luce di quanto esposto, la Corte adita precisò che “*qualunque danneggiato*” ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno ai soggetti che hanno violato le regole *antitrust* precisando, però che, se la parte danneggiata ha avuto una «responsabilità significativa» nel provocare effetti distorsivi della concorrenza, può incontrare un limite alla legittimazione (sempre che la normativa interna di uno Stato Membro lo preveda, stabilendo una uguale misura in caso di violazione delle norme interne).

Tenendo presente il sistema di ripartizione delle competenze tra Stati ed UE, essa precisa che, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico nazionale degli Stati, individuare le condizioni e le procedure dei ricorsi volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli, «*purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna*¹⁵⁴ *né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitari*¹⁵⁵».

¹⁵³ Come ad esempio *l'in pari delicto doctrine* principio giuridico che stabilisce che, se due parti in una controversia si possono considerare in una posizione di “uguale colpa” allora quella che è in possesso del titolo, arriva a conservarlo (i tribunali non interferiranno con lo *status quo*.)

¹⁵⁴ Si tratta del ‘*Principio di equivalenza*’ secondo il quale è necessario che le norme del diritto nazionale non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni simili di natura interna

¹⁵⁵ È il ‘*Principio dell'effettività*’, per cui le norme nazionali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla direttiva.

La successiva sentenza Manfredi, del 2006¹⁵⁶, avente ad oggetto i danni cagionati da un cartello assicurativo, ha costituito una conferma di tale direzione, stabilendo che *“chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un’intesa o pratica vietata dall’art. 81(ora 101 TFUE) .In mancanza di una disciplina comunitaria spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all’applicazione di ‘nesso di causalità’, purché i principi di equivalenza ed effettività siano rispettati”*. Le sentenze citate chiariscono la portata del Reg. 1/2003 sull’applicazione delle regole di concorrenza, il quale aveva fornito al private enforcement, almeno formalmente, una prima base giuridica, stabilendo che le giurisdizioni nazionali *«tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»*¹⁵⁷. Come anticipato, il TFUE non regola il risarcimento del danno, ma disciplina accordi vietati. In particolare, con l’art. 101 TFUE, detta una sola norma di diritto civile, vale a dire la sanzione della *“nullità di pieno diritto”* dell’accordo illecito, ma non si pronuncia sul tema dell’abuso. Nessun’altra norma, di diritto primario o secondario, dell’UE contiene altri riferimenti alle azioni dei privati dinanzi ai giudici nazionali, e meno ancora regole o principi di diritto civile e processuale. Non vi sono rimandi in tema di onere della prova, di quantificazione del danno, di termini di prescrizione dell’azione di risarcimento, né sui poteri inibitori dei giudici. Ciò ha determinato diversità nei singoli modelli nazionali di tutela risarcitoria, anche in ordine alle singole procedure. Alle scarse disposizioni normative sul tema si contrappongono documenti della Commissione, quali Libri bianchi, Libri verdi, proposte di direttiva, relazioni, comunicazioni, ma anche risoluzioni del Parlamento.

Anche se prive di valore vincolante, le proposte della Commissione, sono estremamente rilevanti, offrendo ai legislatori e ai giudici un indirizzo.

Inoltre, poiché la Corte di giustizia, chiamata a valutare la conformità di una regola, o di una prassi nazionale al diritto comunitario, può avvalersi delle proposte in oggetto in

¹⁵⁶ Corte Giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*; (v. *infra* il paragrafo dedicato alla sentenza della Corte di Giustizia dell’Ue).

¹⁵⁷Reg. 1/2003/Ce

eventuali giudizi di rinvio o di inadempimento, le soluzioni dei giudici nazionali verranno ritenute conformi, o meno, al diritto comunitario, anche alla luce delle valutazioni della Commissione.

CAPITOLO IV

PRESCRIZIONI ANTICONCORRENZIALI SPECIFICHE

1. Le prescrizioni della Commissione europea. Il Libro Verde

Il Libro verde della Commissione, del 2005, esorta gli operatori degli Stati membri ad indicare gli ostacoli principali che si frappongono all'attuazione di un sistema efficace per la presentazione di domande di risarcimento del danno.

