



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E DIRITTO DELL'ECONOMIA
SEZ. DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXVIII CICLO

**Una struttura a due pilastri per
l'*antitrust enforcement* europeo**
*Il tentativo di rilancio delle azioni risarcitorie oltre il
level playing field?*

CANDIDATO

Maria Rosaria Raspanti

RELATORE

Prof. Vittorio Santoro

INDICE

PREMESSA (p. 5)

CAPITOLO I

IL RISARCIMENTO DEL DANNO ANTITRUST E LE RELATIVE AZIONI: TEMI E PROBLEMI

1. Le azioni di risarcimento del danno antitrust e il (difficile?) rapporto con il *public enforcement* (p. 8)
2. Il “doppio binario” dell’*enforcement* antitrust tra Stati uniti e Europa: tra compensazione del danno ed esigenze di deterrenza. (p. 17)
 - 2.1. *Private antitrust litigation negli USA: storia e ragioni di un (in)successo.* (p. 24)
 - 2.2. *Le finalità del private enforcement europeo e italiano: tra tentativi di “privatizzazione” dell’applicazione delle regole antitrust e necessità di superamento del contrasto con il public enforcement.* (p. 28)
3. Il diritto ad agire per la compensazione dei danni da illecito antitrust: il cammino comunitario del diritto al risarcimento tra questioni di efficacia del diritto comunitario ed esigenze di tutela dei danneggiati. (p. 39)
4. Il *private antitrust enforcement* in Italia: dipendenza dall’azione pubblica? (p. 54)
5. I “temi caldi” del processo civile per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale. (p. 63)

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 2014/104/UE: CONTENUTI, RAGIONI E OBIETTIVI

1. L'approdo del cammino comunitario all'adozione della Direttiva: un esito tutt'altro che scontato. (p. 69)

2. Dal Libro Bianco della Commissione sulle azioni risarcitorie per danni antitrust alla Direttiva 2014/104: un passo avanti e due indietro. (p. 71)

2.1. La legittimazione ad agire e le azioni collettive in Europa (p. 73)

2.1.1. Le azioni collettive: un'Europa diffidente. (p. 73)

2.1.2. L'azione degli acquirenti indiretti "vittime" del passing on: problemi di indeterminatezza e possibilità di una prospettiva non solo orizzontale. (p. 85)

2.2. L'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza: tra forzati parallelismi e dubbi di costituzionalità. (p. 101)

2.2.1. Problemi di carattere generale: individuazione del fondamento giuridico. (p. 101)

2.2.2. Problemi di carattere costituzionale: assoggettamento dei giudici e garanzia del diritto di difesa. (p. 109)

2.2.3. L'ambito di operatività dell'art. 9 della Direttiva. (p. 114)

2.2.4. Il funzionamento della portata vincolante del provvedimento sanzionatorio nel processo. (p. 118)

2.3. Il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria: criteri generali per la ricerca di uniformità. (p.121)

2.4. Il regime della divulgazione delle prove tra agevolazione dell'attore ed esigenze di garanzia dell'efficacia dell'azione pubblica. (p. 130)

3. Conclusioni. (p. 145)

CAPITOLO III
LE PROSPETTIVE DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA
2014/104/UE IN ITALIA: NOVITA' E INCERTEZZE.

1. Premessa (p. 147)

2. Le prospettive di trasposizione della Direttiva in Italia. (p. 148)

2.1. Il risarcimento del danno antitrust in Italia: brevi cenni sull'evoluzione storica del modello nazionale del rimedio risarcitorio avverso le violazioni delle regole di concorrenza. (p. 150)

2.2 La legittimazione ad agire: consumatori, azioni di classe e acquirenti indiretti nel private antitrust enforcement italiano. (p. 153)

2.2.1. La legittimazione dei consumatori a richiedere il ristoro di danni antitrust nella giurisprudenza italiana. (p. 153)

2.2.2. Le azioni collettive in Italia: prospettive di riforma. (p. 156)

2.2.3. L'utilizzo del passing on nelle azioni risarcitorie innanzi le corti italiane. (p. 167)

2.3. L'efficacia dei provvedimenti dell'Agcm nei giudizi risarcitori per danni antitrust nella prassi decisionale delle corti italiane: onere probatorio dell'attore, difesa del convenuto e pregiudizialità. (p. 171)

2.3.1. La difesa dell'impresa convenuta e l'estensione della valenza probatoria del provvedimento al nesso causale. (p. 180)

2.3.2. Problematiche di carattere costituzionale: pregiudizialità o subordinazione dell'azione risarcitoria e del potere decisionale del giudice all'accertamento dell'Autorità? (p. 191)

2.3.3. L'impatto della Direttiva circa l'efficacia vincolante del provvedimento dell'Agcm nei giudizi risarcitori. (p. 198)

2.4. *Il termine di prescrizione dell'azione per risarcimento danni antitrust: tempi e individuazione del dies a quo nell'esperienza nazionale.* (p. 203)

2.5. *La divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità tra rigidità e aperture.* (p. 217)

3. Conclusioni (p. 222)

CAPITOLO IV
LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI ENFORCEMENT A DUE
PILASTRI:
RIVOLUZIONE O (SEMPLICE) ARMONIZZAZIONE?

1. Il tentativo di rafforzamento delle azioni risarcitorie nella Direttiva: oltre il *level playing field*? (p. 225)

2. La riproposizione del modello nazionale e l'armonizzazione delle regole da parte della Direttiva: uno sguardo all'impatto della nuova normativa a livello nazionale. (p. 231)

3. Conclusioni: il futuro (prossimo) del *private antitrust enforcement europeo*. (p. 237)

Bibliografia essenziale (p. 243)

Appendice della normativa e giurisprudenza citata (p. 253)

PREMESSA

Il tema della risarcibilità del danno antitrust è entrato relativamente di recente nel panorama giuridico nazionale ed europeo.

A livello europeo, il riconoscimento del diritto al risarcimento ha trovato la propria matrice, come per molti altri principi, nel formante giurisprudenziale, per poi trovare una progressiva proiezione a livello normativo, grazie alla maturata coscienza della necessità di intervenire con strumenti legislativi che compendiassero e auspicabilmente chiarissero i principi e le esigenze della materia, per poi essere accolti in maniera condivisa a livello nazionale.

Così, sulla scorta dei riconoscimenti e dei principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si è registrato un progressivo interesse del legislatore comunitario, così come una progressiva, benché differenziata, apertura delle corti nazionali verso le azioni di risarcimento del danno antitrust, con la formulazione di principi e la definizione di un quadro di regole che è andato nella sostanza a supplire l'assenza di un quadro normativo apposito, sia a livello nazionale che comunitario.

L'apertura europea e nazionale alla risarcibilità del danno da illecito anticoncorrenziale ha segnato un passo importante sia del diritto della concorrenza in generale, evidenziandone la sua dimensione "privata", sia in particolare del *private enforcement* delle regole di concorrenza, che è stato condotto con tali azioni, più di quanto sia avvenuto in altri settori, su un'area considerata a lungo esclusiva della sfera pubblicistica, almeno in ambito europeo.

L'evoluzione del *private antitrust enforcement* non è tuttavia andata esente da ostacoli.

Se, infatti, la risarcibilità del danno antitrust è stata riconosciuta appieno dalle corti e dalle istituzioni, è a livello applicativo che le azioni di risarcimento hanno dovuto affrontare tutti i limiti che si pongono – forse immancabilmente – nel proporre un'azione per danni derivanti dalla violazione di norme pubblicistiche. Limiti che si palesano nel momento in cui occorre considerare gli aspetti peculiari dell'azione: dai soggetti legittimati, all'assolvimento dell'onere

probatorio sulla condotta, al termine di prescrizione dell'azione, alla quantificazione del danno, al nesso causale tra condotta e danno, e così via.

Per comprendere come e perché tali limiti si sono posti e come sono stati affrontati, appare necessario compiere innanzitutto un passo indietro, ripercorrendo la storia della risarcibilità dei danni antitrust, almeno nei suoi aspetti fondamentali. Solo in tal modo sembra possibile comprendere le peculiarità di tali azioni.

Approcciarsi al tema della risarcibilità del danno da illecito antitrust senza un preventivo sguardo all'evoluzione teorica e applicativa di questo importante strumento di *enforcement* del diritto della concorrenza priverebbe, infatti, della possibilità di conoscere una parte essenziale – e forse più interessante – della storia delle azioni di risarcimento del danno antitrust, che costituisce il necessario retroscena del quadro normativo e giurisprudenziale consolidatosi e che oggi trova applicazione.

L'analisi dell'evoluzione permette di comprendere che, se l'utilizzo del rimedio risarcitorio per il ristoro del danno subito può, in generale, apparire scontata – quasi dovuta –, l'impiego di tale rimedio perde di ovvietà quando vengono ad intrecciarsi interessi (pubblico e privato) almeno apparentemente diversi e potenzialmente in contrasto, nonché quando ci si accorge che, anche a considerare tali interessi connessi e convergenti, i mezzi e gli strumenti tipici del sistema risarcitorio si rivelano, almeno in parte, inadeguati o comunque bisognosi di opportuni adattamenti o diverse interpretazioni che consentano di prendere in considerazione le caratteristiche specifiche del tipo di azione che, per quanto riguarda il diritto antitrust, pongono quesiti e problemi sotto certi aspetti nuovi e diversi.

Il passo successivo è rappresentato dall'esame dell'attualità del *private enforcement*, passando inevitabilmente dall'analisi della Direttiva 2014/104/EU¹ che richiede, però, anche di comprendere qual è il quadro, oggi, a livello nazionale e in che misura i contenuti della normativa europea di recente approvazione incideranno sulla prassi degli Stati membri.

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, G.U.U.E. L 349, 5.12.2014.

Il complesso di tale analisi dovrebbe portare a rispondere all'interrogativo di fondo della presente ricerca, che si pone l'obiettivo di comprendere quale sia il possibile futuro scenario dell' *enforcement* antitrust europeo in seguito alla trasposizione della Direttiva e se, in particolare, i rapporti tra *public* e *private enforcement* saranno regolati in modo tale da creare quella struttura "a due pilastri" dell'*enforcement* antitrust, che sembrerebbe essere il primario obiettivo della Commissione Europea.

Presupposto necessario dell'analisi del possibile futuro scenario è, però, l'esame della situazione attuale di tali rapporti che, come si vedrà, risulta caratterizzata dalla netta preponderanza del *public enforcement* e dal generalizzato scarso sviluppo delle azioni private, cercando di individuare le ragioni dell'attuale squilibrio tra le due sfere dell'*enforcement*.

Svolto questo compito preliminare, occorrerà poi comprendere, sulla base dell'analisi dei principali contenuti della Direttiva e del quadro nazionale, se e come la normativa di prossima trasposizione potrà avere un ruolo determinante nella creazione della struttura a due pilastri, che vada oltre la sola armonizzazione delle regole applicabili a livello nazionale.

CAPITOLO I

IL RISARCIMENTO DEL DANNO ANTITRUST E LE RELATIVE AZIONI: TEMI E PROBLEMI

Sommario: 1. Le azioni di risarcimento del danno antitrust e il (difficile?) rapporto con il *public enforcement*. – 2. Il “doppio binario” dell’*enforcement* antitrust tra Stati uniti e Europa: tra compensazione del danno ed esigenze di deterrenza. – 1.1. *Private antitrust litigation* negli USA: storia e ragioni di un (in)successo. – 1.2. Le finalità del *private enforcement* europeo e italiano: tra tentativi di “privatizzazione” dell’applicazione delle regole antitrust e necessità di superamento del contrasto con il *public enforcement*. – 3. Il diritto ad agire in sede civile per la compensazione dei danni da illecito antitrust: il cammino comunitario del diritto al risarcimento tra questioni di efficacia del diritto comunitario ed esigenze di tutela dei danneggiati. – 4. Il *private antitrust enforcement* in Italia: dipendenza dall’azione pubblica? – 5. I “temi caldi” del processo civile per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale.

1. Le azioni di risarcimento del danno antitrust e il (difficile?) rapporto con il public enforcement.

Per comprendere, nella prospettiva degli obiettivi della presente ricerca, quale possa essere il futuro dei rapporti tra attuazione pubblica e privata delle regole di concorrenza, occorre innanzitutto capire quale dei due sistemi possa dirsi preponderante e, nel caso, individuare le ragioni di tale preponderanza.

Nell’Unione Europea, storicamente, l’attuazione delle regole di concorrenza non è passata per l’azione dei privati, bensì è stata integralmente affidata all’*enforcement* pubblico posto in essere dalle autorità di concorrenza degli Stati membri e, a livello centrale, dalla Commissione Europea. Da ciò risulta un quadro dei rapporti tra le due sfere dell’*enforcement* di fatto opposto a quanto avviene nella tradizione giuridica statunitense, nella quale il *private enforcement* rappresenta il pilastro fondamentale dell’attuazione della normativa antitrust.

La tradizione giuridica degli Stati Uniti annovera tra le proprie tematiche d'interesse quella del *private antitrust enforcement* sin dal XIX secolo, considerando le azioni dei privati uno degli elementi, distinti ma tra essi complementari, della lotta alle condotte anticoncorrenziali degli operatori economici². Ad oggi, può sicuramente affermarsi che negli USA è il *private enforcement* il motore dell'applicazione delle regole di concorrenza, mentre l'opera di tutela da parte delle autorità pubbliche è, potrebbe dirsi, residuale.

Al contrario, nella tradizione giuridica del Vecchio continente, il *private antitrust enforcement* ha sofferto per lungo tempo di una posizione di subalternità rispetto al centralissimo *public enforcement*. Subalternità man mano diminuita – ma di certo non venuta meno – anche grazie all'influenza della dottrina antitrust d'oltreoceano.

Quello della contrapposizione o, meglio, della preponderanza del *public* sul *private enforcement*, è, senza dubbio, il principale elemento di discriminare tra l'esperienza antitrust statunitense e quella europea (e dei singoli Stati): se negli USA è il *private enforcement* il vero protagonista dell'attuazione delle regole antitrust, in Europa non può dirsi lo stesso, dovendosi invece rilevare la marcata sottoutilizzazione dei sistemi rimediali a disposizione dei privati.

Lasciando le osservazioni sulle ragioni dello scarso utilizzo delle azioni dei privati nell'*enforcement* delle regole di concorrenza ai successivi paragrafi, rileva qui, innanzitutto, dar conto delle posizioni assunte in ambito nazionale sulla contrapposizione o, se si vuole, sul difficile rapporto difficile tra *public* e *private enforcement* nell'ordinamento comunitario e degli Stati membri.

A questo proposito, non di poco rilievo appare l'opinione di chi, direttamente coinvolto nell'attuazione pubblica delle regole di concorrenza, ha di recente ritenuto che il *public enforcement* debba comunque, e malgrado il cammino comunitario di cui ci si appresta a dire, mantenere una posizione centrale nell'applicazione delle regole di concorrenza, in quanto ritenuto più idoneo al perseguimento degli obiettivi di repressione e deterrenza, tralasciando però di considerare la possibile complementarità (sebbene a questa si faccia

² Per una ricostruzione recente del *private antitrust enforcement* negli USA si veda B. Baer, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, Department of Justice of the US, Febbraio 2014, disponibile su www.justice.gov

cenno) tra le due facce di una medesima medaglia³. Ciò in quanto “*il public enforcement continua a caratterizzarsi come “strutturalmente” più adatto, rispetto al private enforcement, all'accertamento dei cartelli anticoncorrenziali, che costituiscono gli illeciti antitrust più gravi*” ritenendo inoltre che “*Il private antitrust enforcement dovrebbe (...) svolgersi preferibilmente (e più utilmente) dopo la conclusione dell'istruttoria antitrust da parte dell'Autorità di concorrenza, come azione follow on*”⁴.

Nonostante le critiche che potrebbero muoversi a una tale impostazione, essa ha comunque il merito di fotografare chiaramente l'idea che si è sinora avuta o che, comunque, ha dominato, nella considerazione dei rapporti tra *public* e *private enforcement*, idea che, in realtà, per quanto si dirà in seguito in merito al contenuto della Direttiva, sembra sia di fatto rimasta nelle intenzioni del legislatore comunitario⁵, sin dalla proposizione del pacchetto legislativo di recente entrato in vigore, compiendo di fatto passi indietro rispetto all'approccio contenuto nel Libro Bianco della Commissione e, quindi, restando su una posizione conservativa rispetto all'introduzione o incentivazione di un sistema in cui il *private enforcement* sia il motore della macchina della concorrenza o, quantomeno, vada di pari passo con il *public enforcement*⁶.

La citata impostazione muove dal presupposto, alquanto radicato nell'opinione comune, che le due sfere di azione tutelino interessi diversi, che sarebbero destinati ad operare su piani distinti: da un lato, la tutela dell'interesse pubblico al mantenimento delle condizioni di concorrenza tra gli operatori e, quindi, la tutela del mercato, che sarebbe cosa diversa e distinta dalla considerazione della posizione dei singoli (*public enforcement*). Dall'altro

³ P. Cassinis, G. Galasso, *Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra public e private enforcement*, in G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, Atti del III Convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011, 9-25.

⁴ P. Cassinis, G. Galasso, *Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra public e private enforcement*, cit., 12-13.

⁵ Si fa riferimento è in particolare al regime di accesso alla prova da parte dei privati nei casi di *leniency application*, uno dei temi caldi su cui si riscontrano le principali differenze nel passaggio dal Libro Bianco alla Direttiva.

⁶ R. Cisotta, *Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union*, in *The Competition Law Review*, 2014, Vol. X, 1, 81-105.

lato, la tutela di posizioni e interessi strettamente individuali, che non hanno a che fare con l'obiettivo di tutela del mercato (*private enforcement*).

Se una tale impostazione sembra condivisibile nella misura in cui, nel trattare del *private enforcement*, si faccia riferimento soltanto al danneggiato-consumatore (fattispecie alla quale, a dire il vero, la tesi riportata sembra principalmente riferita), non sembra potersi condividere una tale generalizzazione considerando l'intera platea dei possibili danneggiati, che comprende naturalmente anche le imprese, in primis concorrenti dell'*infringer*.

In tal caso, la presunta distinta operatività dei due tipi di *enforcement* sembra di dubbia solidità, ritenendosi invece che l'azione dell'impresa danneggiata possa rappresentare in certa misura istanza di interessi di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato in generale. Per tale ragione, si concorda con chi, sul punto, ha evidenziato la criticabilità di impostazioni simili a quella appena riportata, sul presupposto che il preteso contrasto tra tutela individuale dei concorrenti e tutela oggettiva della concorrenza non è fondato in quanto *“l'economia di mercato, ovverosia l'economia concorrenziale, per funzionare, e cioè per crescere e potere accrescere il benessere materiale di tutti coloro che vi partecipano, necessita che numerosi individui siano motivati a fare ricorso all'iniziativa economica, e ad esporvisi. Il mercato concorrenziale che funziona è quello che ha dimensioni vaste o almeno congrue perché coinvolge numerosi soggetti”* e, pertanto, *“anche un'appropriata tutela risarcitoria delle posizioni soggettive implicate nella concorrenza può incentivare la partecipazione al “gioco”, e contribuire all'impiego concorrenziale delle risorse e a fare conseguire all'economia di mercato le finalità d'interesse generale che la fanno preferire ad altri sistemi economici”*.⁷

Se il contrasto tra le due impostazioni riportate dipende dal fatto che, l'una, è principalmente riferita al *private enforcement* dei consumatori, mentre l'altra fa riferimento all'azione privata esercitata dei concorrenti dell'eventuale danneggiante, sembra però, in generale, potersi dubitare di una vera distinzione d'intenti e fini tra *public* e *private enforcement* anche laddove il riferimento sia soltanto alle azioni esercitate da consumatori e clienti finali.

⁷ A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005.

E' vero, infatti, che l'azione del concorrente contro l'impresa danneggiante può maggiormente rappresentare, in un certo senso, l'espressione in forma atomica di quella che potrebbe essere l'azione di un "pezzo" del mercato rilevante, potendosi ritenere il concorrente portatore di interessi simili a quelli dell'Autorità. Appare tuttavia difficile comprendere perché l'azione del consumatore non possa anch'essa rappresentare una attivazione "dal basso", e in forma ridotta di interessi, in prima istanza individuali, ma dal retrogusto pubblicistico.

Come è stato evidenziato, ciò che conta è, in generale, la rilevanza intersoggettiva⁸ della tutela della concorrenza, che dovrebbe portare a considerare *public* e *private enforcement* come strumenti con medesimo fine (anche mediato), senza artificialmente separarne i piani operativi alla ricerca di un rapporto "primo-secondo" tra i due strumenti, e senza una distinzione operata in relazione alla tipologia di soggetti che agiscono privatamente, pena la non omogeneità della considerazione del rimedio risarcitorio, sebbene sia naturale tenere conto delle differenze esistenti tra rapporti *business-to-consumer* e *business-to-business*.⁹

Poste queste considerazioni, comunque, quale che sia la finalità attribuibile alle due tipologie di attuazione delle regole di concorrenza, appare opportuno chiedersi, alla luce della riscontrata rilevanza tendenzialmente pubblicistica dell'attuazione delle regole di concorrenza in ambito europeo, se tale impostazione sia in assoluto da condannare o se abbia una sua ragion d'essere.

La preponderanza dell'attività repressiva pubblica delle condotte illecite anticoncorrenziali è stata criticata principalmente sotto due profili. Sotto un primo profilo, si è rilevata la carenza di completezza e capillarità dell'azione pubblica. Sotto un ulteriore profilo, si è rilevata la possibilità dell'utilizzo

⁸ *Ibidem*, 12-13.

⁹ Differenze che, a dire il vero, e come si vedrà in seguito, sotto certi aspetti paiono complicare il gioco dell'azione risarcitoria più per il professionista che per il consumatore che agisca per l'ottenimento del risarcimento del danno (v. *infra* Capitoli II e III).

distorto del potere pubblico da parte dei privati, che potrebbero sollecitarlo al solo fine di “disturbare” i concorrenti efficienti¹⁰.

A parte la considerazione, ovvia, che, almeno per il secondo dei due aspetti critici evidenziati si ricade sempre in una visione parziale del fenomeno come legato all'*enforcement* lato imprese, senza considerare il fondamentale contributo che può giungere dai consumatori anche nella sollecitazione dell'autorità, sembra possibile arginare le due critiche riportate sulla base di una considerazione più generale.