Nel libro verde si richiedeva di risolvere alcune questioni aperte:

- definire il requisito soggettivo dell'atto illecito che deve, necessariamente, presupporre l'esistenza di una colpa del danneggiante, oppure stabilire se si può prevedere una responsabilità oggettiva;

- se è possibile ipotizzare un risarcimento pari al doppio, o al triplo del danno, allo scopo di aumentare l'effetto deterrente;

- se il risarcimento deve essere commisurato al danno subito dall'attore anche in relazione al profitto illecito ottenuto dell'autore della violazione;

- se è possibile, per il convenuto, far valere la c.d. "eccezione di trasferimento del danno"¹⁵⁸;

- se, nel caso in cui un'impresa abbia aderito al programma di clemenza, favorendo così la ricerca delle prove e la valutazione dei fatti da parte dell'Autorità, si potrebbe poi ridurre l'entità del risarcimento o se questa debba rimanere immutata e rispondente al danno effettivamente subito;

- se gli interessi di mora dovranno decorrere dalla data della violazione oppure dalla data in cui si è verificato il pregiudizio;

- se, nei casi di maggiore difficoltà di dimostrazione dell'entità del danno si possa pensare ad una quantificazione in via equitativa;

- pensare ad un'azione collettiva da proporre, in considerazione della circostanza che vede spesso i danni cagionati da un comportamento illecito di una o più imprese

¹⁵⁸ Evitando, così, il risarcimento con la dimostrazione che l'attore ha trasferito il maggior prezzo sull'acquirente successivo della catena distributiva.

ripartirsi tra molti consumatori, rendendo praticamente impossibile (o quanto meno antieconomico) esperire un'azione da parte del singolo¹⁵⁹;

- chiarire gli effetti della decisione dell'Autorità garante;

- stabilire, una volta che l'Autorità nazionale abbia accertato una violazione del diritto comunitario, se l'accertamento debba essere considerato vincolante anche per il giudice del risarcimento ad quem.

Il Libro verde è stato condiviso, e rafforzato, da una Risoluzione del Parlamento europeo, del 2007¹⁶⁰, che ha aggiunto ulteriori proposte, in base alla circostanza che le regole comunitarie di concorrenza «*non avrebbero un effetto dissuasivo e la loro efficacia sarebbe compromessa se coloro che tengono comportamenti vietati potessero (...) godere dell'immunità per le violazioni commesse, a causa di ostacoli al procedimento di risarcimento del danno*».

Tra le varie proposte contenute nel Libro verde, di rilievo quelle volte a favorire accordi amichevoli e stragiudiziali; quelle che considerano vincolanti, al fine dell'applicazione uniforme delle regole sulla concorrenza, le decisioni adottate da una qualsiasi giurisdizione o Autorità garante nazionale; le proposte che considerano come attenuante l'aver risarcito il danno prima ancora dell'esito finale del procedimento; le misure pensate per ridurre l'asimmetria informativa tra il danneggiato e la controparte ed a suggerire la quantificazione del danno, che dovrebbe essere limitato a quello emergente e al lucro cessante, evitando ingiustificati arricchimenti.

Infine, si rilevano proposte volte a consentire azioni collettive anche con l'intervento di associazioni di categoria.

L'istituto del *private enforcement* dovrebbe dunque, in ottica legislativa, fungere sia da deterrente nei confronti delle imprese che non rispettino le regole *antitrust*, sia da strumento di tutela dei privati danneggiati.

¹⁵⁹ Ci si riferisce ai costi, agli oneri, ai ritardi, alle incertezze che possono derivare all'attore

¹⁶⁰ Risoluzione del 25 aprile 2007, in G.U.U.E., n. C-74 E/653 del 20 marzo 2008.

2. Le prescrizioni della Commissione europea. Il Libro Bianco

Nel Libro bianco del 2008¹⁶¹ si ribadisce che «*il risarcimento del danno è garantito dal diritto comunitario*» che se ne occupa anche in considerazione degli ostacoli di natura giuridica e procedurale ritraibili nei diversi ordinamenti nazionali. Il Libro esalta gli effetti benefici del *private enforcement*, considerati minati dalle differenti normative degli Stati.

L'obiettivo dalla Commissione è stato quello di indirizzare i legislatori, ed i giudici nazionali, ad adottare soluzioni convergenti che permettano di giungere ad un modello unico, finalizzato ad assicurare una concorrenza effettiva all'interno del mercato unico. Il Libro bianco propone l'adozione di misure normative che regolino la "legittimazione ad agire", il *dies a quo* ai fini della prescrizione dell'azione di risarcimento, la "prova del danno" cagionato e subito, e la possibilità di "accedere agli elementi di prova", risolvendo il problema dell'asimmetria informativa danneggiato/autore dell'illecito.

Il Libro dedica ampia trattazione degli aspetti civilistici, quali il presupposto soggettivo dell'illecito, gli elementi per la quantificazione del danno, la questione del trasferimento del sovrapprezzo, fino al tema della valutazione del precedente. Rispetto a quest'ultimo punto si apre il dibattito circa il valore delle decisioni delle Autorità garanti¹⁶².

L'art. 16 Reg. 1/2003 prevede che ogni giudice nazionale sia tenuto ad attenersi alle decisioni della Commissione ma, fino alla dir. 104/2014, mancavano norme che obbligano il giudice ad attenersi a quanto deciso dall'Autorità garante, né tanto meno a quanto deciso da un'Autorità di un altro Stato membro.

In realtà, l'obiettivo dell'armonizzazione della normativa antitrust necessitava del riconoscimento di una forza vincolante intracomunitaria dei provvedimenti delle Autorità di concorrenza, aventi valore definitivo ed i cui destinatari abbiano potuto far valere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo (il modello tedesco sulla concorrenza prevede che il giudice nazionale si sottoponga alla decisione amministrativa (definitiva)

¹⁶¹Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, (COM (2008) 165 def).

¹⁶²WESSLING R., *The commission White Paper on modernization of EC antitrust law: unspoken consequences and incomplete treatment of alternative options*, in (Europa. comp. law rev. 1999), pag.418 e segg. 8. (v. anche *infrailparagrafodedicatoall'efficaciariservataalleprecedentidecisioni*).

emessa o dall’Autorità nazionale di concorrenza, oppure da ogni altra Autorità di qualsiasi altro Stato membro). A tale risultato si è giunti con gradualità.

Con la Risoluzione del Parlamento europeo del 2009, seppure vengono condivise gran parte delle soluzioni prospettate nel Libro bianco, si richiama la Commissione sul fatto che non siano state individuate le basi giuridiche per l’adozione delle misure proposte¹⁶³.

La Risoluzione propone ai singoli ordinamenti di regolare le azioni collettive dei consumatori o delle loro associazioni rappresentative, ma anche le forme di composizione extragiudiziale delle controversie (ADR).

Di fatto i principi attualmente in essere derivano direttamente dalla sentenza *Courage*, che, come anticipato nelle pagine precedenti, sancisce la legittimazione ad agire per chiunque abbia subito un danno, in conseguenza di una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza. Il danneggiato ha diritto ad ottenere il risarcimento, e chi è parte di un contratto stipulato in violazione delle regole *antitrust*, può agire per chiedere il risarcimento del danno.

La Corte di giustizia si è attivata anche nella richiesta al giudice nazionale di adottare le regole procedurali e sostanziali da applicare al caso concreto, a condizione che l’applicazione delle regole comunitarie non risultino meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (“*principio di equivalenza*”) né tali da rendere eccessivamente difficile, o addirittura impossibile, l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (“*principio di effettività*”)¹⁶⁴.

La Direttiva 2014/104/UE ha provveduto ad attribuire diritti sia ai consumatori, che agiscono nell’ambito di un giudizio individuale (promosso autonomamente dal singolo consumatore), sia in un giudizio di classe (promosso dai consumatori con l’ausilio di un’associazione di classe). Essa stabilisce che sono legittimati ad agire per il risarcimento del danno, sia i consumatori “acquirenti diretti”, che i consumatori “acquirenti indiretti” (che non hanno acquistato dall’impresa che ha partecipato alla violazione, ma sui quali è

¹⁶³ Risoluzione del 7 maggio 2009.

¹⁶⁴ In merito all’accesso alle prove ed ai documenti che l’impresa consegna in modo spontaneo all’Autorità garante al fine di poter godere del “programma di clemenza” la Corte di giustizia ha ritenuto che un soggetto, che sia stato danneggiato da un’infrazione *antitrust* e che richieda il risarcimento del danno, può accedere ai documenti attenenti ad un procedimento di clemenza ma, in considerazione del rischio di dissuasione dei soggetti dal fornire spontaneamente tali documenti, i giudici nazionali sono chiamati a determinare le condizioni ed i limiti di tale accesso, L. PACE, *Dizionario sistematico della concorrenza*, cit.

avvenuta la traslazione del danno a seguito di un aumento del prezzo praticato dall'impresa intermedia).