Come è stato osservato¹¹, di là dal considerare efficace o meno il *public enforcement*, non può non ammettersi che, in alcuni casi, il rimedio civilistico non sia idoneo a contrastare le condotte illecite nei casi più gravi e di difficile repressione. Casi nei quali l'azione istruttoria e repressiva dell'autorità pubblica di concorrenza rimarrebbe necessaria ed insostituibile.

Occorre infatti riconoscere, sebbene le generalizzazioni vadano tendenzialmente evitate, che almeno negli illeciti tipicamente caratterizzati dalla segretezza (ossia i cartelli), per una parte dei potenziali *private enforcers* (non solo consumatori, ma anche alcune tipologie imprese) sia molto complicato, se non addirittura impossibile, intercettare, conoscere e svelare la pratica illecita e, quindi, anche procurarsi prove sufficienti al fine di incardinare un procedimento risarcitorio¹².

Per tutte le condotte anticoncorrenziali che si caratterizzano per la loro segretezza, quindi, l'azione del privato sarà solo in rarissime occasioni possibile. In queste circostanze, pretendere che nei confronti di tali condotte l'effetto repressivo/deterrente giunga in primis dalla sfera privata appare eccessivo e poco accorto alle reali circostanze che contornano molti degli illeciti concorrenziali, che tendono a restare “sommersi” e che sono difficilmente conoscibili o riconoscibili come illeciti da parte delle potenziali vittime.

Questo è un punto fondamentale della pretesa contrapposizione tra *public* e *private enforcement* e dell'analisi delle diverse funzioni dei due

¹⁰ Ad esempio, inviando alle autorità segnalazioni infondate che, comunque, possono portare in qualche misura all'attivazione di mezzi e strumenti nei confronti dell'impresa segnalata, anche senza esito negativo.

¹¹ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, Relazione al convegno su “Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato” (Catania, 5-6 ottobre 2007).

¹² *Ibidem*, 2.

strumenti: il “criterio di vicinanza” all’illecito è infatti uno dei principali argomenti alla base delle tesi che sostengono l’idoneità del *private enforcement* a svelare le condotte anticoncorrenziali¹³ (nonché alla base – sotto un profilo diverso, ossia quello della legittimazione ad agire in caso di traslazione del danno – della cosiddetta *proximate causation rule*, che caratterizza il sistema di *private enforcement* americano¹⁴).

Le predette tesi, pur corrette nell’assunto di fondo, tuttavia sembrano in molti casi omettere i dovuti distinguo in riferimento alle diverse tipologie di illecito concorrenziale (e, quindi, tra cartelli e abusi di dominanza, nonché con riguardo al controllo delle concentrazioni)¹⁵, così come in riferimento alle diverse tipologie di soggetti danneggiati.

Per quanto riguarda le tipologie di illecito, infatti, non andrebbero accomunate le ipotesi del cartello e dell’abuso di dominanza, quest’ultimo sicuramente più facilmente conoscibile e riconoscibile dalla vittima, almeno qualora si tratti un concorrente o di un’impresa cliente dell’impresa dominante.

Con riferimento, invece, alla tipologia di vittima del danno, come si vedrà meglio più avanti¹⁶, occorre tener conto della diversa situazione informativa in cui versano danneggiati-consumatori e danneggiati-imprese¹⁷.

¹³ A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit. 245, sulla funzione polivalente, oggi, della responsabilità civile, la quale quindi non si limiterebbe ad avere una funzione compensativa, bensì anche deterrente; G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 182 ss.; con critiche a tale generalizzazione, I. Segal – M. Whinston, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: Survey*, in *Eur.Comp.L.R.*, 2007, 306 ss.). Sostiene la funzione esclusivamente compensativa del rimedio risarcitorio M. Barcellona (*Funzione compensativa della responsabilità (e private enforcement della disciplina antitrust)*), in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Mulino, Bologna, 2009, p. 57 ss.), secondo il quale non può parlarsi di una pluralità di funzioni della responsabilità civile, che ha esclusivamente funzione compensativa in quanto il danno rappresenta elemento costitutivo della fattispecie, ma al più può parlarsi di pluralità di funzioni dei singoli criteri di imputazione della responsabilità, fermo restando che il risarcimento non può essere superiore al danno in quanto non può andare ad arricchire ingiustificatamente il danneggiato.

¹⁴ Su tale regola e sulle caratteristiche del sistema di *private enforcement* statunitense si tornerà in maniera approfondita nel Capitolo II.

¹⁵ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, cit., 1.

¹⁶ Si rinvia, per un’analisi più estesa, ai capitoli II e III.

¹⁷ Come è noto, e come si vedrà più approfonditamente nei successivi capitoli, al consumatore è generalmente attribuita una condizione di asimmetria informativa nei rapporti con il professionista. Sul piano delle azioni risarcitorie questa circostanza ricopre un certo rilievo, andando ad incidere su vari aspetti procedurali e sostanziali, quali la decorrenza del termine di prescrizione e l’introduzione di presunzioni probatorie con relativa inversione dell’onere della prova a carico dell’impresa convenuta.

Per le ragioni appena esposte, e che si ritiene di poter condividere, qualsiasi argomento che pretenda di dimostrare che l'attuale impostazione filopubblicistica sia un demerito tutto europeo di attuazione delle regole di concorrenza, merita di essere respinto. Parimenti meritano di essere respinte le tesi che vedono nell'*enforcement* d'oltreoceano un modello perfetto perché basato sull'azione privata.

Peraltro, un continuo confronto tra *practice* europea e *practice* statunitense appare inopportuno, almeno se fondato semplicemente sulla preponderanza di un tipo di *enforcement* sull'altro e non, più correttamente – come si dirà in seguito con riferimento alle ragioni del sottoutilizzo del *private enforcement* in Europa – su ragioni di tipo culturale, in primis la mancata diffusione di una appropriata “antitrust culture” nel Vecchio continente. La preponderanza del *public enforcement* andrebbe infatti considerata principalmente figlia di una diversa impostazione culturale, in cui è mancato e continua a mancare un approccio diffuso alle regole di concorrenza, la cui rilevanza e le cui implicazioni applicative sono spesso ignorate dalle stesse imprese chiamate a rispettarle e, quindi, a maggior ragione dai potenziali soggetti danneggiati.

Il radicamento del *public enforcement* a scapito, si direbbe, dell'attuazione privata delle regole di concorrenza, è quindi piuttosto l'effetto, non la causa. Può argomentarsi, *a contrario*, che la scelta di un maggior sviluppo dell'azione pubblica possa essere una scelta di policy (e quindi “la causa”), ma ciò appare errato, in quanto la scelta di policy è pur sempre figlia del dato culturale. Il dato culturale dimostra che la conoscenza e l'importanza attribuita alla normativa antitrust nell'UE è del tutto trascurabile. E' quest'ultimo approccio, quindi, a dover essere cambiato o migliorato, dovendosi al contempo riconoscere che in assenza di una diffusa cultura antitrust, l'azione pubblica necessariamente costituisce l'unico pilastro dell'*enforcement* delle regole.

Il miglioramento dell'approccio, tuttavia, non dovrebbe andare nel senso della preponderanza di un tipo di *enforcement* (sia esso pubblico o privato)

sull'altro, ma verso la ricerca della complementarità¹⁸, che sembrerebbe aver animato gli ultimi interventi legislativi in materia.

In questo senso quindi non è nemmeno auspicabile un'impostazione dei rapporti come negli USA, mentre lo è la ricerca di un'impostazione come quella che sembra prefiggersi la Commissione, ossia la creazione di un sistema di *enforcement* a "due pilastri", in cui il rafforzamento dello strumento risarcitorio, oltre ad avere un primario obiettivo di accrescimento della tutela delle vittime dei danni antitrust – facilitando l'esercizio delle azioni – è funzionale al perseguimento di obiettivi di deterrenza.

Rimandando al successivo capitolo l'analisi del rafforzamento delle azioni private come promosso dalla Commissione con la Direttiva, occorre qui osservare che la ricerca della complementarità non può che prendere le mosse dal cambiamento del modo di vedere i rapporti tra *public* e *private enforcement*, abbandonando la visione limitata al parallelismo dei due strumenti di attuazione – che non fa che indebolirne il potenziale – e abbracciando la più consona considerazione degli stessi quali canali destinati ad intrecciarsi in un'ottica di coordinamento, già esistente tra l'azione della Commissione e quella delle corti nazionali¹⁹, sebbene su presupposti e per ragioni parzialmente differenti²⁰.

Quello appena affermato, e da più parti proposto, appare essere l'approccio preferito da parte della Commissione che, nel "cammino comunitario" – di cui si dirà a breve – che ha portato all'adozione della Direttiva, sembrerebbe aver cercato di instillare un nuovo *way of mind* nella concezione del rapporto tra l'azione delle autorità, quella delle corti civili e il potenziale insito nell'azione dei privati.

L'analisi di questo nuovo corso è riservato ai prossimi capitoli e paragrafi, prima dei quali merita, come detto, approfondire le radici della prevalenza del *public enforcement* in Europa e dell'opposto (presunto) successo del *private*

¹⁸ G. Muscolo, *L'accesso e la valutazione della prova nelle controversie in materia antitrust. Gli obblighi di ostensione nel diritto nazionale e comunitario*, intervento alla Conferenza su "La cooperazione tra i giudici nazionali, le autorità di concorrenza e la Commissione Europea nell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione", Corte di Cassazione, Roma, 6 maggio 2014.

¹⁹ G. Muscolo, *L'accesso e la valutazione della prova nelle controversie in materia antitrust. Gli obblighi di ostensione nel diritto nazionale e comunitario*, cit., conclusioni.

²⁰ Si rimanda sul punto al Capitolo II.

enforcement negli USA per comprendere le ragioni dei due diversi assetti e se possa dirsi preferibile l'uno o l'altro.

2. Il “doppio binario” dell'*enforcement* antitrust tra Stati Uniti e Europa: tra compensazione del danno ed esigenze di deterrenza.

Per ben comprendere la situazione del *private antitrust enforcement* europeo, occorre partire dalla ricerca delle ragioni della predominanza dell'azione pubblica in Europa e della sottoutilizzazione del rimedio risarcitorio. Tale situazione di generale sottoutilizzazione è stata attribuita ad una serie di cause endogene ed esogene.

In alcuni casi si è cercata la ragione della sottoutilizzazione nelle pieghe del sistema risarcitorio, rilevandone la inadeguatezza sotto il profilo della ricostruzione del carattere patrimoniale del danno concorrenziale, che non terrebbe conto delle prospettive dell'attività d'impresa²¹, ovvero nell'errata rappresentazione del danno concorrenziale, rinchiuso nei limiti del lucro cessante²².

La sottoutilizzazione è apparsa però riconducibile, in una prospettiva attenta alle influenze culturali sull'utilizzo degli strumenti di tutela, al *background* istituzionale e culturale vigente in ciascuno Stato membro, dove, riscontrandosi anche qui una significativa differenza rispetto all'esperienza statunitense, la concezione generale e predominante sulle condizioni del mercato e sulla concorrenza e, quindi, sull'applicazione e sull'efficacia delle relative regole, è tendenzialmente negativa. Ciò che determina l'assenza di un terreno fertile per l'instaurazione di azioni da parte dei privati²³.

²¹ Si veda in proposito M. Libertini, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del convegno della Società Italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castel Gandolfo, 20-23 marzo 2003.

²² Per una disamina delle possibili cause si rimanda a A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit., 20 ss.

²³ F. Marcos, *Es verdadamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cartel? Una mirada a la experiencia española*, in G.A.

Con riferimento al contorno culturale giuridico che influenza la visione del *private enforcement*, appare condivisibile l'osservazione di chi ha ricondotto lo scarso utilizzo delle azioni da parte dei privati, almeno per quel che riguarda il nostro ordinamento, alla generale concezione della concorrenza, e delle sue regole, come un “*business per le imprese*”²⁴, evidenziando la concezione del carattere prettamente individualistico di tale settore, derivante sostanzialmente dalla visione che, almeno sino a qualche decennio fa, si è avuta della tutela della concorrenza, incardinata e avviluppata sulle disposizioni codicistiche in materia di concorrenza sleale²⁵.

Tali disposizioni, infatti, sono state considerate prettamente finalizzate a tutelare le imprese commerciali contro i propri concorrenti²⁶, ritenendosi, da un lato, esclusi dall'ambito di applicazione i consumatori e, dall'altro lato, che la tutela della concorrenza non vada oltre i singoli rapporti tra imprese.

Tale visione, sostanzialmente, ha circoscritto la rilevanza delle regole codicistiche sui rapporti di concorrenza ai rapporti individuali tra imprese, non considerando un interesse più ampio, pubblico (alla protezione delle condizioni di concorrenza nel mercato) che va evidentemente oltre i rapporti individuali. Questa stretta interpretazione dei rapporti di concorrenza tra le imprese, e delle relative norme, può aver contribuito allo scarso sviluppo dell'*enforcement* privato e, al contempo, allo sviluppo di un predominante sistema di *public enforcement*, almeno per quel che riguarda il nostro ordinamento.

Con riferimento alla situazione in ambito europeo, la ragione dello scarso sviluppo ed utilizzo del *private antitrust enforcement* sembra invece potersi ricercare nella contrapposizione tra le due posizioni di cui poc'anzi si discuteva, ossia tra chi concepisce l'autorità pubblica come maggiormente attrezzata e

Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, cit. 145 ss.

²⁴ M. Carpagnano, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04, Manfredi*, in *Competition Law Review*, Dicembre 2006, Vol. 3, n. 1, 47-72; V. Meli, *Autonomia Privata, Sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.

²⁵ Ossia, l'art. 2598 c.c., rubricato “Atti di concorrenza sleale”. Per un commento più ampio sulla norma e sulla sua interpretazione, si rimanda a N. Abriani, G. Cottino, *La concorrenza sleale*, in G. Cottino (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, II, Padova, 2001, 271 ss.

²⁶ M. Carpagnano, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04, Manfredi*, cit., 48.

idonea a scoprire e reprimere le condotte anticoncorrenziali, e chi ritiene che l'azione "dal basso" (o "dal fianco" nel caso dei concorrenti) possa invece apportare maggiori contributi in ragione della vicinanza alla condotta illecita²⁷.

La spiegazione della sottoutilizzazione andrebbe quindi rintracciata nella circostanza che, poggiando il sistema della concorrenza sulla concezione ordoliberale, per la quale a presidio del corretto funzionamento del mercato deve – e non può che – stare un'autorità pubblica incaricata della vigilanza e del governo del sistema di tutele²⁸, la logica conseguenza è un debole ed incerto sviluppo degli strumenti di tutela a disposizione dei privati²⁹.

La ragione sembra inoltre rinvenibile nel condizionamento culturale che sta alla base della concezione del diritto antitrust europeo secondo il modello divieto/sanzione³⁰.

Come è noto, il modello europeo³¹ di attuazione delle regole di concorrenza si basa su un sistema di intervento di natura eminentemente amministrativa – contrariamente al modello statunitense – ponendo al centro dell'attuazione delle regole di concorrenza le autorità amministrative e/o di regolazione, al vertice delle quali si situa idealmente la Commissione Europea, per l'ambito di competenza relativa alla concorrenza comunitaria.

Questo sistema è stato fortemente criticato³², obiettandosi in primo luogo la mancanza di imparzialità, terzietà e trasparenza delle autorità preposte all'attività di indagine e all'irrogazione eventuale di sanzioni, in quanto di sostanziale emanazione governativa. Si è in sostanza sostenuto che le autorità di concorrenza - tanto quelle nazionali, quanto la Commissione – costituendo comunque un ramo dell'amministrazione, non sarebbero "giudici terzi e imparziali" della presunta condotta illecita poiché strettamente collegati alla

²⁷ V. *supra*, p. 14.

²⁸ D. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 232 ss.

²⁹ R. Cisotta, *Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union*, cit. 82.

³⁰ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, cit., 6.

³¹ Sulle radici storiche del modello D. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, cit. 234.

³² G. Rossi, *Governo, Magistratura e Autorità Garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a 10 anni dalla legge*, Roma, 2000, 169 ss.

sfera pubblica da cui le norme, la cui violazione è sanzionata, vengono emanate ed imposte.

La critica appare tuttavia limitata e ferma all'analisi delle sole apparenze del fenomeno dell'attuazione pubblica delle regole di concorrenza. Tale critica appare infatti basata su una errata concezione del diritto antitrust come tipicamente, o unicamente, di natura sanzionatorio-punitiva, ancorandolo soltanto all'aspetto di più immediata percezione e consistente nel binomio violazione-sanzione.

Correttamente, invece, la concezione del diritto antitrust europeo andrebbe reimpostata per superare questa sterile visione, individuando, come fa parte della dottrina, la natura amministrativa di tale branca del diritto. La concezione amministrativa del diritto della concorrenza appare maggiormente adeguata rispetto a quella strettamente punitiva, se si tiene conto che obiettivo primario delle regole di concorrenza è quello dell'efficienza economica, rappresentando il momento sanzionatorio soltanto l'epifenomeno dell'applicazione delle regole, ma non il loro principale obiettivo³³.

La comprensione e l'accettazione del modello europeo passa in primo luogo per il cambiamento di prospettiva sul ruolo del diritto antitrust. Se si abbandona l'impostazione riduttiva di un diritto della concorrenza come solo di natura sanzionatorio-punitiva, tale compito risulta agevolato, ampliando la visione degli obiettivi perseguiti attraverso l'*enforcement* delle regole e permettendo di superare il pregiudizio di un diritto della concorrenza comunitario arretrato rispetto al più avanzato *antitrust enforcement* d'oltreoceano.

Il cambiamento di prospettiva non è comunque semplice e ciò è comprensibile se si considerano gli elementi che storicamente hanno caratterizzato il diritto antitrust europeo e che, inevitabilmente, ne hanno influenzato la visione diffusa.

³³ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, cit., 5.

In primo luogo, occorre considerare le radici storiche della materia e delle relative fattispecie illecite³⁴ (ad esempio, il delitto di *monopolium*), nelle quali è possibile rinvenire elementi che hanno comprensibilmente nutrito una visione delle regole in materia come unicamente o principalmente finalizzate a colpire e sanzionare la condotta, in particolare a combattere gli ingiustificati arricchimenti degli speculatori che potessero godere di un certo potere o di certi strumenti per aggredire monopolisticamente il mercato.

Inoltre, e con riferimento al passato più recente, dalla sempre più radicata convinzione che la politica di concorrenza dovesse porsi l'obiettivo di ristabilire l'equilibrio di mercato, in funzione quindi correttiva, laddove tale equilibrio fosse stato indebitamente alterato da comportamenti censurabili posti in essere dagli operatori economici, è derivata, coerentemente, l'attribuzione al diritto antitrust di una funzione di intervento a carattere punitivo³⁵.

Questa impostazione inevitabilmente si scontra con quella che attribuisce alle regole di concorrenza e alla loro attuazione una funzione di "amministrazione di risultato"³⁶, la quale permette di accettare anche il modello europeo incardinato su un processo e procedimento tutto amministrativo dell'attuazione delle regole di concorrenza che, non per questo, deve essere considerato inadatto, non imparziale o poco efficace.

Il modello europeo, se inteso come amministrazione di risultato, propone non una mera azione di repressione delle condotte anticoncorrenziali, bensì una "*amministrazione correttiva di tendenze non positive assunte dal processo concorrenziale in determinati mercati*"³⁷, che mette al centro la concezione della concorrenza pur sempre come meccanismo correttivo, ma in chiave di processo dinamico e non come ricerca dell'equilibrio ottimale, che è a ben vedere utopistica. In ciò differenziandosi dall'impostazione statunitense che mette al centro dell'*enforcement* l'azione dei giudici che, gioco forza, più difficilmente sarà volta alla correzione dei meccanismi del mercato, riguardando la stessa normalmente l'equilibrio del singolo rapporto portato in giudizio.

³⁴ Sul quale diffusamente A. Giuliani, *Le radici romanistiche della dottrina italiana della concorrenza*, in *Per un diritto della concorrenza* (Quaderni di ricerca giuridica – Banca d'Italia, n. 46 pubblicato nel mese di dicembre 1996), 127 ss.

³⁵ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, cit., 7.

³⁶ *Ibidem*

³⁷ *Ibidem*

Tale concezione della politiche di concorrenza, che potremmo definire “amministrativo-centrica”, del tutto opposta rispetto alla struttura assunta oltreoceano e basata sull’azione giudiziale, vede al centro dell’azione pubblica di *enforcement* delle regole di concorrenza le autorità di amministrative indipendenti.

La centralità dell’attività delle autorità indipendenti, se è da taluni, come visto, stata considerata scelta poco felice in quanto tali autorità sarebbero emanazione dell’attività di governo, andrebbe considerata invece sotto un’altra ottica, che tiene conto del fatto che solo le autorità indipendenti possono infatti garantire, al contempo, competenza tecnica, soprattutto sotto il profilo dell’analisi economica, certezza – o quasi – del *range* di soluzioni da adottarsi nei confronti di determinate condotte³⁸, nonché trasparenza dei procedimenti e delle soluzioni adottate³⁹.

Su questo presupposto, si concorda, quindi, con quanti, preferendo adottare una concezione che attribuisce alla politica pubblica di concorrenza europea una funzione tipicamente amministrativa, ne rivalutano le potenzialità e gli obiettivi, scardinandola dal binomio violazione-sanzione e, su queste basi, evitano di analizzare l’*enforcement antitrust* europeo limitandosi a operare confronti con il sistema di *enforcement* statunitense, basato su presupposti, come vedremo, diversi e che giustificano le distanze tra i due approcci.

Dalla rivalutata natura del diritto e delle politiche di concorrenza europea, nonché dell’azione delle autorità, come amministrazione di risultato che garantisce l’applicazione delle regole tramite organi dotati di competenza e

³⁸ Si fa riferimento a questo riguardo alle linee guida in materia di applicazione delle sanzioni adottate dalla Commissione e dalle autorità nazionali, tra cui la stessa Agcm nel 2014 (*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità* del 22 ottobre 2014), e che hanno lo specifico obiettivo di rendere certo e noto alle imprese quali siano le regole applicate dalle autorità nel calcolo della sanzione eventualmente irrogata, chiarendo la determinazione degli importi, l’applicazione di circostanze attenuanti e aggravanti, la qualificazione della gravità della condotta, ecc. Tali regole assumono sfumature diverse di giurisdizione in giurisdizione, trovando comunque ispirazione negli orientamenti della Commissione (si vedano gli *Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, GU C 210 dell’1.9.2006), comunque non senza sfuggire a possibili critiche (sia consentito sul punto un rinvio a F. Fioretti, M.R. Raspanti, *Proporzionalità e deterrenza nell’applicazione delle Linee Guida dell’Agcm sulle sanzioni alle società mono-prodotto. Un primo commento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, n. 4, in corso di pubblicazione).