Inoltre, la direttiva introduce alcune presunzioni, suscettibili di prova contraria da parte dell'impresa convenuta, onde agevolare la posizione delle vittime delle violazioni *antitrust* e, dunque, anche dei consumatori. Nello specifico:

a) Si presume che i cartelli siano da considerare un danno risarcibile così che la posizione dei consumatori acquirenti diretti venga agevolata, visto che non dovranno più dimostrare che il cartello ha determinato un incremento del prezzo¹⁶⁵;

b) Nel caso in cui ad agire in giudizio sia un acquirente indiretto (che può essere un consumatore o un'impresa), la presunzione è che il sovrapprezzo anti-competitivo sia stato traslato sul soggetto che agisce. Anche in questo caso, il consumatore (o l'altra vittima dell'illecito) non è tenuto a dimostrare la traslazione, ma, unicamente, che la violazione *antitrust* ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto.

La direttiva in oggetto chiarisce, inoltre, che quando è certo che la violazione *antitrust* abbia causato un danno al soggetto che agisce in giudizio, ma è incerta la sua misura, il giudice nazionale ha il potere di valutare in maniera equitativa il danno risarcibile. In questo modo, non è necessario procedere al calcolo esatto del danno.

Tale misura ha l'effetto di agevolare la promozione di azioni risarcitorie da parte dei consumatori, dal momento che semplifica il corso dei processi¹⁶⁶.

La legge 9 luglio 2015 n. 114 ha visto, così, l'approdo del progetto di armonizzazione perseguito per anni. La legge ha, infatti, provveduto al parziale recepimento della direttiva 2014/104/UE e, all'articolo 2, stabilisce principi e criteri direttivi specifici, e consente che, per un medesimo caso, i giudici e le autorità possano applicare in maniera parallela, gli articoli 101 e 102 del TFUE e gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990. La legge prevede altresì la revisione delle competenze delle sezioni specializzate in materia di impresa, disciplinate dal d. lgs. 168/2003, concentrando le controversie relative alle violazioni dal decreto di attuazione della direttiva 2014/104/UE presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale. Complessivamente si può osservare che il tenore della legge è stato ritenuto molto incisivo, anche se la previsione

¹⁶⁵Alla stessa soluzione era già arrivata la giurisprudenza pacifica della Corte di Cassazione);

¹⁶⁶ Ad esempio, potendo rendere superfluo il ricorso a una apposita CTU almeno nei giudizi individuali.

dell'azione di classe è stata limitata alla formula *opt-in* valida, cioè, unicamente per i consumatori che hanno aderito espressamente all'azione¹⁶⁷.

3. La direttiva 104 del 2014 e il Dlgs 3/2017. Cenni

Oggi, la Direttiva 2014/104/UE, che, insieme ai principi che compongono il cosiddetto *acquis* comunitario sul punto, detta l'attuale assetto normativo del risarcimento del danno per violazione della disciplina *antitrust*.

Con d.lgs. 3/2017¹⁶⁸ la direttiva 104/2014 è stata recepita nel nostro ordinamento e trova applicazione sia con riferimento alle azioni di risarcimento *follow on*¹⁶⁹ che a quelle *stand alone*, proposte in assenza di una previa decisione *antitrust*¹⁷⁰.

Gli artt. 1 e 2 individuano, anzitutto, i soggetti che possono assumere la qualità di danneggiato, e le voci di danno che possono formare oggetto di risarcimento.

Quanto al primo aspetto, sono legittimate ad agire per il risarcimento del danno le persone, fisiche o giuridiche, professionisti o consumatori¹⁷¹. Sarà legittimato ad agire per il danno chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto o indiretto dall'autore della violazione del diritto alla concorrenza (art. 10)¹⁷². Il risarcimento potrà essere chiesto per qualunque danno subito a seguito della

¹⁶⁷ La proposta di un'azione di classe *opt-out* è stata ritirata per essere sostituita con una Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 in cui si suggerisce agli Stati membri l'adozione di un'azione *opt-in*. Nelle azioni collettive in modalità *opt-in*, sono le vittime che decidono di aggregare in un'unica azione le istanze individuali di risarcimento mentre, in quelle *opt-out* la decisione finale si estende a tutti i danneggiati a prescindere dalla loro iniziativa;(v. *infra*).

¹⁶⁸ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017.

¹⁶⁹ Ossia che seguono la decisione di accertamento della violazione da parte dell'AGCM

¹⁷⁰ Si ricorda a tal proposito l'articolo 21 della Dir. 104/2014, il quale prevedeva il recepimento a livello nazionale entro il 27 dicembre 2016.

¹⁷¹ Questi ultimi anche a seguito dell'esperimento di un'azione collettiva ai sensi dell'art. 140-bis del codice del consumo.

¹⁷² L'articolo 7 può essere considerato la disposizione cardine dell'intera disciplina in commento. Essa riguarda l'efficacia probatoria delle decisioni dell'AGCM e delle autorità della concorrenza site in altri Stati membri (ECN), ai sensi dell'art. 7, co. 1, si deve considerare definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'AGCM passata *in giudicato* per decorso dei termini di impugnazione oppure in esito all'esperimento del giudizio di impugnazione; quest'ultimo deve essere connotato da un sindacato giurisdizionale *pieno*, che comporti la *verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la*

violazione delle disposizioni di *diritto della concorrenza*, nel quale rientrano, ai sensi del Decreto, le disposizioni degli artt. 101 e 102 del TFUE e degli artt. 2, 3 e 4 della legge 287/1990 e qualunque altra disposizione, nazionale od europea, volta a perseguire le medesime finalità di tali disposizioni, fatta eccezione per *quelle che impongono sanzioni penalia persone fisiche, salvo che tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese* (art. 2, co. 1, lett. b). Nel nostro ordinamento, il principio dell'ampia legittimazione ad agire nelle azioni di risarcimento per danno *antitrust*, trova in tal modo codificazione già riconosciuto dalla giurisprudenza europea nei casi *BRT/SABAM*, *Courage* e *Manfredi* ed a livello nazionale dalla Cassazione (cfr. ad es. sentenza n. 2207/2005).

4. Gli 'aiuti di Stato': dal Regolamento 1589/2015 alle istanze dell'emergenza Covid

Nel 2015 l'UE ha emanato il Reg. n. 1589 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Gli aspetti salienti del regolamento riguardano l'opportunità di dare pubblicità alle decisioni della Commissione, fermo restando al tempo stesso l'affermazione del principio per cui le decisioni riguardanti i casi di aiuti di Stato vanno indirizzate allo Stato membro interessato. In tal senso si è ritenuto opportuno pubblicare tutte le decisioni che potrebbero ledere gli interessi degli interessati per esteso o in sintesi o mettere a disposizione di questi ultimi, copie di tali decisioni, ove esse non siano state pubblicate o non siano state pubblicate per esteso.

legittimità della decisione medesima. L'accertamento dell'AGCM risulta vincolante quanto alla natura della violazione ed alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale; la decisione dell'AGCM non ha invece portata vincolante con riferimento al nesso di causalità ed all'esistenza del danno, che devono dunque essere provati dall'attore ed accertati in sede civile. Con l'art. 7, co. 1 viene dunque superata la linea giurisprudenziale che attribuiva alle decisioni dell'AGCM *valore di prova privilegiata* rispetto alla quale il convenuto era ammesso a fornire la prova contraria; ai sensi dell'art. 7, co. 2, le decisioni definitive con le quali le autorità *antitrust* o i giudici del ricorso di altri Stati membri abbiano accertato una violazione del diritto della concorrenza costituiscono prova *prima facie*, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove. L'articolo 14, co. 2, in deroga al principio generale dell'onere della prova, stabilisce una presunzione di esistenza del danno derivante dall'esistenza di un accordo di cartello. In tali ipotesi, colui che si afferma danneggiato da una simile intesa sarà soltanto tenuto a provare *il quantum* del pregiudizio subito.

Nel regolamento in oggetto si legge che *‘nel dare pubblicità alle proprie decisioni, occorre che la Commissione rispetti le norme riguardanti il segreto professionale, compresa la protezione di tutte le informazioni riservate e dei dati personali, conformemente all'articolo 339 TFUE’*¹⁷³.