³⁹ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, cit., 8.

strumenti idonei all'intercettazione e analisi delle condotte, potrebbe discendere in automatico la giustificazione dello scarso utilizzo delle azioni private in europea.

In realtà, come già evidenziato, tale automatico collegamento non è opportuno e non coglie la reale problematica alla base della debolezza, tutta europea, del *private antitrust enforcement*, legata principalmente ad un fattore culturale di scarsa diffusione della cultura antitrust, da cui deriva che il *private enforcement* non è considerato uno strumento complementare all'azione pubblica, nonché legata alla carenza di meccanismi atti a favorire il coordinamento dell'azione delle autorità con quella dei giudici civili, almeno a livello nazionale e, in particolare, per quanto riguarda l'Italia⁴⁰.

In questa prospettiva, inevitabile è un'analisi, pur non esaustiva, del sistema di *enforcement* statunitense ed europeo e delle ragioni che hanno, nei due sistemi, favorito una ampia – forse addirittura eccessiva – utilizzazione dello strumento risarcitorio (è il caso degli USA) o, al contrario, lo scarso successo del medesimo.

Nei paragrafi che seguono si cercherà quindi, in breve, di comprendere come e perché il c.d. “doppio binario” di tutela – ossia la tutela affidata al contempo all'*enforcement* pubblico e privato – in America e in Europa funzioni diversamente; se sia adeguato parlare, in un caso, di strumento di successo e, nell'altro caso, di fallimento; infine, se la diversa funzione attribuita alle azioni risarcitorie nei due continenti incida anche sulla possibilità stessa di continuare a parlare, distintamente, di *public* e *private enforcement* con riferimento al modello europeo.

⁴⁰ M. Bellia, G.A.M. Bellomo, *Tutela cautelare antitrust e prospettive europee: il contributo del giudice ordinario*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 247 ss. Gli Autori, in particolare, distinguono il rapporto tra *private enforcement* nazionale e *public enforcement* europeo dal rapporto dell'*enforcement* nazionale con il *public enforcement*, a sua volta, nazionale (italiano) evidenziando come, a differenza di quanto avviene tra Commissione Europea e giudici nazionali, non vi siano atti e strumenti di raccordo tra le due azioni (ci si riferisce in particolare alla *Comunicazione della Commissione per il coordinamento con i giudici nazionali e alla imposta vincolatività delle decisioni definitive nei giudizi civili*), sottolineando come a livello nazionale manchino strumenti di dialogo. Nel cercare di individuare possibili strumenti di raccordo, gli Autori richiamano l'attenzione sulla mancanza di carattere vincolante delle decisioni dell'Agcm nel giudizio civile, evidentemente considerando la vincolatività come opportuno mezzo di coordinamento (sul carattere vincolante del provvedimento sanzionatorio nel giudizio civile e sulle sue implicazioni si rinvia a quanto più diffusamente trattato nei capitoli II e III).

2.1 *Private antitrust litigation negli USA: storia e ragioni di un (in)successo.*

L'elevata utilizzazione dello strumento risarcitorio negli USA sembra frutto della combinazione di un insieme di elementi dello stesso sistema risarcitorio del paese.

Occorre innanzitutto considerare che l'utilizzo dello strumento risarcitorio negli USA ha conosciuto diverse fasi, con picchi positivi e negativi, a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Va considerato, inoltre, che il successo di tali azioni, sia sotto il profilo della compensazione che sotto quello della deterrenza, è stato da molti messo in dubbio, tanto che potrebbe sembrare lecito, oggi, non ritenere il sistema di *private enforcement* d'oltreoceano un modello di successo⁴¹.

Tuttavia, se è vero che l'utilizzo dello strumento risarcitorio ha conosciuto diverse fasi – e, precisamente, un sovrautilizzo fino agli anni '70, un netto calo sino ai primi anni 2000, un ulteriore picco fino al 2008, con un successivo decremento sino ad oggi⁴² - può comunque affermarsi che negli USA, in termini generali, lo strumento risarcitorio è stato ed è largamente utilizzato, e ciò prescindendo dagli effetti e dal successo delle azioni intentate.

A cosa il diffuso impiego del rimedio risarcitorio sia dovuto è stato oggetto di approfonditi studi, che hanno portato ad individuare la ragione di tale successo (quantomeno in termini numerici) nella combinazione, cui già si accennava, di una serie di elementi del sistema risarcitorio e processuale che ha favorito, e favorisce, l'avvio delle azioni da parte dei privati, di fatto poi limitate soltanto dai tentativi – riusciti – della Corte Suprema di arginare il dilagare delle azioni, soprattutto quelle di classe.

Tali elementi sono essenzialmente: (i) gli ampi poteri di *discovery* attribuiti alle parti del processo ai fini del reperimento ed utilizzo di dati e documenti a supporto probatorio dell'azione; (ii) l'adozione di un sistema di

⁴¹ A. Jones, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, in M. Bergström, M. Iacovides, M. Strand (a cura di), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016.

⁴² Per un quadro d'insieme a livello statistico, *ibidem*, 8.

azioni collettive con automatica estensione degli effetti della sentenza a tutti i soggetti appartenenti alla classe (c.d. *opt-out class action*); (iii) l'ammissione di un sistema di remunerazione dei legali che pare molto simile al c.d. patto di quota lite (*contingency fees*); (iv) la liquidazione e il riconoscimento, nel caso di successo dell'azione, di ingenti danni, oltre la misura compensatoria (*treble damages*)⁴³.

A fianco dei caratteri propri dell'azione risarcitoria statunitense, sta poi un dato di carattere istituzionale, riguardante il *public enforcement*: concausa dell'ampio utilizzo delle azioni private è, infatti, la circostanza che le autorità preposte all'attuazione della normativa antitrust negli USA non hanno mai assunto un ruolo centrale nell'attuazione delle regole di concorrenza⁴⁴ – quantomeno per la fase patologica, ossia di intervento sugli illeciti –, al contrario di quanto avviene nell'Unione, sebbene la ragione dell'espansione del *private enforcement* non vada rintracciata nell'esistenza di un *public enforcement* tutto sommato poco invadente.

In questo contesto, evoluzione forse naturale e attendibile dell'interpretazione dei rapporti tra *public* e *private enforcement* è stata quella di rintracciare nell'azione dei privati una forza deterrente che, addirittura, si affianchi o preceda la funzione puramente compensatoria propria dell'azione risarcitoria. Con la conseguenza che il *private enforcement* è diventato a tutti gli effetti un – *rectius* “il” – pilastro dell'attuazione delle regole di concorrenza, al pari o al di sopra dell'azione pubblica.

L'attribuzione di una funzione espressamente deterrente alle azioni dei privati non è, peraltro, detta tra le righe. E' la stessa Suprema Corte statunitense, in due noti *leading cases*⁴⁵ sul tema della traslazione del danno⁴⁶, ad aver elevato la funzione deterrente del *private antitrust enforcement* a un

⁴³ Alcuni di questi istituti saranno oggetto di approfondimento nei prossimi paragrafi del presente capitolo, nonché in alcuni passaggi del capitolo II.

⁴⁴ D.J. Gerber, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, cit., 441.

⁴⁵ US Supreme Court, *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L. Ed. 2d 1231, 1968; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977.

⁴⁶ Si rinvia sul punto al capitolo II.

livello superiore rispetto alla funzione di ristoro del danno attribuita al rimedio risarcitorio⁴⁷.

Se questa, però è stata l'impostazione della stagione aurea delle azioni private (durata, come ricordato, sino agli anni '70 dello scorso secolo), in cui l'elevato numero di azioni risarcitorie è stata vista positivamente, il proliferare delle stesse azioni ha successivamente fatto sorgere l'esigenza di mettere un freno all'iniziativa dei privati, probabilmente nella consapevolezza che tale proliferazione, non accompagnata da piena fondatezza e successo delle stesse azioni – bensì, spesso, da errori di valutazione – stava di fatto pregiudicando l'efficacia deterrente in precedenza auspicata, quale effetto della pressione sui potenziali *infringer* del rischio di incorrere in condanne risarcitorie⁴⁸.

Il passaggio seguente è stato, infatti, il tentativo di ricalibrare gli “eccessi” della *litigation* privata, attraverso l'inserimento di filtri alla possibilità di incardinare l'azione, nonché di una serie di “paletti” alla liquidazione del danno. Ciò è avvenuto, essenzialmente, prevedendo dei limiti al riconoscimento dei *treble damages* in alcuni casi e all'introduzione di stringenti oneri probatori per gli attori.

Il risultato è stato, da un lato, la facilitazione della difesa delle imprese convenute, le cui possibilità – prima davvero ridotte – di sottrarsi all'obbligo di risarcire gli attori danneggiati, si sono sensibilmente ampliate, soprattutto nella fase iniziale dell'azione, posto che i principali limiti introdotti dalla giurisprudenza e dalla normativa processuale riguardano i presupposti stessi dell'azione (*i.e.* il diritto stesso di agire)⁴⁹.

La fase per così dire discendente dell'espansione del *private enforcement* negli USA, determinata dall'azione “contenitiva” della Suprema Corte, è per alcuni la dimostrazione dell'insuccesso del sistema di *private enforcement*

⁴⁷ A. Jones, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, cit., 6.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ In particolare, i principali limiti per gli attori sono rappresentati dalla possibilità per il convenuto di presentare delle “mozioni” circa l'infondatezza dell'azione e ciò, per quanto in particolare qui d'interesse, (i) perché l'attore ha insufficientemente allegato fatti che, se sussistenti, fonderebbero la richiesta oppure (ii) perché i fatti allegati non mostrano l'esistenza di una “*genuine dispute*” sì da dare la possibilità al convenuto di accedere, su richiesta, al “giudizio abbreviato” presentando una mozione basata sulla circostanza che l'azione proposta non è fondata su alcun elemento di fatto su cui possa controvertersi.

statunitense che, se fosse stato davvero efficiente come auspicato, non avrebbe forse dovuto generare l'intervento arginante della Corte.

Al di là di queste considerazioni, resta il fatto che, arginata o meno la proliferazione dell'utilizzo del sistema risarcitorio, la principale funzione ad esso attribuita oltreoceano resta quella di deterrenza, anche per effetto dell'influenza delle diverse teorie economiche che hanno teorizzato l'importanza della ricerca della deterrenza ottimale quale fondamento del sistema rimediale, che a ben vedere non potevano non influenzare proprio il sistema delle azioni risarcitorie per danni da illecito anticoncorrenziale⁵⁰.

E' infatti noto che il *leit motiv* delle regole, di origine legislativa e giurisprudenziale, che disciplinano l'azione risarcitoria negli USA è quello della ricerca di un sistema di tutela prima di tutto efficiente, che è tale, secondo quella impostazione, non in quanto atto a garantire la piena compensazione dell'attore, ma in quanto idoneo ad ottenere un livello di deterrenza ottimale "*provocando l'internalizzazione dei costi sociali prodotti dalle pratiche illecite*" facendo sì che "*le imprese scelgano la condotta di mercato più efficiente e siano disincentivate a porre in essere pratiche anticoncorrenziali pregiudizievoli per il benessere collettivo*"⁵¹. Ciò avviene attraverso la scelta dei mezzi ritenuti migliori per disincentivare, tramite le potenzialità dell'azione dei privati danneggiati, la commissione di condotte illecite.

In questi mezzi è ricompresa la scelta stessa dell'attore, nella misura in cui il sistema rimediale è strutturato in maniera tale da predeterminare quale sia l'attore privato più efficiente, che svolga la funzione di supplente delle autorità pubbliche, di modo da determinare un controllo diffuso, piuttosto che accentrato, dell'attuazione delle regole di concorrenza⁵².

E' da questa prospettiva, quindi, che va innanzitutto analizzato il rapporto tra *private enforcement* europeo e statunitense, comprendendo che alla base dei due sistemi sta, prima di tutto, un obiettivo diverso e che, comunque, non è così scontato rilevare il successo dell'uno (statunitense) e

⁵⁰ G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 204.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem* e dottrina ivi citata.

l'insuccesso dell'altro (europeo), tenendo conto di quanto si è detto circa il necessario intervento arginante della Suprema Corte.

Come vedremo in seguito, la finalità attribuita all'azione dei privati nel contesto europeo è un'altra, ossia giungere alla compensazione soddisfattoria del danneggiato, lasciando alla deterrenza un ruolo secondario e marginale, se non addirittura irrilevante, sebbene tale prospettiva appaia destinata a mutare proprio considerando i presupposti e i possibili effetti della Direttiva e della sua trasposizione da parte degli Stati membri.

2.2 Le finalità del private enforcement europeo e italiano: tra tentativi di “privatizzazione” dell'applicazione delle regole antitrust e necessità di superamento del contrasto con il public enforcement.

Prima di analizzare, nei capitoli successivi, i presupposti e gli elementi che mostrano la nuova prospettiva compensativo-deterrente dell'azione risarcitoria europea, è d'obbligo volgere l'attenzione allo sviluppo del rimedio risarcitorio in ambito antitrust sia a livello europeo che nazionale (italiano), per capire perché, e su quali basi, si è giunti all'approvazione della Direttiva.

A questo riguardo, non è difficile osservare, stante il dato numerico, che lo strumento risarcitorio (e, in generale, le azioni dei privati avverso pratiche anticoncorrenziali) in ambito *antitrust* non ha, da noi, riscosso lo stesso successo ottenuto oltreoceano.

Come si è sin qui sostenuto, ciò è addebitabile in primis a un problema di tipo culturale – mancata reale diffusione di una cultura antitrust – nonché alla concezione del diritto della concorrenza europeo e della funzione, di conseguenza, normalmente attribuita al sistema rimediale sia pubblico che privato, in ciò riportando marcate differenze rispetto al sistema statunitense cui si è brevemente fatto cenno.

Si nota innanzitutto che, se negli Stati Uniti il sistema rimediale è stato concepito come parte integrante dell'*enforcement* sin dall'inizio, in Europa non solo il *private enforcement* è debole, ma non fa neppure parte del “pacchetto” originario delle regole di concorrenza: il sistema delle regole e dell'*enforcement*

antitrust europeo non è mai stato dotato di un suo strumento rimediale privato, riponendo le proprie aspettative in questo senso nell'applicazione delle regole nazionali a presidio del ristoro dei danni subiti.

Tali regole, tuttavia, appartengono in gran parte alla disciplina civilistica degli Stati membri, con applicazione dei principi e canoni della stessa, che naturalmente non comprende elementi di specialità espressamente riferiti alle azioni di danno antitrust, con la conseguenza dell'applicazione di regole risarcitorie “generali” ad una materia, quella *antitrust*, in cui vengono in considerazione peculiarità che occorrerebbe specificare e regolare espressamente.

Peraltro, al di fuori del sistema risarcitorio, il nucleo di regole dal carattere rimediale a disposizione dei privati, a livello nazionale, per contrastare condotte anticoncorrenziali ha prevalente carattere relativo –non teso alla prevenzione dell'illecito nell'interesse generale – ma, soprattutto, relegato all'utilizzo da parte di una stretta categoria di soggetti (essenzialmente le imprese)⁵³.

La concezione del sistema rimediale quale strumento di *enforcement* non sembra in sostanza appartenere alla cultura originaria delle regole di concorrenza nostrane – nazionali ed europee –per l'essenziale ragione che, oltre alla mancata diffusione di una cultura della concorrenza, il ristoro del danno subito dal privato è stato tradizionalmente concepito come distinto e subordinato rispetto all'azione pubblica di repressione delle condotte illecite, essendo suo principale obiettivo quello di compensare il danno del privato, considerando il possibile effetto deterrente delle azioni risarcitorie solo una mera ed eventuale conseguenza dell'attivazione del sistema risarcitorio⁵⁴.

Un mutamento di tale prospettiva – come si vedrà nel dettaglio in seguito quando si illustrerà il cammino comunitario del *private enforcement*⁵⁵ – può però scorgersi nel tentativo di “privatizzazione” dell'applicazione delle regole di

⁵³ Il riferimento è, con riguardo alla normativa italiana, alle disposizioni in tema di concorrenza sleale di cui agli articoli 2598 e seguenti del Codice civile.

⁵⁴ Libro Bianco, par. 1.2 ove si indica chiaramente che obiettivo primario del diritto al risarcimento sono la compensazione integrale e completa delle vittime di pratiche antitrust e la giustizia retributiva così raggiungibile, mentre l'effetto deterrente, derivante dall'applicazione dello strumento risarcitorio, nei confronti delle possibili infrazioni future rappresenterebbe solo una conseguenza del perseguimento del principale obiettivo di compensazione.

⁵⁵ V. *infra* § 3.

concorrenza, sulla scorta anche dell'intervento europeo in molti settori teso a disciplinare direttamente i rapporti tra privati con obiettivi anche di tutela dell'interesse generale, di cui è esempio la disciplina della tutela del consumatore⁵⁶. Tuttavia, seppure con l'adozione del pacchetto sul *private enforcement* l'analisi e la riflessione sullo strumento risarcitorio e sulle funzioni ad esso attribuite ha fatto notevoli progressi, la visione di fondo non sembra però aver subito una marcata inversione di rotta, lasciando scorgere residui di un'impostazione che concepisce il *private enforcement* come inevitabilmente subordinato all'azione pubblicistica⁵⁷.

Come si vedrà in seguito, la partita del potenziamento del *private enforcement* in Europa si gioca sull'incremento dei compiti e delle funzioni attribuite ai giudici civili delle corti nazionali e sul rafforzamento degli strumenti in mano ai privati. Resta da accertare se tale policy d'intervento sulle azioni di danno sia idonea ad ottenere il doppio effetto di massimizzare la tutela del privato – ottimizzando la funzione compensatoria dell'azione – e di aumentarne l'effetto deterrente, che dovrebbe derivare dall'incremento del rischio per il potenziale *infringer* di incorrere in richieste risarcitorie a fronte di un accesso delle azioni private reso più agevole per le vittime della condotta anticoncorrenziale.

A ben vedere, e per quanto si dirà appresso, si dubita della possibilità di costruzione di un sistema, nel prossimo futuro, che sia effettivamente a due pilastri (come nelle intenzioni della Commissione). Addirittura, si dubita della possibilità di continuare a (cercare di) attribuire all'azione dei privati una funzione di *enforcement* delle regole di concorrenza, ove ne risulti accentuata la

⁵⁶ G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 207.

⁵⁷ M. Casoria, R. Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, 2015, I, 2752. Secondo gli Autori, sebbene la Direttiva rappresenti un indubbio passo avanti, sono presenti in essa alcune "zone d'ombra" che paiono smentire quella che dovrebbe essere l'impostazione di fondo del testo normativo, idealmente sbilanciata verso il rafforzamento del *private enforcement*, a fronte di un sistema pubblicistico di attuazione delle regole più sviluppato. Questa visione appare confermata dall'analisi dei contenuti della Direttiva che, come si avrà modo di vedere, sembrano nel complesso confermare l'idea per cui le azioni *follow on* rappresentano il primario canale di attuazione privata della normativa antitrust, ricoprendo l'*enforcement* su base *stand alone* un ruolo soltanto marginale. Con ciò – si direbbe – non discostandosi dall'invalsa concezione dell'azione pubblica quale principale strumento di *enforcement* per la prevenzione e repressione delle condotte anticoncorrenziali che, come noto, fa da presupposto al contenzioso di tipo *follow on*.

funzione compensatoria ma non ne scaturiscano realmente effetti sul piano della deterrenza alla commissione di condotte in violazione delle norme *antitrust*.

Comunque si voglia considerare la possibilità di riuscita dell'intento del legislatore comunitario, il processo di rafforzamento del *private enforcement* avviato nell'Unione ha riaperto il dibattito sulla preferibilità di un sistema fondato sul *private enforcement* piuttosto che sull'azione pubblica di attuazione delle regole di concorrenza. Si è registrata una tendenziale prevalenza delle opinioni a sostegno della maggiore idoneità del *public enforcement* a svolgere una funzione di repressione e deterrenza delle condotte illecite⁵⁸, pur con la presenza di autorevoli voci che hanno al contrario sostenuto il potenziale deterrente dell'azione dei privati ove il rimedio risarcitorio sia, però, correttamente coordinato con l'*enforcement* pubblico⁵⁹, soprattutto, con riferimento ai casi di apparente minore rilievo che tendono a sfuggire all'occhio vigile delle autorità garanti⁶⁰.

Posto quanto sin qui osservato sul rapporto tra le due sfere dell'attuazione delle regole di concorrenza in Europa, sorge un interrogativo che necessariamente influenza l'analisi dei possibili futuri rapporti tra *public* e *private enforcement*: ci si chiede, cioè, se sia effettivamente corretto e opportuno parlare di "*enforcement*" in riferimento all'azione dei privati nel contesto europeo, considerata la dichiarata e comunque preponderante

⁵⁸ Si veda in dottrina, W.P.J. Wils, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3, 473 ss. Secondo l'Autore, in particolare, la privatizzazione del sistema di applicazione delle norme *antitrust* non servirebbe né a raggiungere l'obiettivo di deterrenza né a raggiungere quello della compensazione delle vittime, sicché gli sforzi per potenziarlo non porterebbero a nessuno degli auspicati risultati. Nota l'Autore come, sotto il profilo della deterrenza, l'azione delle autorità pubblica nell'applicazione delle regole di concorrenza sarebbe superiore al *private enforcement* perché dispone di maggiori poteri investigativi e sanzionatori, mentre il sistema privatistico sarebbe guidato da interessi di profitto privati, che divergono dall'interesse generale sotteso alle regole antitrust, e inoltre le azioni private presenterebbero costi molto elevati. Il *private enforcement*, poi, sempre secondo questa tesi, si rivelerebbe inadeguato in quanto è molto difficile e costoso individuare le vittime concrete delle pratiche anticoncorrenziali e l'entità dei danni sofferti da ciascuna, tanto che l'obiettivo della giustizia distributiva diverrebbe irraggiungibile e perciò nemmeno desiderabile in ambito antitrust.