In merito agli ‘aiuti di Stato’, occorre delineare le istanze occorse a seguito della recente pandemia COVID19 che ha procurato gravi conseguenze a molte attività produttive. In considerazione della caduta della produzione e dei consumi che prevede per l’Italia una stima del PIL per il 2020 al meno 8% annuo, successivamente valutata al meno 11%, in Italia, il 24 aprile 2020, è stato emanato un ‘Documento di economia e finanza’ volto a trovare soluzioni anticrisi.

Tra le misure adottate emerge l’adozione di norme maggiormente flessibili in materia di aiuti di Stato.

Tali soluzioni si collocano in seno a quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione *‘Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak’*¹⁷⁴ volta a consentire agli Stati membri la possibilità di sostenere il tessuto economico anche introducendo misure in deroga a quanto previsto per gli aiuti di Stato. Il Temporary Framework è stato modificato ulteriormente ed esteso con la Comunicazione (C2020 3156 final) dell’8 maggio. Esso prevede la possibilità per gli Stati di intervenire con aiuti di ricapitalizzazione alle imprese fino al 1° luglio 2021. Inoltre, in considerazione delle istanze di politica della concorrenza o economiche esso potrà essere ulteriormente esteso. La Commissione ha, successivamente, inviato agli Stati membri un sollecito ad autorizzare il sostegno pubblico in particolare alle piccole e microimprese che versassero in difficoltà finanziarie al 31 dicembre 2019.

Le condizioni per ricevere tali aiuti, è di non essere sottoposte a una procedura di insolvenza, e che non abbiano già ricevuto aiuti non restituiti o che non siano sottoposte ad un piano di ristrutturazione¹⁷⁵.

¹⁷³ Considerando n.30 del reg. 1589/2015

¹⁷⁴ COM 2020/C 91 I/01.

¹⁷⁵ La Commissione ha proposto inoltre di adeguare le condizioni per le misure di ricapitalizzazione nell’ambito del quadro temporaneo per i casi in cui gli investitori privati contribuiscono all’aumento di capitale delle società insieme allo Stato.

Conclusioni

Il tema oggetto del presente elaborato, la tutela risarcitoria per i danni da comportamenti *antitrust*, ha richiesto la valutazione di aspetti molto diversi tra loro, al fine di poter assicurare una trattazione esaustiva,

In *primis* è stato necessario risalire alla *ratio* economica della normativa posta a tutela della concorrenza e, in tale ottica, si è dovuto risalire alle implicazioni che essa comporta nell'interno del mercato unico europeo.

Tale ricerca ha portato ad intravedere argomentazioni a tutela del liberismo sia di natura pubblica che privata.

Da un punto di vista pubblico non mancano però questioni dibattute. Se è vero che in presenza del liberismo gli offerenti tendono a moltiplicarsi, ciò potrebbe anche provocare la fuoriuscita di produttori incapaci di reggere la fisiologica riduzione dei prezzi, generando una conseguente crisi occupazionale e d'impresa in determinati settori. Inoltre, l'economia basata sulla concorrenza, altamente competitiva, incitando la riduzione dei costi, può creare riduzioni di qualità nei processi produttivi che si esprimono con evidenza nelle *economie esterne negative*. Queste circostanze, definite esternalità negative, annullano i vantaggi tipici del liberismo e possono determinare fallimenti di mercato.

Il Trattato di Roma non esplicita la difesa del liberismo ma, all'art. 101 del TFUE, si prevede espressamente la possibilità di derogare a restrizioni, quando esse si rivelino idonee a contribuire allo sviluppo armonioso delle attività economiche, garantendo una maggior efficienza economica generale. In tal senso l'Unione europea, nella sua attività volta a tutelare la concorrenza, ha agito in più direzioni:

1. una prima, volta a regolare i *comportamenti delle imprese*, ha disciplinato le *intese restrittive* e *l'abuso di posizione dominante* (artt. 101 e 102 TFUE), nonché il *controllo delle concentrazioni* (reg. n. 139/2004);

2. una seconda, mirata a regolare i *comportamenti degli Stati membri*. Nello specifico si tratta di norme rivolte alle imprese pubbliche, o titolari di diritti esclusivi o speciali (art. 106 TFUE), che negano l'adozione di misure ad effetto anticoncorrenziale (c.d. "*clausola di compatibilità*"), vietando gli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE). Tuttavia, il campo di applicazione delle norme sulla concorrenza ha

coinvolto *tutte* le attività economicamente rilevanti le quali non risultino espressamente escluse.

Il nostro Paese ha introdotto la propria normativa relativa alla disciplina della concorrenza solo nel 1990, con la *legge 287*. Oltre a prevedere sanzioni per le ipotesi di *intese* e degli *abusi di posizioni dominanti*, essa ha regolato le funzioni dell'*Autorità Antitrust*, autorità garante della concorrenza e del mercato. Nell'elaborato si è inteso affrontare la natura e i poteri dell'autorità amministrativa indipendente, cercando di analizzare le origini e gli sviluppi degli ampi poteri a quest'ultima riservati.

Dal 1990 in poi, le previsioni introdotte con il Libro bianco e con il Libro Verde sono state solo degli auspici, più che delle regolazioni in senso stretto. Si può dire che solo con la giurisprudenza comunitaria e con l'emanazione di direttive si siano avuti i primi effetti vincolanti che, oggi, delineano un quadro caratterizzato da un deciso rafforzamento del *private enforcement antitrust*.

L'impegno dei legislatori, sia nazionali che europei, si è indirizzato verso il perfezionamento della disciplina relativa agli aspetti legati alla tutela, innovando le procedure, introducendo nuovi mezzi di tutela e armonizzando le funzioni dei giudici nazionali con quelli comunitari, in un'ottica di cooperazione e coordinamento tra le varie istituzioni pubbliche e private.

Il processo di armonizzazione e unificazione del diritto nella materia della concorrenza, è stata tradizionalmente affidata alla mano pubblica, ma gli aspetti ripristinatori sono oggi, di forte rilievo privatistico. Proprio per queste ragioni si parla di un doppio binario applicativo, che costituisce la base per il raggiungimento di un adeguato *level playingfield* del diritto *antitrust*.

Una prova a verso tale ambizione può essere ricercata nel regime riservato all'onere probatorio nella valutazione del danno sofferto che, lungi dal potersi considerare in *re ipso*, si presume una volta accertata l'illiceità del comportamento anticoncorrenziale. Resta tuttavia ferma la possibilità per il convenuto di superare questa presunzione, provando che il pregiudizio subito dal consumatore si è prodotto come conseguenza di fatti diversi dal comportamento anticoncorrenziale. Si delinea così una struttura dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust*, che vede il criterio relativo alla colpa nella sua dimensione oggettiva, consistente nella violazione delle

disposizioni che prescrivono una determinata condotta alle imprese. L'onere della prova è, quindi, per la tipologia delle fattispecie considerate, invertito rispetto alle regole ordinarie dettate dal codice civile.

La recente direttiva 104/2014/UE, recepita nel gennaio 2017, introducendo facilitazioni per l'accesso alle prove e disposizioni chiare circa i documenti detenuti dai giudici, (distinguendo tra quelli che potranno essere divulgati e quelli che non potranno esserlo), ha finalmente marcato i perimetri delle competenze e delle procedure per rendere più agevoli i meccanismi di accesso ad un adeguato e pieno risarcimento del danno *antitrust*.

Tali misure, unite alla possibilità di agire tramite alternativi strumenti di tutela, quali la *classaction*, l'arbitrato e la mediazione, rendono, oggi, le azioni esperibili per il risarcimento del danno *antitrust* particolarmente strutturate e ben delineate seppur talvolta la competenza sia riservata ad organi diversi. Infine, l'analisi ha evidenziato come, dinanzi a situazioni emergenziali, come quelle postulate dalla pandemia COVID 19, la normativa antitrust abbia richiesto un ripensamento in relazione agli aspetti relativi al divieto di 'aiuti di Stato'.