⁵⁹ In tal senso J. Basedow, *Introduction*, in J. Basedow (a cura di) *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law Int., 2007, 4; M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, 70 ss.

⁶⁰ G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 208.

funzione compensativa ormai attribuita e riconosciuta allo strumento risarcitorio.

Come sostenuto da qualcuno, sarebbe forse il caso di superare il preteso contrasto ed evitare di cercare un forzato coordinamento tra *public* e *private enforcement*, alla luce dei diversi scopi dei due strumenti, almeno in ambito UE, ove si ritenga che tali scopi siano destinati a rimanere distinti e a non sovrapporsi⁶¹.

Tale opinione fa leva sulla natura prettamente compensativa della natura del rimedio risarcitorio in Europa individuata dalla giurisprudenza e delle istituzioni, ritenendo che, in ragione di tale qualificazione, l'espressione di "*private enforcement*" sia un ossimoro⁶², poiché l'*enforcement* delle regole di concorrenza non può che essere pubblico, nel senso cioè che solo l'autorità pubblica ne è responsabile e non anche, a modo loro, i privati.

In effetti, se la deterrenza, da finalità principale – come è nel sistema statunitense –, diventa mera ed eventuale conseguenza dell'azione risarcitoria, il cui scopo principale è il ristoro del danno subito – che, seppur pieno, deve comunque essere commisurato al danno emergente, al lucro cessante, ad altre eventuali voci di danno e agli interessi, senza possibilità di arricchimento del danneggiato – attribuire allo strumento risarcitorio una funzione di *enforcement* delle regole di concorrenza appare una forzatura, come se ai privati potesse riconoscersi quella funzione di *private attorney general*, che ha ragione d'essere in un sistema, come quello statunitense, nel quale ha prevalso nettamente – grazie alla combinazione di un complesso di strumenti⁶³ – la funzione deterrente dell'azione privata, cui risulta soltanto subordinata la

⁶¹ P. Iannuccelli, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement nel diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 74 ss.

⁶² *Ibidem*, 104.

⁶³ A. Jones, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, cit. 4; R. H. Lande, J.P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, *Brigham Young University L. Rev.*, 2011, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1565693>; id. *The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: a reply to Werden, Hammond and Barnett*, in *Antitrust L. Bull.*, 2013, 173 ss.

necessità di trovare la piena compensazione dei danni (talvolta persino non ammessa, anteponendole asserite esigenze di efficienza⁶⁴).

Appare, in sostanza, non opportuno considerare l'*enforcement* nostrano alla stregua del c.d. "*two tier enforcement*" d'oltreoceano, per l'evidente mancanza del presupposto che permette di attribuire all'azione dei privati una funzione di *enforcement*, ossia l'effetto deterrente delle azioni in ragione della loro strutturazione e della loro "manipolazione" da parte delle corti.

Negli USA può propriamente parlarsi di *two-tier enforcement* in quanto, sia nel caso dell'azione pubblica, che in quello dell'azione privata, il sistema persegue come finalità principale quella della deterrenza e dell'efficace applicazione delle regole di concorrenza. In quel contesto, il ristoro dei danni subiti dai privati diventa una conseguenza accessoria dell'azione sia nelle motivazioni del privato stesso — indotto ad agire dalla possibilità di accesso ad una ingente liquidazione (tripla)⁶⁵ — sia negli effetti della condanna al risarcimento, che trascendono il semplice ristoro dei danni subiti dall'attore.

In un'ottica diversa — quella europea — in cui l'obiettivo principale è quello di trovare un modo per facilitare le azioni dei privati per permettergli, unicamente, di ottenere il ristoro dei danni, l'azione privata non sembra propriamente costituire un ramo dell'*enforcement* delle regole di concorrenza, ma, al più, una sua proiezione tesa a far sì che l'azione pubblica non resti lettera morta nei confronti dei privati.

Se si assume questo punto di vista sul ruolo delle azioni private, considerandole sostanzialmente estranee all'*enforcement* vero e proprio delle regole di concorrenza, è immancabile riqualificare il rapporto tra *public* e *private enforcement* nonché, più in generale, la propensione delle Istituzioni europee, abbandonata però dalla giurisprudenza, ad analizzare la questione dell'azione per danni come strumentale al controllo pubblico delle dinamiche concorrenziali del mercato e, quindi, come un elemento stesso del più complessivo sistema di *enforcement*.

⁶⁴ Si veda sul punto al capitolo II in tema di legittimazione attiva degli *indirect purchaser* e di non ammissibilità dell'azione nel sistema americano.

⁶⁵ Si rinvia sul punto al capitolo II.

Tale riqualificazione, accettando la prospettiva da ultimo descritta, porterebbe ad escludere in radice la possibilità di attribuire all'azione risarcitoria dei privati la funzione di attuazione delle regole di concorrenza concorrente con l'azione delle autorità, oltre (o prima) della mera funzione compensativa.

Questa prospettiva, che non appare del tutto priva di fondamento nelle proprie argomentazioni, non sembra però del tutto accoglibile. Non si ritiene infatti sufficiente a non considerare le azioni private parte dell'*enforcement* vero e proprio, la circostanza che tramite il rimedio risarcitorio, in Europa, si miri prevalentemente a garantire al privato il ristoro del danno subito, anteponendo quindi la funzione compensativa dell'azione a quella eventualmente deterrente.

Ciò che, al contrario, sembra potersi sostenere è la diversa efficacia dell'*enforcement* privato in ragione della diversa strutturazione del rimedio risarcitorio e del suo modellamento in sede processuale. In questo senso, sembra preferibile considerare che l'azione del privato, pur mirante al solo ristoro, contiene in sé un potenziale deterrente per il solo fatto di costituire un rischio (economico e non solo) per l'*infringer*. L'effettività e l'efficacia del potenziale deterrente dipendono, poi, dalle caratteristiche dell'azione e degli strumenti di cui si dotano i privati, laddove questi siano più o meno idonei ad incrementare l'esposizione dell'*infringer* alle richieste risarcitorie. almeno con riferimento all'azione risarcitoria che, se considerata – come sembrerebbe volersi fare in Europa – quale mezzo di piena compensazione del danno subito, lasciando alla deterrenza una funzione residuale, come effetto riflesso del risarcimento stesso, parrebbe allora quasi ingiustamente qualificata come mezzo di *enforcement*.

Per quel che riguarda l'Italia, merita dar conto della recente analisi di tale rapporto fornita dalla giurisprudenza amministrativa, laddove le corti amministrative si sono spinte, in primo e secondo grado, a pronunciarsi sulla funzionalità del *public enforcement* rispetto all'esercizio dell'azione risarcitoria.

Il Consiglio di Stato, chiamato a decidere in sede di appello sull'impugnazione di un provvedimento dell'Agcm, ed esprimendosi in merito a questioni attinenti alla presentazione di impegni da parte di un'impresa a seguito dell'avvio di istruttoria da parte dell'Autorità garante, ha affrontato la

questione del rapporto tra *public* e *private enforcement*, non limitandosi ad una pronuncia sotto i profili di stretto interesse per il caso *ad quem*, ma prendendo posizione su considerazioni sul punto svolte dal Tar⁶⁶.

La circostanza, a dire il vero inusuale, della presenza di argomentazioni in qualche modo attinenti al *private enforcement* in decisioni – di solito – puramente collegate alla sfera amministrativa, trova causa nel fatto che, in primo grado, il Tar Lazio, chiamato a pronunciarsi avverso il provvedimento sanzionatorio emesso, dopo una lunga istruttoria, dall'Agcm, aveva affermato il principio per cui, ove le condotte anticoncorrenziali abbiano già consumato i propri effetti, l'Autorità garante non potrebbe accettare gli impegni proposti dall'*infringer* salvo che questi siano in grado di rimuovere con efficacia retroattiva gli effetti dannosi già prodottisi.

Il Tar in particolare osservava che, sebbene anche l'accertamento dell'infrazione – come tendenzialmente gli impegni – non possa in fatto rimuovere retroattivamente gli effetti della condotta anticoncorrenziale che si siano già consumati, tuttavia l'accertamento è quantomeno idoneo a fornire un supporto al danneggiato nella misura in cui mette a disposizione di quest'ultimo l'accertamento della condotta anticoncorrenziale da poter utilizzare innanzi al giudice ordinario per l'esercizio dei rimedi civilistici.

Per il Tar, quindi, l'accertamento della condotta è funzionale a soddisfare un interesse privato, nella prospettiva di un – anche solo eventuale – contenzioso risarcitorio in sede civile.

Nella statuizione del Tar sembra potersi leggere l'affermazione del principio di strumentalità dell'azione pubblica pubblico rispetto all'esercizio della tutela privata al punto, quasi, di affermare la possibilità di mettere da parte la chance del danneggiante di vedere accolti i propri – anche efficaci e idonei pro futuro – impegni, se sostanzialmente non vi sia più nulla da fare per rimuovere gli effetti dannosi passati e consumati (quindi non più recuperabili “in forma specifica”) che possono formare oggetto di richieste risarcitorie da parte dei soggetti danneggiati.

⁶⁶ Consiglio di Stato, 22 settembre 2014, n. 4773. La controversia originava da un procedimento istruttorio avviato dall'Agcm a seguito di segnalazione e avente ad oggetto pretese condotte discriminatorie nella fornitura di servizi di accesso alla piattaforma satellitare idonee a produrre effetti nell'ambito dei servizi di *pay-TV*.

Riformando la decisione di primo grado, tuttavia, il Consiglio di Stato è intervenuto a chiarimento dei rapporti tra i due strumenti dell'*enforcement* delle regole di concorrenza, negando la possibilità di una indebita sovrapposizione delle funzioni degli stessi e della subordinazione o funzionalizzazione dell'uno all'altro.

Il Consiglio ha sottolineato, in particolare, come vada esclusa ed evitata “contaminazione” tra *public* e *private enforcement*, non per questo escludendo che essi interagiscano e possano intrecciarsi, ma senza che da ciò derivi una comunanza di scopi e, di conseguenza, la funzionalizzazione dell'azione pubblica all'esercizio dell'azione privata.

Il Consiglio, in ciò attenendosi al prevalente *trend* decisionale, ha ritenuto opportuno operare una netta distinzione tra l'efficacia e la funzione delle due sfere dell'*enforcement*, distinguendo quella dell'azione pubblica (punitiva e afflittiva e «*finalizzata primariamente a garantire l'intessere pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati*») da quella dell'*enforcement* di natura risarcitoria (avente funzione eminentemente compensativa).

Le statuizioni del Consiglio di Stato paiono sotto vari profili condivisibili.

In primo luogo, la tesi del Tar rischierebbe di confinare, senza una ragionevole giustificazione, la possibilità di accettazione degli impegni presentati dalle imprese ex art. 14-ter, legge n. 287/90, ai casi, del tutto infrequenti, in cui sia concepibile o fattibile proporre e adottare rimedi atti a rimuovere retroattivamente gli effetti delle condotte anticoncorrenziali poste in essere⁶⁷.

Ma, soprattutto, ed è questo l'aspetto che pare più critico della decisione del TAR, rileva la questione della funzionalizzazione dell'interesse pubblico a quello del privato che, a ben vedere, può aversi anche con riguardo ad impegni inidonei a rimuovere gli effetti consumati della condotta: se l'accettazione di impegni può inibire l'instaurazione di azioni risarcitorie⁶⁸, non può infatti negarsi che gli impegni, anche se inidonei a restaurare la situazione *ex quo ante*,

⁶⁷ F. Marini Balestra, R. Tremolada, *Il rapporto tra public e private enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il Foro Amm.*, 2015, fasc. 3, 781 ss.

⁶⁸ Ciò considerando il regime favorevole delle azioni *follow on* rispetto a quelle *stand alone* che, comunque, non restano affatto escluse.

possano quantomeno avere un effetto positivo pro futuro, risultando anche in questo caso idonei ad apportare un giovamento ai potenziali danneggiati.

In questo senso, il perseguimento dell'interesse pubblico appare funzionalizzato all'interesse privato, ancorché non di tipo compensativo, in quanto il contemperamento tra *public enforcement* e interesse dei singoli concorrenti nel quadro dell'accettazione di impegni si esplica nella possibilità di miglioramento della situazione futura delle imprese (o altri soggetti) lese dalla condotta anticoncorrenziale e che potrebbero agire in sede risarcitoria⁶⁹.

E', peraltro, il dato legislativo a dover essere primariamente considerato nel valutare gli effetti degli impegni: non avendo in alcun modo il legislatore espressamente relegato l'utilizzo dello strumento della presentazione di impegni ai casi di possibile elisione *ex tunc* degli effetti negativi, né ai casi di condotte necessariamente esaurite – l'art. 14 *ter* l. 287/90 fa riferimento alla mera idoneità degli impegni a far venire meno i profili anticoncorrenziali della condotta – non si ritiene di poter trarre spunto, almeno dalla norma, per una interpretazione restrittiva dell'ammissibilità degli impegni che la subordini alla rimozione delle conseguenze generate dalla condotta illecita⁷⁰.

In questo contesto, quindi, non pare condivisibile la funzionalizzazione "ristretta" contenuta nella decisione del Tar, che correla la possibilità di accettare gli impegni, chiudendo l'istruttoria senza accertare la condotta, alla possibilità di rimuovere gli effetti negativi (ossia i danni) creati dalla stessa, ritenendo che ove ciò non appaia possibile, debba procedersi all'accertamento della condotta per garantire al privato lo strumento per esercitare l'azione risarcitoria. Ma come, si è detto, questo tipo di funzionalizzazione sembra ignorare gli effetti positivi che possono sortire anche gli impegni con effetti meramente futuri.

Si ritiene quindi che il Consiglio, correttamente, abbia avverso la decisione del Tar, evidenziando la necessità di valutare la proposizione degli impegni a prescindere dalla possibilità che il non accertamento della condotta diminuisca le possibilità di esercitare eventuali azioni risarcitorie.

⁶⁹ *Ibidem*, 783.

⁷⁰ *Ibidem*.

La rilevanza della decisione del Consiglio, per il tema che ci occupa, tuttavia, non è limitata agli aspetti appena menzionati, in quanto il Consiglio si è espresso anche sulla questione del valore probatorio dei provvedimenti dell'Autorità nelle azioni *follow on*.

Sul punto, su cui si tornerà in seguito a proposito della valenza probatoria attribuita al provvedimento sanzionatorio da parte della Direttiva e della giurisprudenza nazionale⁷¹, il Consiglio, nella decisione qui richiamata, sembra porsi in contrasto con il *trend* giurisprudenziale di legittimità e merito, fortemente radicato e che sostiene il valore di “prova privilegiata” delle decisioni dell'autorità nei giudizi risarcitori.

Afferma infatti il Consiglio che, nei casi di eventuale accertamento della condotta illecita, il valore probatorio sarebbe limitato (non privilegiato), assumendo il provvedimento la valenza che assume un qualsiasi accertamento contenuto in un provvedimento amministrativo “portato” nel processo civile. Così affermando, il Consiglio sembra porsi nel solco decisionale tracciato da una minoritaria giurisprudenza di legittimità, che nega la tesi della prova privilegiata⁷².

Tale orientamento, che sembra destinato a non aver alcun effetto alla luce dell'approvazione e prossima trasposizione della Direttiva, è di indubbio interesse in quanto esprime la volontà di non invadere e rispettare⁷³ lo spazio e la competenza e l'indipendenza decisionale del giudice civile, sul quale, almeno nel pensiero del Consiglio, non andrebbe ad imporsi la decisione resa in sede amministrativa, che non sarebbe vincolante né avrebbe efficacia di prova privilegiata.

Da quanto esposto emerge chiaramente che la questione dell'assetto del rapporto tra la sfera pubblica e quella privata dell'attuazione delle regole di concorrenza, nel nostro ordinamento, così più in generale in quello europeo, ha degli aspetti ben chiari ed altri alquanto sfumati.

Chiaro è che, almeno a livello nazionale – per quanto concerne l'Italia –, il rapporto tra i due strumenti è stato impostato sinora in termini di separazione

⁷¹ Si rinvia per tali aspetti ai capitoli II e III.

⁷² Cass. civ. 28 maggio 2014, n. 11904.

⁷³ F. Marini Balestra, R. Tremolada, *Il rapporto tra public e private enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, cit., 787.

piuttosto che di complementarità, sulla base essenzialmente di una asserita distinzione di finalità ed efficacia delle due sfere dell'*enforcement* in ragione della ritenuta diversità degli interessi da essi tutelati.

Aspetti meno chiari sono invece tutti quelli relativi a come, assunta l'impostazione appena riportata, debbano regolarsi i rapporti, se in termini di sovrapposizione, di netta separazione o, ancora, di complementarità.

Questo è quanto pare emergere anche dagli approdi legislativi europei, che, almeno nelle ultime fasi, chiaramente non paiono assumere una posizione tesa a promuovere la complementarità delle due sfere dell'*enforcement* della normativa antitrust, tentando, almeno nelle intenzioni, di far convergere i due strumenti con il doppio obiettivo del rafforzamento della tutela per i privati e dell'incremento dell'effetto deterrente complessivamente ottenibile.

Resta, come più volte accennato, da verificare se le modalità prescelte siano le più idonee ad ottenere i risultati che ci si è posti nelle intenzioni.

Prima di indagare questo aspetto, e le declinazioni normative che esso assume, occorre preliminarmente dar conto del cammino comunitario che ha segnato l'emersione dell'esigenza di una riconsiderazione del rapporto tra attuazione pubblica e privata del diritto antitrust e che ha condotto, con non poche difficoltà, all'approvazione della Direttiva.

3. Il diritto ad agire in sede civile per la compensazione dei danni da illecito antitrust: il cammino comunitario del diritto al risarcimento tra questioni di efficacia del diritto comunitario ed esigenze di tutela dei danneggiati.

Le esigenze di coordinamento dell'azione pubblica e privata hanno trovato espressione in Europa nel cammino comunitario che ha portato all'adozione della direttiva in materia di risarcimento del danno antitrust, e i cui primi passi datano gli anni '60 del XX secolo, quando una giovanissima

Commissione Europea già si interrogava sulle esigenze ed opportunità legate alla regolazione delle azioni dei privati⁷⁴.

Nonostante l'interesse sorto verso lo strumento risarcitorio agli albori dell'attività comunitaria, in realtà le azioni di danno antitrust hanno ricevuto pieno riconoscimento soltanto negli anni 2000 dove, prima in sede giurisprudenziale, poi a livello legislativo, l'Unione ha preso atto sia della possibilità di agire per il risarcimento del danno anticoncorrenziale, sia della necessità di dotare i sistemi nazionali di un quadro normativo adeguato allo scopo, che tenesse conto delle peculiarità di tali azioni.

Un primo effettivo riconoscimento dell'azionabilità delle regole di concorrenza tra privati è avvenuto, come anche per molti altri principi, in sede giurisprudenziale.

Anzi, non si eccede affermando che le azioni di risarcimento del danno antitrust hanno propriamente origine giurisprudenziale e, più precisamente, trovano fondamento nel principio di diretta applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza⁷⁵. Principio affermato dalla Corte di Giustizia, inizialmente, negli anni '70⁷⁶, e confermato nei noti casi *Delimitis*⁷⁷ e *Masterfood*⁷⁸.

Tale riconoscimento ha fatto sì che l'azione dei privati (imprese o consumatori) ad attivazione delle regole di concorrenza entrasse ufficialmente a far parte degli strumenti del sistema giuridico della Comunità, ma è con le sentenze pronunciate nei casi *Courage* e *Manfredi*, rispettivamente del 2001⁷⁹ e del 2006⁸⁰, che gli assunti di cui alle sentenze citate in precedenza hanno

⁷⁴ Si veda a tal proposito H. Batiffol [et al.] *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, Commissione CEE, Collana Studi, serie Concorrenza, n.1, Bruxelles, 1966.

⁷⁵ G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Università degli Studi di Trento, Scienze giuridiche, Quaderni del Dipartimento, 2007, n. 67.

⁷⁶ Corte di Giustizia, 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en televisie contro SV Sabam e NV Fonior*, C-127/73, in Racc. 1974, 51.

⁷⁷ Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89, in Racc. 1991, I-935.

⁷⁸ Corte di Giustizia, 14 febbraio 2000, *Masterfood*, C-344/98, in Racc. 2000, I-11369.

⁷⁹ Corte di Giustizia Europea, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, in Racc. 2001, I-6297, con note di Di Maio, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2002, 785 ss.; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76 ss.

⁸⁰ Corte di Giustizia Europea, cause riunite C- 295- 298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in Racc. 2006, I-6619.

acquistato valenza concreta e sono stati più chiaramente affermati, con il definitivo riconoscimento del legame tra i principi di effetto utile e diretta applicabilità⁸¹ della normativa comunitaria e le azioni di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale.

Con la prima delle due decisioni – che trae origine da un’ordinanza con la quale una corte d’appello britannica aveva rimesso alla Corte, a norma dell’art. 234 del Trattato CE, alcune questioni pregiudiziali vertenti sull’interpretazione dell’art. 85 del Trattato (ora 101 TFUE), tra le quali quella della possibilità di una parte di un contratto, idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, di dedurre la violazione dell’art. 85 (101) dinanzi ad un giudice nazionale per ottenere il risarcimento dei danni subiti – la Corte, rispondendo negativamente al quesito posto dal giudice nazionale – che chiedeva se fosse conforme alle regole comunitarie vietare alla parte di un contratto di chiedere i danni derivanti da un accordo illecito di cui essa stessa è parte – ha statuito che chiunque è legittimato a chiedere il risarcimento dei danni provocati da una violazione dell’art. 85 (art. 101 TFUE), ancorché questi abbia preso parte all’accordo, e che è compito dei giudici nazionali garantire la piena efficacia delle norme a tutela della concorrenza.

Veniva quindi posto un primo tassello della “rivoluzione privata” del diritto antitrust europeo, scardinando l’impostazione, formalistica, di un principio affermato e consolidato a livello nazionale (espresso dal quesito della corte remittente), così conducendo l’analisi su un piano di valutazione concreta della situazione e riconoscendo il diritto ad agire a fini risarcitori a quei soggetti che, pur parte dell’accordo illecito, nella conclusione di questo si caratterizzano come contraenti deboli qualificandosi come potenziali vittime dell’*infringer*. Con tale decisione, insomma, la Corte ha esaltato il carattere operativo delle regole di concorrenza⁸², sorpassando valutazioni formali e poco attente alle peculiarità della fattispecie.

Il consolidamento del diritto ad agire a fini risarcitori avverso soggetti che abbiano violato la normativa a tutela della concorrenza è stato

⁸¹ Già affermati dalla Corte nei noti casi *Francovich* (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) e *Van Gend & Loos* (5 febbraio 1963, C-26/62).

⁸² P. Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2010, 99 ss.

definitivamente consacrato nel caso *Manfredi*. Il caso, che prendeva le mosse da un'ordinanza di rimessione di un giudice italiano, era stato instaurato da un gruppo di consumatori contro alcune imprese assicurative, condannate in precedenza dall'AGCM per aver determinato, attraverso il reciproco e sistematico scambio di informazioni, un aumento del prezzo delle polizze RC auto. I consumatori agivano al fine di ottenere la restituzione delle maggiorazioni dei premi delle polizze.

In quella sede la Corte ha ribadito i concetti espressi nella sentenza *Courage*, aggiungendo però alcune precisazioni. La Corte ha precisato, da un lato, che occorre che vi sia un nesso di causalità fra il danno e la pratica vietata, e, inoltre, che si deve escludere che l'art. 81 (ora 101 TFUE) debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante, debba d'ufficio liquidare al soggetto danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare le intese o pratiche concordate vietate⁸³.

La Corte ha, in particolare, affermato che *“in mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività”*.

Comune denominatore delle due decisioni citate è la presa di coscienza circa il legame tra l'esigenza di garantire piena effettività delle regole di concorrenza e quella di garantire l'effettività dei mezzi di tutela dei privati, pena la frustrazione dell'applicazione piena ed efficace delle regole del Trattato. In questo senso, l'azione del privato contribuisce ad arricchire il carattere operativo delle regole comunitarie, scoraggiando, a sua volta, accordi e pratiche

⁸³ M. Maugeri, *Private enforcement e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, intervento al convegno “Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato”, Roma, 17 maggio 2007.

anticoncorrenziali, contribuendo in maniera sostanziale all'*enforcement* delle regole.

La Corte, nelle due decisioni, ha quindi affermato che il riconoscimento del diritto dei danneggiati da illeciti antitrust a chiedere il risarcimento del danno innanzi le corti nazionali altro non è che un mezzo per garantire la piena efficacia del diritto comunitario, che è principio acquisito all'*acquis communautaire* e che trova trasversale applicazione. In ciò, riconoscendo che il riconoscimento del diritto di agire non è solo mezzo di garanzia di tutela del privato ma, anche, mezzo per garantire una più ampia efficacia deterrente delle norme a tutela della concorrenza.

Rintracciare il fondamento delle azioni di danno nell'esigenza di piena ed efficace applicazione delle regole comunitarie vale per le azioni relative a violazioni delle regole del Trattato e, quindi, ove un'azione risarcitoria sia incardinata innanzi a una corte nazionale, trovano piena e valida applicazione i principi espressi dalla Corte di Giustizia. In particolare, in Italia, mancando una previsione legislativa in tema, il fondamento è stato e va individuato esattamente nei principi espressi dalla Corte⁸⁴.

Per i sistemi giuridici nazionali si è posta l'esigenza di trovare un pari fondamento alle azioni incardinate sulla base di violazioni delle regole nazionali. Per quanto riguarda, infatti, le violazioni delle regole di concorrenza nazionali (ossia quando una violazione non ha una rilevanza comunitaria perché non è idonea, anche solo potenzialmente, a pregiudicare il commercio tra Stati membri) si è posta la necessità di individuare l'aggancio normativo che legittimi le azioni, è ciò è stato fatto, almeno con riferimento al nostro ordinamento nazionale, ricercando il fondamento tra disposizioni e i principi del diritto interno.

La Corte di Cassazione, infatti – come presumibile, sebbene non scontato – ha individuato il fondamento delle azioni risarcitorie per danno da illecito antitrust nell'art. 2043 del codice civile, quale disposizione – secondo l'insegnamento della stessa Corte di Cassazione⁸⁵ – di riferimento per qualsiasi

⁸⁴ G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, cit., 22.

⁸⁵ Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

richiesta di tutela compensatoria legata alla lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico. Ciò è avvenuto, in particolare, in alcune sentenze della Corte⁸⁶, sui cui importanti contenuti ci soffermeremo a breve.

I principi espressi nelle sentenze della Corte di Giustizia, hanno quindi fatto da apripista per la considerazione concreta dell'importanza e della legittimazione, dal punto di vista dell'individuazione del fondamento giuridico, delle azioni dei privati per il risarcimento del danno antitrust, aprendo le porte all'azione concreta della Commissione nella direzione dell'assunzione di idonei strumenti normativi che regolassero la materia, e fungendo da indicazione per i giudici nazionali affinché questi potessero riconoscere la legittimità dell'esercizio dell'azione da parte dei presunti danneggiati da una violazione delle regole di concorrenza.

Per quanto riguarda l'attività della Commissione, il tentativo di dotare la materia di un opportuno riferimento e inquadramento legislativo, sia a livello comunitario che nazionale, ha preso formalmente avvio con la pubblicazione del Libro Verde sul risarcimento del danno per violazione di norme antitrust comunitarie⁸⁷, strumento avente tipicamente carattere "sondaggistico", in quanto mirante a sondare le opinioni degli Stati membri su un determinato tema.

Con il Libro Verde, in particolare, la Commissione, conscia dello scarso utilizzo, tutto europeo⁸⁸, dello strumento risarcitorio in ambito antitrust, ha cercato di mettere in luce come il diritto al risarcimento fosse un mero principio di natura teorica e privo di effettiva applicazione, essendo la maggior parte degli Stati membri priva della base giuridica per renderlo effettivo⁸⁹ e risultando le azioni dei privati, oltre che in numero estremamente esiguo – come dimostra lo

⁸⁶ Corte di Cassazione, 4 febbraio 2005, n.2207 e 2 febbraio 2007, n. 2305.

⁸⁷ *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005)672, 19 dicembre 2005.

⁸⁸ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules* (c.d. "Rapporto Ashurst"), Ashurst, 2004, disponibile su <http://ec.europa.eu/>. Dal Rapporto emerge chiaramente la tendenza europea non solo ad assestarsi su un numero significativamente basso di contenziosi in materia, ma anche, per parte dei giudici, ad accordare risarcimenti di importo non elevato.

⁸⁹ Per una compiuta analisi dei contenuti del Libro Verde si veda S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, Giuffrè, II, 2006, 322 ss.

studio *Ashurst* commissionato dalla DG Concorrenza della Commissione⁹⁰ – per nulla incentivato.

Il Libro Verde della Commissione non ha soltanto lanciato un appello sulle necessità di riforma, ma ha formulato un primo richiamo su temi concreti⁹¹, che anticipavano le problematiche sostanziali delle azioni di danno antitrust – accolte, almeno in parte, negli strumenti, legislativi e non, adottati in seguito – mostrandosi incline all’adozione di un modello di strumento risarcitorio teso a rappresentare, più che un mezzo di ristoro, uno strumento di deterrenza o ulteriore sanzione nei confronti dei danneggianti⁹².

Nel 2008, la Commissione ha pubblicato il Libro Bianco sulle azioni risarcitorie⁹³, sulla scorta delle riflessioni sviluppatesi intorno alle proposte contenute nel Libro Verde e delle sollecitazioni giunte da parte del Parlamento Europeo per l’adozione di misure in relazione alle azioni risarcitorie *follow on* e *stand alone*⁹⁴.

Diversamente da quanto fatto con il precedente documento, e sulla scorta delle risultanze del “sondaggio” sulle proposte in quest’ultimo contenute, con il Libro Bianco la Commissione ha proposto agli Stati membri delle misure volte a creare una base giuridica comune, presentando una serie di raccomandazioni volte a garantire che i soggetti danneggiati in conseguenza di violazioni delle regole di concorrenza potessero avere accesso a meccanismi efficaci al fine di ottenere un ristoro completo del danno subito.

Il modello proposto dalla Commissione nel Libro Bianco mirava a costituire un sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza in cui l’attività delle autorità di concorrenza e l’*enforcement* derivante dalle azioni di danno

⁹⁰ Il Rapporto *Ashurst* rilevava che, sino al 2004, potevano contarsi appena 60 contenziosi in tutta l’Unione aventi ad oggetto il risarcimento del danno da illecito antitrust.

⁹¹ Tra cui la possibilità di introdurre norme speciali sulla divulgazione delle prove documentali e sull’accesso ai documenti in possesso delle autorità della concorrenza, sulla necessità di attenuare l’onere probatorio a carico dell’attore circa la violazione delle norme antitrust, di introdurre azioni collettive e coordinare l’attivazione dello strumento risarcitorio con i programmi di clemenza eventualmente accolti dalle autorità.

⁹² M. Maugeri, *Private enforcement e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, cit., 3; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

⁹³ *White Paper on damages action for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008)165, 2 aprile 2008.

⁹⁴ Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 aprile 2007 (2006/2207/ INI), con cui è stata incaricata la Commissione di redigere il Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust.

dovrebbero operare in maniera complementare ed in sinergia, costituendo insieme un sistema a “doppio binario” in cui le azioni civili non siano relegate a una funzione residuale, come erano state sino ad allora⁹⁵, ma assolvano una doppia funzione al contempo di compensazione e deterrenza⁹⁶.

Tale risultato, già nel Libro Bianco, appariva perseguibile attraverso l'introduzione di strumenti e regole che abbiano sia l'obiettivo di portare, ove ve ne siano i presupposti, al completo ristoro del danno subito dal danneggiato, sia l'obiettivo di scoraggiare il danneggiante e le altre imprese da ulteriori e nuove violazioni in ragione della incrementata esposizione al rischio di essere chiamati in giudizio, e in un giudizio con un'impostazione in cui la posizione del convenuto (per il regime di responsabilità e per gli oneri probatori) può per certi versi apparire negativamente sbilanciata rispetto a quella dell'attore.

Entrambi gli obiettivi dovevano, e dovrebbero, risultare perseguibili attraverso, in sintesi, il rafforzamento del rimedio risarcitorio.

La doppia funzione espressamente riconosciuta e ricercata nelle azioni di danno ha però esposto il modello proposto dalla Commissione nel Libro Bianco a critiche⁹⁷ per il presunto sbilanciamento verso la funzione di deterrenza. Critiche che, comunque, non hanno di fatto smontato l'intento di portare avanti il cammino legislativo, culminato nell'adozione della Direttiva 2014/104/UE, e di prossima trasposizione a livello nazionale.

Nel modello di azione risarcitoria proposto dalla Commissione nel Libro Bianco, e che sostanzialmente ha poi trovato espressione nella Direttiva (sebbene con alcune modifiche), il “pendolo” della funzione attribuita all'*enforcement* dei privati dovrebbe oscillare tra lo scopo di “giustizia correttiva” (incoraggiando i soggetti danneggiati ad agire in giudizio, quindi con

⁹⁵ M. Colangelo, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2008, 655.

⁹⁶ Si veda sul tema F. Denozza e L. Toffoletti, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene (cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

⁹⁷ E. Caminiti, *La deroga alla giurisdizione nell'azione di risarcimento per danno da illecito antitrust derivante da cartelli tra società aventi sede in più Stati membri. Il caso Provimi-Aventis*, Tesi di Master, Libera Univ. Internaz. di Studi soc. “G. Carli” (LUISS), Roma, 2009.

funzione puramente compensatoria) e quello di deterrenza (azioni civili come disincentivo a compiere condotte illecite)⁹⁸.

Sul fronte della compensazione dei danni (giustizia correttiva), in base alle informazioni e opinioni emerse nel periodo precedente alla pubblicazione del Libro Bianco, appariva più che mai necessario adottare misure che facilitassero l'azione dei privati per permettere loro l'accesso alla tutela di tipo compensatorio, soprattutto tenendo conto del fatto che le già poche azioni sino ad allora instaurate derivavano per la maggior parte da rapporti di distribuzione, non inserendosi, quindi, nell'ambito di illeciti antitrust "puri" (cartelli e abusi di posizione dominante), rivelando quindi chiaramente le difficoltà dell'istaurazione di contenziosi risarcitori da parte delle potenziali vittime che, come è ovvio, non si limitano ai soggetti inseriti in rapporti di fornitura.

Al fianco di questo primario obiettivo di facilitazione dell'azione dei privati, si poneva, e si pone, l'obiettivo di prevenzione e deterrenza degli illeciti, cioè quello di disincentivare il compimento di illeciti. Anche la funzione di deterrenza viene attuata attraverso la facilitazione delle azioni dei privati, sul presupposto che, da un lato, un sistema efficiente ed efficace di *private enforcement* dovrebbe aumentare le probabilità che le condotte restrittive vengano allo scoperto e, dall'altro lato, che il rischio di esporsi al risarcimento del danno aumenta i costi attesi dell'illecito⁹⁹.

Il modello così prospettato era (ed è) teso essenzialmente a rispondere alle necessità di assicurare l'effettività del diritto comunitario, cercando però di adottare soluzioni non radicali e che avrebbero potuto snaturare la tradizione europea di tutela della concorrenza, creando una improbabile fotocopia del sistema statunitense – attraverso l'introduzione, ad esempio, dei c.d. *punitive damages*.

Le considerazioni intorno agli obiettivi perseguibili attraverso il rafforzamento del sistema rimediale delle azioni private non sono di peraltro rimaste pura teoria, essendo stato effettuato uno studio sugli impatti (*Impact*

⁹⁸ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato, concorrenza e regole*, Giuffrè, II, 2008, 229 ss.

⁹⁹ *Ibidem*, 231.

*study*¹⁰⁰) della nuova regolazione del settore, volto essenzialmente a valutare le possibili conseguenze delle varie soluzioni proposte, e con cui si è giunti alla conclusione che il compendio tra misure tipicamente statunitensi – ma non “estreme” – con le esigenze di rispetto della tradizione giuridica continentale fosse la strada migliore.

Guardando ai contenuti specifici del Libro Bianco, in certa misura mantenuti nella Direttiva, è possibile individuare molti elementi di novità nel panorama giuridico comunitario (ma non nazionale), tra cui rilevano principalmente l'introduzione di azioni collettive, l'ampliamento della legittimazione attiva, la regolazione dell'accesso alle prove, la regolazione dell'efficacia delle decisioni delle autorità di concorrenza (con un prorompente impatto sulle azioni *follow on*), le previsioni sui termini di prescrizione.

Pur non essendo questa la sede per un'analisi approfondita dei contenuti del Libro Bianco, appare opportuno ripercorrere, per gli scopi della presente ricerca, le soluzioni proposte dalla Commissione nel 2008 nell'ottica della successiva adozione di uno strumento legislativo.

Con riferimento proprio agli elementi di novità sopra evidenziati, vengono innanzitutto in considerazione le azioni collettive, care al sistema statunitense, ma del tutto sottosviluppate o addirittura inusuali per molti dei sistemi giuridici dell'Unione.

Se è stata infatti sin dall'inizio chiara al principale sistema giuridico d'oltreoceano l'importanza della *class action* ai fini del *private enforcement*, grazie alla forza di coesione che essa garantisce e, quindi, anche alla facilitazione dell'azione in giudizio¹⁰¹, non può dirsi altrettanto di quanto avvenuto nel nostro continente.

Il Libro Bianco, almeno per quel che concerne il private antitrust enforcement, cercava di porre una soluzione di rimedio a questa carenza di

¹⁰⁰http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

¹⁰¹ Come è stato evidenziato, infatti, per alcune violazioni del diritto della concorrenza il danno subito dalle vittime (se si fa riferimento a queste ultime principalmente come a vittime-consumatori) è spesso di carattere diffuso e disperso, sicché è carente l'incentivo all'azione del singolo, incentivo che invece viene rafforzato in presenza di azioni di massa, le quali, generando anche economie di scala dell'azione, aumentano anche il tasso di deterrenza delle stesse (si veda in proposito E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà Il Libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit. 237).

group litigation, senza per questo ricorrere a una mera fotocopia della *class action* statunitense, le cui soluzioni sono per molti versi non proponibili per i sistemi di *civil law*.

La Commissione, innanzitutto, piuttosto che proporre una *class action* basata sul noto sistema dell'*opt-out*¹⁰², ha cercato di compendiare varie istanze, proponendo l'adozione di due meccanismi tra loro complementari di azione collettiva, proponendo un sistema di *opt-in* (basato sulla volontaria ed espressa scelta di adesione dei singoli all'azione di gruppo, con la determinazione di aggregare le proprie richieste in un'unica azione), e un sistema basato sulla rappresentatività (azioni promosse da determinate categorie di soggetti o entità abilitate espressamente ad agire in nome di gruppi di vittime di determinati illeciti, come ad esempio associazioni dei consumatori).

Tale scelta è stata ricondotta¹⁰³ alla sostanziale impraticabilità della proposizione di un modello di *opt-out* nei sistemi tradizionali di *civil law*, con qualche rara eccezione, o perché di difficile accettazione a causa dei principi sulla rappresentanza, o perché considerata addirittura incostituzionale¹⁰⁴.

Degne di menzione sono inoltre le previsioni sull'accesso alle prove, che in un certo senso si allontanano, nel Libro Bianco, da quanto prospettato nel precedente Libro Verde. Il Libro Bianco, infatti, proponeva agli Stati membri l'attribuzione al giudice civile dello specifico potere di ordinare ad una parte l'esibizione di categorie di documenti ritenute determinanti per la decisione, sul presupposto che la richiesta sia necessaria per la decisione, nonché proporzionata, ma soprattutto che l'attore risulti adempiente rispetto all'onere di fornire adeguata prova di tutti i fatti a base dell'illecito di cui lo stesso poteva avere conoscenza.

¹⁰² Tipica azione di gruppo su base non volontaria, in cui il soggetto appartenente ad una classe viene automaticamente inglobato nella *group litigation*, salvo espresso volere contrario con cui si dissocia.

¹⁰³ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit. 239-240.

¹⁰⁴ E' il caso dell'ordinamento tedesco, ove l'azione su base non volontaria si scontrerebbe con il diritto costituzionalmente garantito di disporre liberamente dei propri diritti.

La Commissione, così proponendo, abbandonava le linee di intervento proposte come possibili opzioni nel Libro Verde¹⁰⁵, prospettando una soluzione verosimilmente più adeguata e coerente con il quadro giuridico dei sistemi degli Stati membri¹⁰⁶.

La novità di maggior rilievo, fatta propria da parte della Commissione nel Libro Bianco, è però senza dubbio la previsione del carattere vincolante delle decisioni delle autorità di concorrenza nei giudizi c.d. *follow on*. Tale previsione si iscrive nel quadro del coordinamento e della auspicata complementarità tra *public* e *private enforcement*, con l'obiettivo di assicurare e, primariamente, facilitare il soddisfacimento dell'onere della prova a carico dell'attore almeno nelle azioni basate sui provvedimenti sanzionatori delle autorità nazionali di tutela della concorrenza, obiettivo questo già esplicitato ed anticipato nel Libro Verde.

In particolare, il Libro Verde proponeva sul punto due soluzioni: (i) la vincolatività delle decisioni delle autorità di concorrenza; (ii) l'introduzione di una vera e propria inversione dell'onere della prova a carico dell'impresa convenuta.

Anticipando sin d'ora i dubbi sulla reale esistenza di differenze tra le due soluzioni, con riferimento allo sviluppo giurisprudenziale che ha interessato il tema nell'ultimo decennio, almeno in Italia (con l'attribuzione di valore di per sé più o meno vincolante, sotto certi aspetti), per il momento può osservarsi come la Commissione, optando nel Libro Bianco per la proposta del carattere vincolante delle decisioni sanzionatorie, e abbandonando la formale inversione dell'onere probatorio, sembra aver fatto una scelta di campo che mira a conferire maggior incisività del *public enforcement* nell'ambito delle azioni private, di fatto agevolando l'azione del privato. Tuttavia, in retrospettiva, tale

¹⁰⁵ Da un lato, quella di rafforzare i poteri istruttori del giudice e introdurre un obbligo generale di *disclosure* di tutti i documenti e le informazioni rilevanti, dall'altro quella di una riduzione dell'onere probatorio a carico dell'attore.

¹⁰⁶ Può in certa misura concordarsi con gli Autori in *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit. 241, laddove si considera l'obbligo di *disclosure* indicato nel Libro Verde (nota 30) un inaccettabile automatismo che, di là dal facilitare l'azione, può sconfinare in abusi, mentre deve dissentirsi per quanto riguarda l'inversione dell'onere della prova e il rafforzamento dei poteri istruttori, entrambi elementi chiaramente accolti dalla giurisprudenza nazionale (come si dirà in seguito) e che, almeno in alcuni tipi di azione, appaiono ovvie e necessarie (si pensi alla sostanziale inversione dell'onere probatorio sui fatti illeciti esistente nelle azioni *follow on*).

soluzione sembrerebbe mirare ad unire a doppio filo l'azione del pubblico con quella del privato, con il primario obiettivo di ottenere la piena efficacia ed effettività delle decisioni¹⁰⁷, vagamente sulla scorta del regime relativo all'efficacia vincolante delle decisioni della stessa Commissione, di cui all'art. 16 del Regolamento 1/2003¹⁰⁸.

Posto quanto di dirà più avanti con riferimento alla Direttiva, risulta comunque chiaro che già con il Libro Bianco, come poi con la Direttiva, la Commissione si sia determinata a creare un quadro normativo armonizzato sugli aspetti fondamentali dell'azione risarcitoria, mettendo sempre più al centro dell'*enforcement antitrust* gli stessi privati, ponendosi come fine “di copertina” quello della facilitazione dell'esercizio delle azioni risarcitorie, ma mirando forse principalmente ad ottenere una rafforzata efficacia delle decisioni pubbliche, o il perseguimento e disvelamento delle condotte per mano delle azioni degli stessi privati. Cercando quindi di ottenere come primario obiettivo quello della deterrenza.

Come si vedrà meglio in seguito analizzando alcuni contenuti della Direttiva, questo di per sé apprezzabile intento della Commissione avrebbe forse richiesto dei bilanciamenti diversi, che tenessero maggiormente conto della realtà processuale (sia dell'attore che del convenuto). Al contrario, quello che sembra intravedersi è che le azioni civili saranno agevolate solo sino a un certo punto (forse nemmeno a tal punto da necessitare di interventi legislativi, se non per obiettivi di armonizzazione) e, anzi, sotto certi aspetti potrebbero prodursi alcuni effetti indesiderati, sotto diversi aspetti, per entrambe le parti del giudizio.