Bibliografia

- AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli editore, 2007
- ALESSI R., CANNIZZARO E., BOZZA E., *Codice della concorrenza*, III Ed., Giappichelli, 2009
- ALPA G. E CONTE G., *La responsabilità d'impresa*, (Istituti di diritti civile), 2015
- ARGENTATI A., *Concorrenza e mercato*, in: PELLEGRINI M., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, 2016
- BARIATTI S. E PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE 2009
- BARIATTI S., PERFETTI L., *Il rapporto tra il giudizio civile ed il procedimento dinanzi alla commissione europea*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO E B. NASCIMBENE, 2009
- BENACCHIO G.A., *Il private enforcement del diritto antitrust*, in Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013
- CAMPOBASSO M., *Diritto Commerciale*, UTET, 2012
- CANNIZZARO E. PACE L.F., *Le politiche di concorrenza*, G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, parte speciale, G. Giappichelli, 2010
- CARPAGNANO M., *La mutazione del private antitrust enforcement*, AGCM, Atti del Congresso, 22 Marzo 2016
- CARRATTA A., *Sulla modifica dell'art. 140-bis Cod. Cons. e sull'introduzione dell'"azione di classe"* in *Foro it.*, 2009
- CASTELLIL., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012 Giuffre'
- CHALMERS D., MONTI G., *Text law* , in, *European Union Law*,2014.
- CLARICH M., *Man. Dir. Amm.*,ilMulino, Bologna, 2010
- CONSOLO A., *Come cambia, rivelando a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumersitica*, in *Corr. giur.*, 2009
- COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro It.*, 2009

- CROCCO D., *Le Autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati. Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, in Foro It., 2012
- FALCE V., *Antitrust e tutela del consumatore. La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali* in Diritto Mercato Tecnologia, www.dimt.it, 2010
- GALGANO F., *Diritto Privato*, Cedam, 2013
- GHEZZI F., OLIVIERI G., I, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2013
- GUIZZI G., *Contratto e intesa nella disciplina della concorrenza*, in "I contratti della concorrenza", a cura di A. CATRICALÀ E E. GABRIELLI, 2011
- HARRIS R. e SULLIVAN L.A., *Passing on the Monopoly Overcharge*, in Concurrence, 2012
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014
- MAUGERI M.R., *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie in Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2010
- MELI V., *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in Riv. dir. ind., I, V, 2000
- MOLLERS T.M.J., *Private enforcement of competition law in Europe - The directive proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in Europa dir. priv., 2014
- MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, in Mercato Conc. e Regole, n.1/2010
- NOTARO G., *Assessing Methods for the quantification of Antitrust Damages: An Application to the Pasta Cartel in Italy*, in Temi e problemi (AGCM), 14/2013
- PACE L.F., *Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del Reg. 1/2003: teoria e prassi*, in BENACCHIO E CARPAGNANO, Cedam, padova, 2009
- PACE L.F., *L'iniziativa economica provata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in studi in memoria di PIGA, 1992. Estratto tratto da: XVI legislatura La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione. Ottobre 2010 n. 244 a cura di: G. BUONOMO
- PELLEGRINI M., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, 2016
- PRESTI E G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, 2013
- PROSPERETTI L., *Prova e valutazione del danno antitrust*, in Mercato concorrenza regole, 2008
- PUNZI C., *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in Riv. dir. proc., 2010

SANTA MARIA A., *Il Libro Bianco e la legge italiana non introducono una classaction "all'americana"*, in *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro Bianco e legge italiana*, parte di "Il private enforcement delle norme sulla concorrenza", Giuffrè, 2009

SASSANI S., *L'azione di classe nel sistema italiano: primi spunti ricostruttivi*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, a cura di GAMBINO e FALCE, Roma 2010

TACCANI A., *Gli effetti delle decisioni dell'autorità nazionale della concorrenza nei giudizi civili di risarcimento*, in, *L'impatto della nuova dir. 104/2014*, in *Giustizia civile*, 2015

TAVASSI M., *Le controversie civili in materia antitrust*, in, *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, a cura di F. MUNARI E C. CELLERINO, 2016

TESAURO G., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2014

TESAURO G., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisprudenziale tra ordinamento dell'UE e ordinamento italiano*. Editoriale Scientifica. AIGE-Associazione Italiana Giuristi Europei, 2013

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'unione Europea*, Libreria Universitaria, 2013

VOCINO V., *Sui cosiddetti interessi diffusi*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982

VOS E., *Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies?* In *Common Market LAW REVIEW*, 2000

WESSLING R., *The commission White Paper on modernization of EC antitrust law: unspoken consequences and incomplete treatment of alternative options*, in *Europ. comp. law rev.* 1999

WISH R. E BAILEY D., *Competition Law*, Oxford, Oxford University press, 2012