Continuando l'*excursus* del cammino legislativo in materia di risarcimento del danno antitrust, passo successivo al Libro Bianco e, per così

¹⁰⁷ Deve in questo senso concordarsi con chi afferma che, ai fini della sola facilitazione dell'azione del privato, l'inversione dell'onere della prova sarebbe di per sé sufficiente, e ciò appare confermato se si guarda agli effetti pratici della teoria della “prova privilegiata” sviluppata dalla Corte di Cassazione (su cui si dirà in seguito) che ha, di fatto, creato tale inversione dell'onere probatorio (spingendosi peraltro fino al punto che il convenuto è, in certi casi, quasi privo di difesa sulle circostanze di fatto dell'illecito) (E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 245).

¹⁰⁸ Per l'analisi di questi aspetti e del parallelismo tra efficacia vincolante delle decisioni della Commissione ed efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali, si rinvia al capitolo II.

dire, definitivo, è stata l'approvazione della Direttiva. Approvazione a dir poco travagliata e dai tempi lunghi, che ha visto dapprima il lancio da parte della Commissione della propria proposta legislativa sulla scorta dei contenuti del Libro Bianco, passata al vaglio del Parlamento Europeo e, infine, definitivamente adottata lo scorso 14 novembre 2014.

Un passaggio intermedio si è avuto con l'emanazione delle Linee Guida della Commissione sulla quantificazione del danno¹⁰⁹ e che pare strumento di estrema utilità nel fornire un indirizzo agli operatori del settore (giudici e periti) nelle metodologie da impiegare nella quantificazione dei danni antitrust, che paiono sfuggire alle canoniche metodologie e categorie giuridiche, richiedendo però, al contempo, un aggancio alle stesse (dovendo comunque essere rispettati i principi chiave per l'assolvimento dell'onere probatorio)¹¹⁰.

Ciò che emerso dalle discussioni intorno ai contenuti del Libro Bianco è che le prospettive di riforma sono sembrate in certa misura troppo invasive. Molti degli interventi proposti sono stati oggetto di numerose conferenze e consultazioni, che hanno portato nel 2010 all'istituzione di un secondo collegio di commissari con lo scopo del raggiungimento di una posizione condivisa, sui punti maggiormente critici, entro la fine del 2011.

Se è vero che per nessun intervento legislativo – men che meno uno sovranazionale con funzione di armonizzazione e, quindi, in principio mirante a coniugare e raccordare istanze diverse, anche di segno opposto – può pretendersi un cammino senza intoppi, il fatto che l'elaborazione di una “*politica europea di private enforcement*” – ossia di un incentivo alle azioni private, con fini anche pubblicistici – condivisa abbia di fatto impiegato oltre un decennio a vedere la luce, con numerosi passaggi intermedi, sottolinea i problemi di sintonia che le singole misure hanno sollevato e, in generale, che forse lo strumento non era poi così ampiamente desiderato o, quantomeno, che

¹⁰⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, C(2013) 3440, 11 giugno 2013.

¹¹⁰ Per un'ampia disamina di questi aspetti, v. *infra* Cap. II.

il clima politico non era quello adatto, sebbene si sia giunti in qualche modo all'adozione della Direttiva¹¹¹

Sia o non sia la lunga e travagliata procedura di approvazione un sintomo delle difficoltà incontrate nell'accettazione delle proposte della Commissione, è un dato che, con la Direttiva, gli invasivi intenti riscontrabili dapprima nel Libro Verde e poi nel Libro Bianco sembrano parzialmente venuti meno, tanto che è sembrato che la Commissione con l'ultimo atto legislativo sia in un certo senso rientrata nei ranghi, proponendosi obiettivi più modesti e meno radicali, con mire uniformatrici più deboli. Ciò, si direbbe, in considerazione delle differenze intercorrenti tra le esperienze nazionali chiamate, in varie misure, a modificare i propri sistemi, differenze non solo strutturali, ma anche evolutive¹¹².

A parte la considerazione della natura in sé problematica di alcuni dei contenuti della Direttiva, ciò che occorre comprendere è se gli obiettivi che animavano il Libro Bianco e che animano la Direttiva sono realistici e se davvero tali strumenti facilitino le azioni dei privati.

Occorre ormai prender atto del fatto che lo strumento legislativo, pur con tutte le difficoltà e resistenze incontrate, ma anche gli sproni ricevuti¹¹³ è stato adottato e la sua implementazione da parte degli Stati membri è ormai prossima.

In virtù di ciò, non occorre più interrogarsi sulle problematicità dell'accettazione, bensì sulla fattibilità dell'implementazione a livello nazionale delle misure introdotte. Occorre quindi soffermarsi, dopo un'analisi di alcuni dei contenuti della Direttiva, sulle prospettive ed implicazioni materiali delle previsioni introdotte e della loro possibile declinazione da parte degli Stati membri e, per quanto qui d'interesse, da parte dell'Italia.

Nel fari ciò, nei successivi capitolo ci si focalizzerà, isolando alcune disposizioni della Direttiva e la loro proiezione a livello nazionale, sull'analisi del rapporto e dell'interfacciamento tra sfera pubblica e privata nelle stesse

¹¹¹ Sembra giungersi a queste conclusioni in L. Crofts, *The politics of private enforcement*, in G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, cit., 127 ss.

¹¹² F. Marcos, *Es verdadamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cartel?*, cit., 160.

¹¹³ Si veda, ad esempio, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco.

disposizioni legislative, con l'obiettivo di comprendere come la Commissione abbia assolto al difficile compito di raccordare le due sfere dell'*enforcement* con il fine di coordinarle e creare un sistema a due pilastri, che passa per il necessario rafforzamento dell'azione dei privati.

4. Il private antitrust enforcement in Italia: dipendenza dall'azione pubblica?

Prima dell'analisi delle disposizioni della Direttiva che si ritengono di primario interesse per le finalità della presente ricerca, appare necessario soffermarsi sull'inquadramento del *private enforcement antitrust* nel nostro ordinamento.

Le azioni per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale non sono una novità in Italia. Anzi, sebbene in numero esiguo, può dirsi che l'inizio dell'incardinamento di tali azioni è abbastanza datato, risalendo a ben prima degli anni 2000 e, quindi, ad un periodo ben antecedente l'avvio dell'iniziativa legislativa sul tema in sede comunitaria.

Guardando ai principali contenziosi, occorre innanzitutto fare una distinzione tra le azioni *follow on* e quelle *stand alone*, così come tra le azioni intentate da professionisti (come acquirenti diretti o come competitors) e da consumatori finali.

In un sistema dominato dal *public enforcement*¹¹⁴, come è quello italiano, le corti si sono trovate a decidere principalmente sulle azioni avviate a seguito degli accertamenti di condotte anticoncorrenziali compiuti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), piuttosto che su azioni avviate senza un accertamento della condotta a supporto (*stand alone*).

Ciò, parrebbe, per – almeno – due evidenti ragioni: una legata alla conoscenza dell'illecito, l'altra legata ai profili probatori.

¹¹⁴ Occorre precisare che quando nel testo si fa riferimento alla predominanza del *public enforcement*, il riferimento è solo ed esclusivamente di carattere relativo, ossia alla predominanza sulle azioni dei privati. Non è, invece, idoneo a suggerire l'idea che nel nostro ordinamento viga un sistema di *public enforcement* estremamente attivo e sviluppato. E' testimonianza del contrario la riscontrata non abbondanza di istruttorie avviate dall'Autorità – non facendosene per questo una questione qualitativa, ma meramente quantitativa.

Senza anticipare essenziali aspetti della presente ricerca che saranno trattati nei successivi capitoli, si rileva sin da ora la difficoltà che incontra il potenziale attore nel conoscere la condotta illecita e nel riconoscere il legame tra questa e il danno patito senza che vi sia l'accertamento pubblico della condotta (e dei suoi effetti), sicché è altamente probabile che egli non venga a conoscenza dell'illecito e delle sue possibili conseguenze che con l'avvio o la conclusione dell'istruttoria amministrativa.

Occorre poi metter conto delle difficoltà probatorie incontrate dall'attore (ma anche ricostruttive incontrate dai giudici) in assenza di un'analisi dell'Autorità, che indubbiamente offre un supporto circa la ricostruzione della condotta che difficilmente potrebbe raggiungersi in un qualsiasi giudizio civile.

Questi temi, insieme ad altre considerazioni di carattere strettamente processuale, influenzano estremamente la preponderanza di una tipologia di azione risarcitoria sull'altra.

Sotto questo aspetto, appare cruciale la differenza a livello di effetto deterrente che può trarsi dalle azioni dei privati. A ben vedere, le azioni *follow on* hanno, sì, un indubbio effetto deterrente, nella misura in cui la prospettiva di passare dall'accertamento in sede amministrativo ad un (facile) avvio dell'azione risarcitoria, dovrebbe disincentivare la commissione di illeciti. Si tratta però, a ben vedere, di una deterrenza "posposta", i cui il sorgere dell'effetto deterrente è strettamente collegato alla circostanza che vi sia il rischio dell'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità.

Le azioni *stand alone* invece, ove ben collaudate (come è ad esempio negli Stati Uniti), potrebbero avere un effetto deterrente immediato, in quanto il potenziale *infringer* saprebbe di essere esposto con estrema probabilità ad azioni da parte dei privati indipendentemente dall'azione di qualunque autorità pubblica.

Pertanto, l'effetto deterrente, come è comprensibile, sarebbe ottenibile in entrambi i casi, con la differenza che, in un sistema in cui la larghissima maggioranza di azioni è di tipo *follow on*, è lecito ritenere che alla valutazione del rischio, da parte del potenziale *infringer*, di incorrere in richieste risarcitorie, si anteponga la valutazione del rischio dell'avvio di un'istruttoria da parte dell'Autorità.

In questo senso, quindi, se l'interesse è (anche) quello di incrementare l'effetto deterrente ottenibile dall'applicazione delle regole a tutela della concorrenza, maggiore incisività ci si potrebbe attendere in un sistema che incentiva le azioni private anche non collegate ad un accertamento amministrativo della condotta. Da questo punto di vista, come si vedrà in seguito, la Direttiva pare molto carente, essendo la maggior parte delle previsioni indirizzate al coordinamento dell'azione pubblica con quella privata.

Guardando alla casistica nazionale, sono quindi in assoluta maggioranza i casi di azioni *follow on*, proposte sia da clienti finali/consumatori, sia da imprese (anche concorrenti dell'*infringer*)¹¹⁵. Ciò appare singolare se si concorda con la visione generale che attribuisce una forte asimmetria informativa al danneggiato-consumatore rispetto al danneggiato-impresa.

La predominanza delle azioni *follow on* rispetto alle azioni *stand alone* è generalmente addebitata alle maggiori difficoltà che i danneggiati incontrano nella individuazione della possibile condotta illecita rispetto alla preposta autorità di concorrenza, dotata di mezzi e strumenti istruttori assai più efficaci nella *detection* e nell'analisi delle violazioni delle regole antitrust¹¹⁶.

Sebbene sul punto non vi sia unità di vedute¹¹⁷, appare comunque indubbio che, trattandosi di un settore caratterizzato da risvolti tecnici di non poco conto, le conoscenze e gli strumenti in mano all'autorità di concorrenza siano al di sopra di quelle del privato, anche il più consapevole tra essi (*in*

¹¹⁵ La situazione del *private enforcement* italiano è tale sin dagli inizi. Si guardi, da un lato, ai numerosi casi in materia di telecomunicazioni, tutti in maggioranza incardinati a seguito di istruttorie concluse con sanzioni da parte dell'Agcm (i primi sono stati: Corte d'Appello di Milano, sentenza del 18 luglio 1995, *Telsystem*; Corte d'Appello di Milano, ordinanza del 24 dicembre 1996, *Albacom*; in materia assicurativa invece ricordiamo il già citato caso *Manfredi*, che origina dal rinvio pregiudiziale da parte del Giudice di Pace di Bitonto alla Corte di Giustizia), e dall'altro all'esiguo numero di casi *stand alone* (tra cui Corte d'Appello di Milano, sentenza del 11 luglio 2003, *Bluvacanze*; Corte d'Appello di Torino, sentenza del 6 luglio 2000, *Juventus F.C.*)

¹¹⁶ P. Cassinis, G. Galasso, *Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra public e private enforcement*, cit.

¹¹⁷ A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit. Secondo l'Autrice, infatti, potrebbe essere il soggetto maggiormente idoneo a scoprire la condotta illecita per una questione, se non altro, di vicinanza alla condotta. Questa appare, tuttavia, una generalizzazione che non tiene conto delle peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale, caratterizzato spesso da segretezza (è il caso della maggior parte dei cartelli), nonché in generale dalla non immediata percezione dell'effetto negativo da parte della vittima (che può aversi anche in casi di violazioni generalmente "palesi", come può essere l'abuso di posizione dominante, sebbene ciò sembri meno plausibile).

primis, il diretto concorrente dell'*infringer*), sicché quello che forse fa veramente la differenza tra le potenzialità di svelare una condotta illecita è il deficit di una solida – o, quantomeno, sufficiente – cultura antitrust tra i soggetti che possono subirne gli effetti nocivi, da cui deriva la difficoltà per gli stessi di riconoscere e/o sospettare l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale e del collegamento di eventuali perdite economiche ad esso ricollegabili. Ciò da deriva direttamente il basso numero di azioni, ancor prima, probabilmente, che da inefficienze proprie del sistema risarcitorio.

A proposito della idoneità e capacità del privato a svelare le condotte illecite – sulla quale si tornerà in seguito trattandosi di prova e legame con il provvedimento dell'autorità di accertamento della condotta illecita – occorre peraltro distinguere la tipologia di condotta di cui trattasi, evitando in *primis* di accomunare l'ipotesi del cartello e dell'abuso di dominanza.

Sul punto, è interessante l'opinione di chi rileva¹¹⁸ come, nel primo caso appare difficile mettere in dubbio le maggior difficoltà di svelare il cartello illecito per chi ne subisca il danno (a meno che non si tratti di un membro del cartello, il quale però ovviamente potrebbe difficilmente vantare una qualche pretesa risarcitoria), a causa del carattere segreto che di norma connota questa tipologia di illecito antitrust, mentre, nel caso dell'abuso di posizione dominante, la vittima dell'abuso può presumibilmente avere coscienza e maggior possibilità di prova dell'illecito, sicché sarebbe lecito aspettarsi una maggiore quantità di azioni *stand alone* nei casi di abuso di dominanza, piuttosto che in quelli relativi a cartelli e ciò in *primis* in ragione del carattere di segretezza che connota questi ultimi.

A ben vedere, tale distinzione sembra riconducibile a due distinte osservazioni. L'una, legata alle caratteristiche dell'illecito; l'altra legata alle caratteristiche del danneggiato. Il cartello sarebbe più difficilmente svelabile per mano dell'azione del danneggiato, sia perché in genere segreto, sia perché il danneggiato è, più presumibilmente, un consumatore finale.

In realtà appare scorretto assumere una posizione così netta sebbene apprezzabile in quanto tesa ad evitare un primo grado di generalizzazione. Le

¹¹⁸ F. Marcos, *Es verdadamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cartel? Una mirada a la experiencia española*, cit., 154.

sfumature sono, infatti, molteplici e molteplici sono le complicazioni che possono derivarne in termini di idoneità a portare alla luce la pratica anticoncorrenziale¹¹⁹.

Per quanto riguarda la distinzione basata sulle differenze dell'azione legate alla diversa tipologia di attore, mette conto notare come i contenziosi *business-to-business* abbiano trovato sin da subito spazio nell'ambito delle azioni risarcitorie per danni da illecito antitrust, sia per il fatto che un substrato di conoscenza si era formato sulla scorta dello sfruttamento delle disposizioni codicistiche che tutelano i professionisti contro gli atti di concorrenza sleale, sia per la iniziale retrosia delle corti a riconoscere la legittimazione dei consumatori a chiedere la compensazione dei danni subiti a seguito della violazione delle regole di concorrenza.

In Italia, infatti, la conquista della legittimazione attiva anche in questa tipologia di cause da parte dei consumatori finali è recente, essendo stata in passato considerata assolutamente anomala, in un contesto in cui si è a lungo ragionato intorno al binomio concorrenza imprese¹²⁰.

La Corte di Cassazione ha assunto una posizione di apertura soltanto nel 2005, nel caso *Unipol*¹²¹, movendo dalla considerazione delle disposizioni della L. 287/90, in particolare, dell'art. 33, comma 2 della Legge.

Prima di allora, con riguardo all'ammissibilità dell'azione sotto il profilo della legittimazione attiva, le azioni di danno antitrust in Italia risultavano profondamente lontane dall'assetto raggiunto nella Comunità e in altri paesi¹²².

¹¹⁹ Come si vedrà nei successivi capitoli, la distinzione tra la tipologia di soggetti che agisce a fini risarcitori e tra le tipologie di illecito, ai fini della valutazione delle diverse implicazioni in termini, soprattutto, di prescrizione dell'azione e onere probatorio, sono aspetti affrontati dalla giurisprudenza e dalla stessa Direttiva. Come si avrà modo di specificare, tuttavia, le specificazioni introdotte in relazione ad alcune fattispecie e tipologie di vittima del danno sembrano portare, a loro volta, a delle generalizzazioni indebite, mentre dovrebbe prevalere, a parere di chi scrive, una valutazione caso per caso che consideri le circostanze concrete di conoscibilità dell'illecito da parte della vittima, anche in relazione alla posizione dell'*infringer* sul mercato.

¹²⁰ G.A. Benacchio, M. Carpanano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, cit., 52.

¹²¹ Cass. Civ. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹²² Si veda, per una posizione di assoluta chiusura della Corte, il caso *Montanari* (Cass. Civ., 4 marzo 1999, *Montanari/Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*, in *Riv. Dir. Industr.*, 2000, II, 421, con nota di Tassoni), in cui, ad avviso della Corte, le norme del Trattato in materia di concorrenza, interpretate come dirette unicamente agli imprenditori, non giustificano l'azione da parte dei consumatori/utenti, i quali avrebbero potuto trarre esclusivamente un vantaggio riflesso ed indiretto dall'applicazione della normativa a tutela della concorrenza.

In più di un caso la Suprema Corte, prima del *revirement* giurisprudenziale del 2005, ha negato la possibilità per i consumatori di rifarsi alla violazione delle regole di concorrenza di cui alla L. 287/90 per lamentare i danni subiti, dovendo gli stessi, ove possibile, ancorare la propria azione ad altre categorie e fattispecie¹²³. Tale orientamento della Corte è rinvenibile anche in altre decisioni dei primi anni del 2000¹²⁴.

Come si è detto, questa impostazione è però stata abbandonata da circa un decennio, dal momento in cui la Corte, ammettendo l'azione esercitata da parte dei consumatori, non è soltanto intervenuta in punto di legittimazione, ma ha, potremmo dire, stravolto quella che sino ad allora era stata, almeno *pro parte curiae*, la concezione della tutela della concorrenza come esclusivamente tesa a tutelare il concorrente dell'*infringer*.

L'impostazione predetta è stata smentita nella sua vera essenza: la Corte, nella propria decisione, ha infatti individuato quale oggetto delle regole a tutela della concorrenza un bene giuridico generale – individuabile nell'interesse al mantenimento di condizioni di mercato concorrenziali – che trascende qualsivoglia concezione individualistica di tale tutela, con la inevitabile conseguenza che l'eventuale condotta concorrenziale è suscettibile di danneggiare il singolo, sia o meno quest'ultimo un concorrente dell'impresa che ha violato le regole di concorrenza¹²⁵.

Successivamente alla decisione della Corte del 2005, la legittimazione attiva dei consumatori nelle azioni di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale è stata confermata sempre in sede di legittimità nel 2007¹²⁶, con una sentenza che, insieme a quella precedente, ha di fatto avviato il filone

¹²³ Significativa è in questo senso l'indicazione fornita in grado d'appello nel caso *Indaba/Juventus F.C.* (peraltro uno dei pochissimi casi in Italia in cui si è affrontato il tema della *passing on defense*, su cui si dirà, con riferimento all'*enforcement* nazionale, nel capitolo III), in cui è stata esclusa la possibilità dei consumatori finali di rifarsi alla violazione di regole stabilite per i danneggiati appartenenti alla categoria *business*, dovendosi gli stessi rivolgere, per ottenere tutela dei propri diritti, al più comune regime della responsabilità civile.

¹²⁴ Cass. Civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, *Unipol-Axa*, in *Foro It.* 2003, I, 1121. Sulla sentenza si vedano i contributi di Guarnieri, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite*, in *Resp. Civile e Prev.* 2005, 433; M. Negri, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso gran arrest*, in *Corr. Giur.* 2005, 333; A. Palmieri e R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.* 2005, I, 1014.

¹²⁵ G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, cit., 54.

¹²⁶ Cass. Civ., 2 febbraio 2007, n. 2305.

giurisprudenziale relativo al settore assicurativo. Entrambe le decisioni afferivano infatti alle note vicende di violazione delle regole di concorrenza nel in tale settore¹²⁷, avverso le quali un nutrito gruppo di assicurati ha agito per il risarcimento del danno subito, consistente nella maggiorazione di prezzo, derivante dal cartello, corrisposta per il premio assicurativo.

Può dirsi, in definitiva, che con la decisione del 2005, prima, e con quella del 2007, poi, è stato concretamente recepito nel nostro ordinamento il principio in precedenza espresso nei casi *Courage* e *Manfredi* (nonché ancor prima nel caso *Van Gend & Loos*) dalla Corte di Giustizia.

Proprio dall'ampliamento della platea dei possibili attore era lecito attendersi, come diretta conseguenza, un significativo incremento del contenzioso risarcitorio in materia antitrust.

Così in realtà non sembra esser stato, non essendosi registrato alcun “boom” delle azioni risarcitorie, sebbene un certo incremento sia stato osservato¹²⁸, sempre però con una netta preponderanza di azioni promosse a seguito dell'accertamento compiuto dall'Autorità. Questo aspetto è indicativo, si ritiene, delle generali difficoltà che incontra il decollo del *private antitrust enforcement*, derivanti, come si è spesso sin qui rilevato, dalla mancata diffusione di una cultura antitrust. Tale circostanza pare peraltro argomento utile a destituire di fondamento le opinioni che avversano l'adozione della Direttiva, sulla base del paventato rischio di una possibile eccessiva produzione di contenzioso che affollerebbe oltremodo i già intasati tribunali civili.

In realtà, per gli aspetti che si discuteranno successivamente ma che si è già anticipato, si ritiene che, a voler criticare il contenuto della Direttiva e, in generale, la volontà di codificare i principi a base delle azioni risarcitorie per danni antitrust, gli spunti per la critica vadano cercati altrove, nei suoi risvolti pratici di carattere processuale e non solo (in punto di garanzia del diritto di difesa, di legittima costituzionale di alcune previsioni, di opportunità di alcune

¹²⁷ Agcm, provv. 28 luglio 2000, n. 8546 (pubblicato in Bollettino 30/2000 del 14 agosto 2000), confermato dal T.a.r. Lazio e dal Consiglio di Stato.

¹²⁸ G. Muscolo, *Il danno antitrust. Profili giuridici ed economici*, Intervento al convegno “Le azioni civili nelle Corti europee ed italiane Alcune questioni sulla prova del danno”, Agcm, Roma, 12 febbraio 2009.

misure introdotto, ecc.) e non, al contrario, nel possibile incremento del contenzioso.

Tale preoccupante incremento, infatti, vi sarebbe già potuto essere proprio in risposta alle conquiste giurisprudenziali dell'ultimo decennio (si pensi *in primis* al regime della prova privilegiata e della già riferita ampliata legittimazione attiva), ma così non è stato.

E' indubbia la crescita del contenzioso antitrust negli Stati membri, ma appare significativo che proprio l'Italia, paese considerato litigioso per eccellenza, non sia tra quelli che registra un più marcato incremento delle azioni risarcitorie per danni antitrust, almeno nel primo quinquennio dalle decisioni della Corte di Cassazione di cui pocanzi¹²⁹. Un maggiore incremento è stato registrato negli ultimi anni, ma è ben lontano dal poter nutrire preoccupazioni di iperlitigiosità¹³⁰.

Intravedendo un rischio di incremento del contenzioso, in realtà di omette di considerare la funzione di complementarità tra *public* e *private enforcement* che sta alla base della volontà di adozione di un quadro legislativo di riferimento per gli Stati membri, nel senso che l'eventuale aumento del contenzioso risarcitorio per danni antitrust – soprattutto se riguardante le azioni *stand alone* – potrebbe significare (naturalmente ove le azioni avessero esito positivo per gli attori) una maggiore efficienza dello strumento sia sotto il profilo della tutela del danneggiato, sia sotto il profilo della riduzione dell'intervento pubblico.

Tale considerazione, comunque, sarebbe pienamente valida ove si ritenesse che l'implementazione delle nuove norme possa aprire la strada ad un numero crescente di azioni dei privati che non presuppongano l'iniziativa

¹²⁹ M. Carpagnano, *Quot regiones, tot mores: analisi comparata di alcuni casi recenti in Europa in materia di Private Antitrust Enforcement*, in G. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), Atti del convegno sul "Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali", Trento, 8-9 maggio 2009.

¹³⁰ M. Tavassi, G.A.M. Bellomo, P. Caprile, *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust (2014)*, in *Concorrenza e Mercato*, Giuffrè, 2015. Dal dato statistico riferito dagli Autori emerge chiaramente l'incremento dei contenziosi in Italia in materia di risarcimento danni antitrust, ma il numero riportato è lontano dal poter essere definitivo elevato. Peraltro, rileva ancora come ad agire per i danni siano quasi sempre imprese e, in buona parte dei casi, a seguito di accertamento della violazione da parte dell'Agcm. La situazione sostanziale non sembra, in definitiva, mutata in materia sostanziale, almeno sotto il profilo puramente quantitativo dell'esercizio dell'azione.

pubblica. Tuttavia, non è questa la sensazione che si ha nell'analizzare il contenuto della Direttiva, a causa della prudenza mostrata dal legislatore europeo nel passaggio dal Libro Bianco alla Direttiva che di fatto non sembra aver fatto grandi passi avanti sotto questo punto di vista, con la conseguenza che appare più probabile che la maggioranza delle azioni resterà comunque di tipo *follow on* (altro discorso invece può farsi sulla distinzione delle azioni in base alla categoria di attori, ove può auspicarsi un incremento delle azioni promosse da consumatori – o chi per loro¹³¹).

Nonostante l'aspetto da ultimo sottolineato, continua ad intravedersi nel pacchetto normativo di recente approvato la volontà di intraprendere un cammino – o meglio di concluderlo – che consacrì la complementarità tra *public* e *private enforcement* nell'attuazione delle regole di concorrenza, sì da poter definire il sistema europeo di concorrenza “*a due pilastri*”¹³², intenzione che emergerebbe in particolare da alcune previsioni della Direttiva tese a regolare l'interazione tra iniziativa privata e ambito di competenza dell'autorità (sotto il profilo del diritto all'accesso alle prove del fascicolo istruttorio dell'Agcm, dell'effetto vincolante delle decisioni sanzionatorie, ecc.)¹³³.

Tuttavia, stante il fatto che, per quanto visto, almeno in Italia il rapporto tra *public* e *private enforcement* continua ad essere visto alla stregua di un rapporto, se non proprio gerarchico, quantomeno di residualità (del *private enforcement* rispetto all'azione pubblica) è lecito esprimere qualche dubbio sull'efficacia di questa “iniezione di cultura antitrust” che si cerca di operare con l'introduzione di novelle legislative che regolano direttamente lo strumento

¹³¹ Sul punto si discuterà più diffusamente in sede di trattazione del tema di azioni di classe, su cui si rinvia al successivo capitolo II.

¹³² G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il Public e il Private Enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*, intervento al convegno “L'impatto della Direttiva 104/2014 sul *private enforcement*. Profili applicativi di diritto della Concorrenza e problemi aperti”, Genova, Scuola Superiore della Magistratura, 20 novembre 2015. Come ricordato dall'Autrice, nel considerando n. 6 della Direttiva si legge che “Per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza. È necessario dettare regole per coordinare in modo coerente queste due forme di applicazione, ad esempio in relazione alle modalità di accesso a documenti in possesso delle autorità garanti della concorrenza. Tale coordinamento a livello di Unione permetterà inoltre di evitare divergenze fra le norme applicabili, che potrebbero compromettere il corretto funzionamento del mercato interno”. Sembra quindi esplicitato l'intento della ricerca della complementarità.

¹³³ *Ibidem*.

risarcitorio e che sembrerebbero focalizzate sull'armonizzazione delle sole azioni *follow on*, di fatto implicitamente tessendo un filo diretto tra le due sfere dell'*enforcement* che ne aumenterebbe la dipendenza a senso unico.

In poche parole, non pare potersi esprimere con certezza un giudizio, allo stato dei fatti, sull'efficacia dei nuovi strumenti legislativi sotto il profilo della incentivazione e dello sviluppo della propensione e delle capacità dei privati (imprese o consumatori) alla *detection* degli illeciti e alla ricerca di tutela, indipendentemente dall'azione di una qualsiasi autorità garante.

L'obiettivo di rafforzare il rimedio risarcitorio, quindi, può certamente essere quello dell'incremento della tutela dei privati e, al contempo, della ricerca di un effetto deterrente, senza però illudersi di una crescita "autonoma" (i.e. indipendente dal *public enforcement*) dell'*enforcement* privato delle regole antitrust.

5. I "temi caldi" del processo civile per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale

Dopo il breve richiamo al cammino europeo che ha portato al riconoscimento, anche a livello legislativo, delle azioni di risarcimento del danno antitrust, svolto nel precedente paragrafo, si passa ad evidenziare ed analizzare quegli aspetti dell'azione risarcitoria in questione che si ritengono di primario interesse nell'ottica dell'analisi della "tensione" e delle possibilità di coordinamento tra le due sfere dell'*enforcement* delle regole antitrust e il cui esame, riferito alla loro regolazione da parte della Direttiva e della giurisprudenza o legislazione degli Stati membri (con particolare riferimento all'Italia), dovrebbe far comprendere quale risultato ci si può attendere dall'implementazione delle nuove misure a livello di impatto nazionale. Ossia, se è realizzabile la costituzione di un sistema di *enforcement* fondato su due pilastri equiparati, o se la proposizione del modello avrà un impatto poco rilevante, oltre la semplice armonizzazione, si da far ritenere che, in fin dei conti, ci si trovi davanti alla proposizione di un sistema risarcitorio tutt'altro che innovativo e forse destinato a ricevere ancora poca attenzione.

Orbene, nonostante, come anticipato, le azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust siano in un certo senso settorializzate poiché influenzate dalle peculiarità del settore, l'individuazione delle tematiche chiave non si allontana molto dall'individuazione dei problemi più comuni in tema di azioni risarcitorie, largamente intese.

In questo senso, le peculiarità delle azioni di danno antitrust non si sostanziano nell'introduzione di punti di trattazione diversi, ma nella loro particolare declinazione dovuta agli specifici interessi che entrano in gioco. In particolare, a causa dell'interazione tra pubblico e privato che di queste azioni si ritiene essere un elemento di particolarità e distinzione rispetto alle ordinarie azioni risarcitorie e che determinano il sorgere di una serie di interrogativi circa l'applicazione di ordinari istituti civilistici, e non solo.

Così, non si discorrerà di temi diversi da quelli affrontati nella comune discussione sulle azioni risarcitorie (condotta illecita, nesso di causalità, legittimazione attiva, prescrizione, e via dicendo), essendo comunque una comune azione civile quella di cui trattasi. Solo, dovrà affrontarsi e riportarsi, per ognuno di questi "temi comuni", ciò in cui essi appaiono "specializzarsi" in virtù del settore a cui direttamente afferiscono e della particolare influenza della sfera pubblica e per cui la responsabilità risarcitoria, più che l'azione in sé, tende ad assumere connotati settoriali e peculiari¹³⁴.

Volendo assumere il punto di vista delle parti del giudizio, gli elementi cui far particolare attenzione, in quanto assumono delle peculiarità nel contenzioso civile antitrust (i) la prova della condotta illecita (ii) la prova del nesso causale (iii) l'individuazione e la quantificazione del danno.

Tutti questi profili, quasi scontati, come detto acquisiscono connotati molto particolari, per il loro atteggiarsi all'interno del processo per danni antitrust

Per quanto concerne la prova della condotta illecita, partendo dalla considerazione della posizione dell'attore, occorre innanzitutto dar conto, in un'azione risarcitoria, della condotta lesiva che avrebbe generato il danno lamentato.

¹³⁴ A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit., 75 s. e 187 s.

Come è noto, nelle azioni di risarcimento del danno antitrust, una prima fondamentale differenza intercorre, sotto questo profilo, tra le azioni *follow on* e le azioni *stand alone*. Nelle prime l'onere probatorio a carico dell'attore risulta significativamente alleggerito, nella misura in cui l'azione di risarcimento del danno e il provvedimento sanzionatorio (dell'Agcm o della Commissione) abbiano ad oggetto la stessa e medesima condotta illecita, essendo l'identità dell'oggetto dell'accertamento dell'autorità di concorrenza e del giudice civile indefettibile presupposto¹³⁵. L'onere probatorio "alleggerito" si ferma, però, sembrerebbe, alla prova della condotta, non coprendo gli altri elementi a base dell'azione risarcitoria (nesso causale e quantificazione del danno)¹³⁶.

Di converso, l'onere contrario – di provare la non sussistenza della condotta o la non coincidenza della condotta oggetto di accertamento amministrativo con quella portata nel processo – è spostato sull'impresa convenuta.

Ciò in quanto, nelle azioni *follow on*, il provvedimento ha una natura vincolante (nel caso della sanzione emessa dalla Commissione, conformemente al dettato dell'articolo 16 del Regolamento (CE) 1/2003, o nel caso di alcuni Stati membri che già prevedono l'efficacia vincolante dei provvedimenti nazionali¹³⁷) o di "prova privilegiata", come affermato in Italia, istituendo una sorta di inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

Di questa agevolazione sotto il profilo probatorio non gode, invece, l'attore in una tipica azione *stand alone*, che non risulta basata su un precedente accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte di alcuna autorità garante, sebbene sia comunque da segnalare come in Italia, per tali azioni, si sia di recente aperta una finestra di "supporto probatorio" da parte delle corti, considerati sprovvisti dei mezzi per provare determinati profili tecnici della violazione¹³⁸.

¹³⁵ A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza e regole*, 2013, 3, 436.

¹³⁶ Per un'analisi approfondita si rinvia ai successivi capitoli II e III.

¹³⁷ E' il caso, ad esempio, della Germania e del Regno Unito.

¹³⁸ Il riferimento è al caso *Cargest* (Cass. Civ. Sez I, 4 giugno 2015, n. 11564), su cui si dirà più ampiamente nel capitolo III, in cui la Corte, riconoscendo le particolari difficoltà che l'attore incontra in un'azione risarcitoria per danni antitrust di tipo *stand alone*, ha censurato la sentenza appellata in quanto carente sotto il profilo della valutazione dell'onere probatorio a carico dell'attore e dell'opportunità di attivare i poteri istruttori d'ufficio a supporto e a rimedio

Un tema centrale e riconducibile alla prova dell'illecito è quello dell'accesso alle prove. Come vedremo, tale tema è stato al centro di lunghi e accessi dibattiti, in particolare con riferimento all'accesso al fascicolo dell'autorità, soprattutto nel caso dell'ammissione della parte danneggiante ai programmi clemenza.

Questo è, peraltro, uno degli aspetti su cui si è assistito ad una inversione di rotta della Commissione la quale, da un atteggiamento di estrema apertura nei confronti della posizione dell'attore, ha dovuto, nel tempo, passare ad una progressiva chiusura mettendo dei paletti alla possibilità di accesso alle prove in quei casi particolari che richiedono un bilanciamento tra esigenze di *discovery* a esigenze di riservatezza ma, soprattutto, di salvaguardia dell'efficacia di strumenti pubblicistici (come la *leniency*) nella scoperta delle condotte illecite. Con riferimento alla prova del nesso di causalità tra condotta e danno lamentato, come vedremo più avanti, le considerazioni intorno a tale aspetto con riferimento alle azioni antitrust hanno svelato una serie di problematiche, trovando approdi anche di segno opposto. Da chi considera in certi casi, e su certi presupposti, il nesso di causalità come un in sé della prova di determinate condotte (in relazione alla tipologia di illecito, con, però, evidenti differenze¹³⁹, o in casi in cui a rilevare era a ben vedere la natura degli attori¹⁴⁰) a chi nega che si possano operare deduzioni sul nesso di causalità dalla prova della condotta, essendo invece necessario uno scrupoloso accertamento anche di tale aspetto¹⁴¹. Di là dalle considerazioni, pur importanti, di teoria generale sulla prova del nesso di causalità tra condotta e danno lamentato, nelle azioni di *private antitrust enforcement* entrano in gioco due considerazioni essenziali.

In primo luogo si pone il problema della generale difficoltà a livello probatorio che si assume avere l'attore in questa tipologia di azioni. In questo

delle difficoltà dello stesso nel reperire gli elementi di prova della condotta, pur essendo tenuto a fornirne fondati indizi dell'esistenza ("[i] (...) giudici di merito (...) hanno deciso la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia").

¹³⁹ Si vedano A. Genovese e M. Tavassi, *cit.*, per opposte considerazioni.

¹⁴⁰ Si vedano i casi citati in L. Vasquez, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, 3, 449 ss., nota 35.

¹⁴¹ A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust*, *cit.*

senso, se difficoltà, e relative “agevolazioni”, sono state riscontrate, e accordate, in punto di prova della condotta illecita, come si accennava più sopra, simili considerazioni sono sopravvenute anche con riferimento al nesso causale.

Facendo una premessa alla successiva analisi di questo aspetto, In punto di prova, in generale, sembra esservi stata, almeno fino a un certo punto, una sostanziale confusione tra la prova della condotta e quella del nesso causale, nel senso che nelle decisioni della Corte di Cassazione sono spesso confusi i due distinti profili della prova della condotta e del nesso¹⁴². Tale confusione sembra esser stata dissipata da più accorte opinioni¹⁴³ e decisioni¹⁴⁴, ritenendosi però opportuno valutare la fattispecie concreta e le implicazioni che, sotto questo profilo, possono derivare dalla natura *follow on* dell’azione (laddove si sia in presenza di un accertamento da parte dell’autorità di concorrenza particolarmente approfondito e relativo agli effetti della condotta) e dalla tipologia di condotta considerata.

Infine, con riferimento all’individuazione e alla quantificazione del danno, essa pare mettere a dura prova – forse più della prova della condotta e del nesso di causalità – l’architrate probatoria dell’azione dell’attore nelle cause di risarcimento del danno antitrust.

Se, però, l’individuazione del danno può, in ipotesi, essere raggiunta efficacemente senza l’aiuto di un esperto, la quantificazione richiede nella maggioranza dei casi, per la materia in causa, l’intervento di esperti e, in particolare, di economisti¹⁴⁵.

Questa circostanza mette in luce un tema di fondo noto alla stessa giurisprudenza, che è quello della sostanziale inidoneità delle corti civili a valutare, sulla base delle proprie sole conoscenze, l’impatto della condotta anticoncorrenziale, la quale richiede spesso un’analisi degli effetti sull’attore

¹⁴² Cass. Civ. 2305/2007, *Nigriello*, cit. e *Axa*, cit., ove si legge direttamente della prova dell’insussistenza del nesso causale tra condotta illecita e danno.

¹⁴³ M. Tavassi, *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l’azione dell’Autorità Garante*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, II, 1011.

¹⁴⁴ Cass. Civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, *ANCL c. Inaz Paghe*.

¹⁴⁵ Sul punto si concorda con chi, dal lato pratico, afferma la necessità dell’intervento di una figura professionale che abbia una formazione di un certo taglio per l’analisi delle questioni che vengono in interesse quando si discorre di danno antitrust. Sul punto P. Buccirossi, *Chi ha paura dell’econometria*, in G. A. Benacchio, M. Carpagnano, *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, cit., 203 ss.

molto articolata e basata su concetti complessi, richiedendo quindi il necessario completamento delle competenze della corte da parte di consulenti esterni, sia per mezzo della nomina di consulenti, sia affidandosi, nella valutazione e stima del danno, ad eventuali perizie depositate dalle parti. Individuazione e stima che, nel caso di specie, seguono ormai una serie di metodologie affermatesi non solo nella pratica ma indicate e fatte proprie dalla stessa Commissione nella Comunicazione sulla quantificazione dei danni.

Gli elementi appena riportati già offrono i punti chiave della ricerca che segue, che sarà tesa non solo a chiarire lo stato dell'arte in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza sulla declinazione dei suesposti profili, ma soprattutto a comprendere l'impatto delle nuove regole europee e della loro possibile implementazione, con una domanda che fa da sfondo, e cioè se, in primis, l'intervento fosse auspicabile – e le eventuali ragioni a sostegno della risposta positiva e di quella negativa – e se le opzioni scelte siano o meno tutte condivisibili o, meglio, realmente apprezzabili sia sotto il profilo del coordinamento con i principi e le previsioni normative nazionali, sia sotto il profilo della funzionalità rispetto allo scopo di migliorare il *private antitrust enforcement*.

Nei prossimi capitoli saranno affrontate le tematiche sopra riportate analizzando più da vicino le disposizioni e gli istituti che le riguardano, per come regolati dalla Direttiva (nel capitolo II) e interpretati dalla giurisprudenza (capitoli II e III) cercando di individuare sintonie e distonie del quadro legislativo europeo rispetto al quadro normativo e decisionale affermatosi a livello nazionale e individuando i nodi problematici che, si ritiene, porteranno al rafforzamento dell'azione risarcitoria per danni antitrust ma difficilmente alla sua istituzionalizzazione quale secondo pilastro dell'*enforcement* equiparato all'azione delle autorità di concorrenza.

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 2014/104/UE: CONTENUTI, RAGIONI E OBIETTIVI

Sommario: 1. L’approdo del cammino comunitario all’adozione della Direttiva: un esito tutt’altro che scontato. – 2. Dal Libro Bianco della Commissione sulle azioni risarcitorie per danni antitrust alla Direttiva 2014/104: un passo avanti e due indietro. – 2.1 La legittimazione ad agire e le azioni collettive in Europa – 2.1.1. Le azioni collettive: un’Europa diffidente. – 2.1.2. L’azione degli acquirenti indiretti “vittime” del *passing on*: problemi di indeterminatezza e possibilità di una prospettiva non solo orizzontale. – 2.2 L’efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza: tra forzati parallelismi e dubbi di costituzionalità. – 2.2.1. Problemi di carattere generale: individuazione del fondamento giuridico. – 2.2.2. Problemi di carattere costituzionale: assoggettamento dei giudici e garanzia del diritto di difesa. – 2.2.3. L’ambito di operatività dell’art. 9 della Direttiva. – 2.2.4. Il funzionamento della portata vincolante del provvedimento sanzionatorio nel processo. – 2.3 Il termine di prescrizione dell’azione risarcitoria: criteri generali per la ricerca di uniformità. – 2.4 Il regime della divulgazione delle prove tra agevolazione dell’attore ed esigenze di garanzia dell’efficacia dell’azione pubblica. – 3. Conclusioni.

1. L’approdo del cammino comunitario all’adozione della Direttiva: un esito tutt’altro che scontato.

Nel primo capitolo si è tentato di esporre sinteticamente il cammino comunitario che ha riguardato la progettazione e la costruzione di un quadro normativo di riferimento per gli Stati membri ai fini dell’adozione a livello nazionale di misure atte a incentivare e sviluppare il *private antitrust enforcement*, il cui fulcro è costituito dalle azioni di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale.

Come si è visto, la procedura di discussione ed adozione della Direttiva 104, formalmente adottata sul finire del 2014 ed attualmente in fase di

trasposizione da parte degli Stati membri¹⁴⁶, origina da discussioni sul tema del risarcimento del danno per illecito antitrust che datano addirittura gli anni '60 del secolo scorso, con l'attenzione della giurisprudenza verso il tema sorta già da molti anni, ma con l'avvio dell'iniziativa legislativa soltanto nell'ultimo decennio, partendo dal Libro Verde della Commissione, passando per il Libro Bianco e arrivando, infine, all'adozione della Direttiva.

L'approvazione della Direttiva non è stata, tuttavia, un risultato scontato, quale naturale prosecuzione dei due atti non legislativi pubblicati dalla Commissione.

Al contrario, in ragione delle critiche e discussioni sorte intorno al Libro verde, prima, e ai contenuti del Libro Bianco, poi, i contenuti poi trasfusi nel progetto di Direttiva hanno in parte portato alla riproposizione delle ritrosie già in precedenza manifestate e che, almeno in alcuni casi, hanno evidenziato quello scetticismo che ci si poteva forse attendere nei confronti di un atto legislativo, ad effetto armonizzante, che va a toccare alcuni profili e principi processualciviltistici, amministrativistici e pubblicistici, su cui gli Stati membri che implicano riconsiderazioni di non poco conto per le giurisdizioni nazionali.

Ciò si è riverberato direttamente sul cammino comunitario, che ha subito un arresto con l'iniziale ritiro da parte della Commissione del progetto di Direttiva presentato per la discussione al Consiglio e al Parlamento Europeo.

Si è comunque, infine, giunti all'approvazione della Direttiva, forse consci del primario obiettivo che dovrebbe animare l'adozione di strumenti simili, ossia predisporre mezzi che permettano ai privati cittadini dell'Unione di attuare direttamente i propri diritti e di godere di efficaci strumenti di tutela degli stessi, pena lo svuotamento degli stessi diritti¹⁴⁷. E a fondamento di tale concezione sta l'onnipresente ricerca dell'efficace ed effettivo *enforcement* delle regole europee.

L'approdo all'adozione della Direttiva è avvenuto dopo la maturazione del dialogo sui suoi possibili contenuti che, in certa misura, riflettono quanto già

¹⁴⁶ Il termine per la trasposizione della Direttiva da parte degli Stati membri scade il 27 dicembre 2016.

¹⁴⁷ Obiettivi fatti propri dalle Istituzioni europee anche in comunicazioni ufficiali, tra cui può ricordarsi il Documento Strategico per l'Europa del 2020 (COM (2010) 2020, 3 marzo 2011), nonché il c.d. Programma di Stoccolma (Documento del Consiglio n. 17024/09, del 10-11 dicembre 2009).

prospettato dal Libro Bianco della Commissione, sebbene in alcuni – fondamentali – punti, si registri un netto passo indietro rispetto agli iniziali intenti di ampia riforma manifestati dalla Commissione, notandosi, peraltro, uno spostamento dell'attenzione dall'obiettivo di creare incentivi all'azione, alla necessità di regolare la tensione tra sfera pubblica e privata¹⁴⁸

Appare opportuno, quindi, per comprendere i contenuti della Direttiva, quantomeno accennare ai principali contenuti del Libro Bianco sulle azioni di danno antitrust.

2. Dal Libro Bianco della Commissione sulle azioni risarcitorie per danni antitrust alla Direttiva 2014/104: un passo avanti e due indietro.

Come si accennava, il fondamento e il punto di partenza dei contenuti della Direttiva 104 è costituito dalle raccomandazioni sulle azioni risarcitorie contenute nel Libro Bianco, che a sua volta rappresenta il frutto delle riflessioni sviluppatesi intorno alle proposte contenute nel precedente Libro Verde della Commissione.

Il Libro Bianco proponeva un modello di *enforcement antitrust* definito “a doppio binario”¹⁴⁹ dell'attuazione delle regole di concorrenza, nell'ottica della ricerca del coordinamento tra *private e public enforcement*. A seguito del “sondaggio” lanciato su possibili alternative di intervento in merito a specifici punti della legislazione nazionale sulle azioni risarcitorie, la Commissione ha proposto, o riproposto, delle misure già contenute nel Libro Verde.

Ai fini della presente ricerca, che ha come primario obiettivo quello di provare a comprendere cosa ci si possa aspettare dall'attuazione della Direttiva attraverso l'analisi, in particolare, della tensione tra pubblico e privato che sembra grandemente influenzare le azioni risarcitorie nel settore, appaiono di maggiore interesse e, quindi, meritevoli di approfondimento, i seguenti aspetti:

¹⁴⁸ K. Hüschelrath, H. Schweitzer, *Public e Private Enforcement of Competition Law in Europe. Legal an Economic Perspectives*, Springer, 2014, 1.

¹⁴⁹ L.C. Ubertaini, *Commentario alla legge 10 ottobre 1990 n.287*, Padova, 2004, 2422; V. Mangini, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, 121.

(i) l'ampliamento della legittimazione ad agire, sia con riferimento al numero dei possibili attori, attraverso l'introduzione di un (nuovo) modello di azione collettiva, sia attraverso l'estensione della legittimazione attiva agli acquirenti indiretti vittime della cosiddetta "traslazione" del danno da parte del soggetto sul quale la condotta illecita era principalmente diretta; (ii) l'efficacia vincolante nel giudizio civile risarcitorio delle decisioni delle autorità garanti nazionali divenute definitive; (iii) la previsione di più chiari termini circa l'individuazione del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e (iv) la regolazione della *disclosure* delle prove nel processo civile, sia con riferimento alle prove nelle mani delle parti, sia con riferimento ai documenti in mano all'Autorità (con principale considerazione del delicato tema della documentazione acquisita nell'applicazione dei programmi di clemenza).

Anticipando brevemente le conclusioni di questa analisi, ciò che pare emergere è che, nonostante l'espresso intento della Commissione, mantenuto con la Direttiva, di modellare l'azione risarcitoria europea per danni antitrust in modo da farne il "secondo pilastro" dell'*enforcement* delle regole di concorrenza, i toni riformatori sembrano esser stati significativamente smorzati nel percorso che ha portato all'approvazione della Direttiva, registrandosi un certo arretramento nell'incisività delle disposizioni di quest'ultima rispetto ai contenuti del Libro Bianco.

Ciò sembra aver comportato la mera riproposizione, sebbene sistematizzata e ragionata, di un modello di azione risarcitoria già presente e seguito, con varie sfumature, nei principali Stati membri nei quali, tuttavia e come è ben noto, ha avuto scarso successo.

Peraltro, con riferimento alla regolazione della tensione pubblico-privato, sembra che sia stato fatto un passo indietro anche in questo senso, laddove, sotto certi aspetti, appare rilevabile una predominanza dell'azione pubblica su quella privata, essendo quest'ultima o destinata a cedere il passo (come si rileverà in tema di accesso alla documentazione della *leniency*) o destinata in qualche modo a dipendere dall'accertamento delle condotte in sede amministrative (come si è già rilevato con riferimento al mantenimento, anche alla luce delle disposizioni della Direttiva, del *trend* di predominanza delle azioni di tipo *follow on*).

Tutto ciò, come si vedrà più avanti, sembra poter portare a concludere che dal recepimento della Direttiva ci si possa attendere poco più che la creazione di un *level playing field*, ossia l'armonizzazione delle regole, da cui però non deriverà una “scossa” al sistema dell'*enforcement* europeo.

Come si avrà modo di vedere in sede conclusiva, però, uno spiraglio sembra intravedersi nella prospettiva temporale, laddove si ritiene che il problema dell'insuccesso del modello in vigore in molti paesi, tra cui l'Italia, derivi principalmente da una questione culturale e che la “guarigione” possa aversi soltanto con il lento ma progressivo sviluppo di una coscienza antitrust.

Nei successivi paragrafi si analizzeranno più in dettaglio le disposizioni della Direttiva e del pacchetto sulle azioni del risarcimento del danno (in particolare, la Raccomandazione sulle azioni collettive) e che si ritiene rilevino ai fini dell'analisi dell'impatto della Direttiva per comprenderne la possibile portata del recepimento e, quindi, i passi avanti che farà lo strumento risarcitorio almeno a livello procedurale.

2.1 La legittimazione ad agire e le azioni collettive in Europa.

2.1.1. Le azioni collettive: un'Europa diffidente.

Il primo tema che sembra utile approfondire per l'analisi degli aspetti appena menzionati è quello della legittimazione ad agire ai fini del risarcimento di danni antitrust e del suo ampliamento da parte della Direttiva.

Il punto 2.1. del Libro Bianco, nel solco della giurisprudenza *Courage* e *Manfredi*, ribadiva la necessità di riconoscere a chiunque abbia subito un danno causato dalla violazione di norme antitrust, il diritto a chiedere il risarcimento dinanzi alle corti nazionali. La Commissione, facendo un notevole passo avanti, estendeva nel Libro Bianco questo principio agli acquirenti indiretti – su cui si tornerà in seguito, ossia coloro che hanno subito un danno a causa del sovrapprezzo del bene o del servizio che, percorrendo tutta la catena commerciale, è infine giunto sino a loro, seppur non vantino un rapporto diretto con l'*infringer*.

La Commissione andava però oltre, affrontando anche il tema delle azioni

collettive e proponendo l'adozione di misure tese a facilitare le azioni di gruppo da parte dei consumatori, normalmente scoraggiati dall'agire individualmente per l'ottenimento del risarcimento di danni antitrust, per ragioni essenzialmente di costo dell'azione.

La Commissione, accogliendo le risultanze del *Impact Study*, proponeva due strumenti, tra loro complementari, di *collective redress*: le azioni rappresentative e le azioni collettive con modalità di adesione c.d. *opt-in*, ossia senza l'automatica estensione degli effetti della decisione a tutti membri della "classe".

Le prime (rappresentative) costituiscono il modello tradizionale di azioni collettive, incardinate sul paradigma associativo e definibili come azioni collettive in senso stretto¹⁵⁰, ove ad agire giudizialmente è un ente collettivo privato o un'istituzione pubblica, o un ente abilitato appositamente allo scopo, in nome e per conto di un gruppo di soggetti.

Le seconde (azioni con sistema di adesione *opt-in*), si discostano dal modello rappresentativo tradizionale per avvicinarsi maggiormente al modello di azione collettiva storicamente adottato negli USA, e caratterizzato dall'impulso dei soggetti che vogliono agire in giudizio perché danneggiati, che decidono di propria iniziativa di aggregarsi per far valere tramite un'unica azione le istanze individuali¹⁵¹. Un modello simile, ma non uguale, a quella che negli USA è notoriamente definita *class action*¹⁵².

La Commissione proponeva entrambi i modelli di *collective redress* in quanto i soggetti legittimati e qualificati ad agire non sempre vorrebbero o potrebbero esercitare le azioni risarcitorie, cosicché è necessario introdurre uno strumento somigliante alla *class action*, che preveda l'iniziativa dei danneggiati, e non quindi soltanto quella delle associazioni (rappresentativa).

Il modello di azione collettiva proposto dalla Commissione è definibile

¹⁵⁰ A. Santa Maria, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali*, tra Libro Bianco e legge italiana, in F.R. Dal Pozzo, B. Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, 2009, 75 ss.

¹⁵¹ *Ibidem*, 80.

¹⁵² Ampia disamina in chiave comparatistica dell'utilizzo di questo strumento è svolta in M. Bona, P. Buzzelli, C. Consolo, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, IPSOA, 2008. Per un esame del modello americano nell'ottica del tema oggetto della presente analisi, si rinvia a G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit.

class action europea non si limitava a riprodurre quello della *class action* americana.

Il modello statunitense di azione collettiva è, come noto, incentrato su un sistema di adesione o, meglio, su un meccanismo di estensione automatica degli effetti della sentenza a tutti membri della classe¹⁵³ (nonché di altri effetti precedenti la decisione definitiva), senza che sia richiesto che gli stessi membri della classe aderiscano espressamente all'azione intentata collettivamente (c.d. sistema *opt-out*). I membri della classe possono, invece, evitare l'estensione ad essi, al ricorrere di determinati presupposti, degli effetti vincolanti della decisione, manifestando espressamente la propria non-adesione all'azione (in ciò consiste il meccanismo di *opt-out*).

Le scelte della Commissione in tema di *collective redress*, invece, costituiscono un tentativo di utilizzare il modello americano, adattandolo alle esigenze e tradizioni del vecchio continente¹⁵⁴.

Le soluzioni accolte nel Libro Bianco, infatti, rappresentano la risposta alla rilevazione e valutazione dei rischi insiti nel modello americano, connessi a forme forse estreme di tutela, come sembra essere, appunto, quella basata sul meccanismo dell'*opt out*.

Tuttavia, la scelta a favore del sistema dell'*opt-in*, ancor prima che su reali valutazioni del rischio, è dettata dal fatto che il sistema di *opt-out* risulterebbe inaccettabile per molti dei principali sistemi nazionali europei, in alcuni dei quali l'estensione automatica degli effetti della decisione supera i limiti del costituzionalmente ammesso in tema di disposizione dei diritti¹⁵⁵.

Ragioni invece più strettamente legate al problema della rappresentanza sono quelle che richiamano ai rischi del “*principal-agent problem*”, consistenti nella possibilità di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato¹⁵⁶, problema comune a tutti i rapporti di rappresentanza, ma che aumenta proporzionalmente all'aumentare del numero dei soggetti rappresentati,

¹⁵³ M. Bona, P. Buzzelli, C. Consolo, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., 13.

¹⁵⁴ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 237 ss.

¹⁵⁵ E', ad esempio, il caso della Germania.

¹⁵⁶ Nel senso che i rappresentanti della classe agente potrebbero essere incentivati a perseguire propri e personali interessi, diversi e potenzialmente in conflitto con quelli della classe rappresentata.

raggiungendo picchi di rischio elevati proprio nelle azioni di classe¹⁵⁷.

Il sistema di adesione volontaria, che pare sufficiente a risolvere almeno il problema da ultimo segnalato, nella misura in cui prevede comunque l'iniziativa dell'azione da parte degli interessati, non appare invece sufficiente a ridurre sensibilmente l'apatia rispetto al giudizio dimostrata dalla vittima, soprattutto ove si tratti di danni che, singolarmente considerati, non siano ingenti (ma che potrebbero diventarlo in un'ottica di azione di classe).

In sostanza, il sistema di *opt-in*, in quanto capace di garantire, in genere, solo un basso tasso di adesioni alle azioni collettive¹⁵⁸, non appare fungere da idoneo incentivo all'azione, dovendosi quindi ritenere che la preferenza, a livello di policy della concorrenza, sia stata accordata all'obiettivo di evitare gli incentivi all'abuso di azioni legali¹⁵⁹, andando però a discapito di quello che dovrebbe essere l'obiettivo primario delle misure sulle azioni risarcitorie in analisi, ossia agevolare l'accesso alla tutela ed incentivare l'istaurazione di azioni¹⁶⁰.

La policy di intervento adottata dalla Commissione già nel Libro Bianco quindi riflette quel più generale atteggiamento conservativo dimostrato a fronte delle possibilità che si ponevano in relazione ai vari istituti rilevanti per le azioni risarcitorie e contemplate nel Libro Verde.

Questo atteggiamento, per quanto riguarda la *collective redress*, è stato mantenuto negli interventi successivi, con l'emanazione del Pacchetto in materia di risarcimento danni antitrust e, in particolare, della Raccomandazione sulle azioni collettive¹⁶¹, che affianca la Direttiva insieme alla Comunicazione sulla quantificazione del danno.

Con riferimento al rapporto tra Direttiva e Raccomandazione, una prima notazione che può farsi è che la Direttiva, per i motivi che si illustreranno più

¹⁵⁷ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 238.

¹⁵⁸ R. Cisotta, *Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union*, cit., 101.

¹⁵⁹ A. Andreangeli, *Collective redress in EU competition law: an open question with many possible solutions*, in *World competition law and economics review*, 2012, 35.

¹⁶⁰ D. Geradin, *Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now?*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2015, Vol 22:5, 1079 ss.

¹⁶¹ Raccomandazione della Commissione relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE) OJ 26.7.2013, L 201/60.

avanti, dal punto di vista dell'incentivazione delle azioni private sembra maggiormente favorire i potenziali attori imprenditoriali di un certo peso, mentre poco sembra incentivare le azioni da parte dei consumatori o delle piccole e medie imprese¹⁶². Per questo motivo, sembrerebbe, è stata espressamente adottata la Raccomandazione che sarebbe maggiormente rivolta a queste tipologie di soggetti danneggiati.

Tale documento, però, a differenza della Direttiva, non ha alcun carattere vincolante per gli Stati membri, i quali sono semplicemente chiamati a tenerne conto nella creazione interna di sistemi di azione collettiva, non trattandosi formalmente di un atto legislativo¹⁶³.

A ben vedere, tale scelta di policy – ossia fornire indicazioni sul *collective redress* “esterne” alla Direttiva e non vincolanti – è riconducibile a varie motivazioni. In primo luogo, già molti Stati dell'Unione sono dotati di meccanismi interni per l'azione collettiva (vedremo, in particolare, lo strumento di cui si è dotata l'Italia nel capitolo successivo). Inoltre, già dalle risultanze delle riflessioni intorno al Libro Verde e al Libro Bianco era riscontrabile una certa diversità nei sistemi interni, in particolare nell'inquadramento delle azioni collettive rispetto al quadro costituzionale e processuale, tale da scoraggiare pretese armonizzatrici sul punto che avrebbero dovuto passare per l'introduzione nella Direttiva, con effetti vincolanti.

Queste le premesse dell'intervento della Commissione, non ci si poteva che aspettare una proposta di “compromesso”, tutto sommato poco coraggiosa e che non sembra realmente incentivare la proposizione di azioni collettive.

Il carattere di compromesso della raccomandazione discende, non meno di quello già rinvenibile nel Libro Bianco, dal timore dell'adozione di strumenti troppo aggressivi da parte degli Stati membri, da un lato, nonché, dall'altro lato, dalla volontà di tener conto delle troppe differenze intercorrenti a livello statale con riferimento agli strumenti già adottati.

¹⁶² D. Geradin, *Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now?*, cit., 8.

¹⁶³ Come è noto, sono atti legislativi ai sensi del diritto comunitario solamente regolamenti, decisioni e direttive. Atti non legislativi, come raccomandazioni e pareri, sebbene atti giuridici, hanno però solo una funzione di indirizzo, permettendo alle istituzioni europee di esprimere la loro posizione su specifiche materie, ma non vincolano gli Stati membri quanto all'osservanza dei loro contenuti (sul tema si rimanda a L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2010).

Secondo quanto previsto dalla Raccomandazione, e tenendone sempre in considerazione il carattere non vincolante, gli Stati membri dovrebbero, innanzitutto designare enti “rappresentativi” per le azioni collettive a carattere rappresentativo. Tali enti dovrebbero rispondere ad alcune condizioni basilari, ossia: (i) avere carattere non lucrativo; (ii) avere uno scopo sociale che vanti una relazione diretta con i diritti garantiti dall’Unione e che si assumono violati; (iii) vantare una sufficiente esperienza e competenza, nonché risorse economiche, per sostenere azioni rappresentative per un certo numero di attori nel loro interesse¹⁶⁴.

Queste sono le valvole di sicurezza base introdotte dalla Raccomandazione avverso il rischio dell’introduzione di modelli aggressivi di azione collettiva da parte delle singole giurisdizioni con riferimento al problema della rappresentanza. A queste se ne aggiungono altre e, segnatamente, l’indicazione, per gli Stati membri, di predisporre meccanismi che blocchino, il prima possibile nell’ambito delle fasi del processo, azioni infondate o pretestuose, ovvero per le quali le condizioni di ammissibilità non appaiano ricorrere. Ulteriori limiti sono raccomandati in riferimento alla pattuizione del compenso, proponendosi la esclusione delle c.d. “*contingency fees*”¹⁶⁵, sebbene, sotto altro punto di vista, vi sia un’apertura al finanziamento delle azioni da parte di terzi.

Tutti questi elementi allontanano profondamente il modello della *collective redress* europeo da quello, *made in US*.

Sebbene, come anche precisato in riferimento al sistema risarcitorio in generale, non si ritenga opportuno operare un paragone tra i due sistemi, sembra però opportuno con riferimento alle azioni collettive fare un minimo di parallelismi, se non altro perché indubbiamente è il sistema statunitense quello da prendere quale punto di riferimento su questo tema, pur eventualmente discostandosene.

Orbene, partendo dal presupposto che le azioni collettive sarebbero, in teoria, il mezzo attraverso cui principalmente si intende favorire l’azione di

¹⁶⁴ Raccomandazione, §4.

¹⁶⁵ Ossia la pattuizione che il compenso sia dovuto solo in caso di favorevole esito della controversia per i rappresentati.

coloro i quali, individualmente, non riuscirebbero efficacemente a far valere le proprie pretese – o semplicemente avrebbero bassissimi incentivi a tentare la via giudiziale perché la pretesa sarebbe bassa in termini assoluti oppure perché la parte, da sola, sarebbe troppo debole – le azioni collettive sul modello statunitense, indubbiamente, hanno delle caratteristiche che sembrano votarle perfettamente allo scopo, rendendole una efficace soluzione agli ostacoli economici e non, che inevitabilmente incontrano i predetti soggetti su base individuale, aggregando un ampio numero di richieste in una singola azione.

Rileva, *in primis*, la struttura dell'azione: si tratta, come accennato, di azioni fondate sul sistema dell'estensione automatica degli effetti della decisione a tutti i membri di una determinata classe, senza che sia richiesta l'espressa adesione (meccanismo di *opt out*).

Vi sono, inoltre, delle caratteristiche di tipo economico, che paiono certamente incentivare l'azione (dal lato di chi se ne fa promotore e dal lato di chi agisce), ossia le già menzionate *contingency fee*, nonché la possibilità di riconoscimento alle vittime dei cosiddetti *treble damages* (letteralmente, danni tripli), espressamente previsti nella legislazione statunitense¹⁶⁶ e costituenti una particolare forma di “danni punitivi” (*punitive damages*), corrispondenti a tre volte la somma del risarcimento compensatorio, che ha finito con il tempo per assumere una essenziale funzione di deterrenza, quasi al pari di quella spiegata dall'*enforcement* pubblico¹⁶⁷.

Il sistema statunitense risulta quindi indubbiamente incentivante, nella misura in cui mette a disposizione degli “*small claimants*” uno strumento molto forte di azione e che bilancia la mancanza di potere processuale dei potenziali attori (anche solo dal punto di vista dell'incentivo ad avviare l'azione). Sotto questo punto di vista, quindi, esso ha indubbi vantaggi, in *primis* tenendo conto del fatto che anche chi ha da vantare in giudizio richieste anche modeste può ottenerle, mentre probabilmente non agirebbe su base individuale. Inoltre, l'azione di classe genera un risparmio di costi e tempi rivelandosi efficiente sotto il punto di vista economico. Ancora, è evidente l'effetto deterrente del rischio,

¹⁶⁶ 15 U.S. Code § 1117 (b).

¹⁶⁷ G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 191.

per l'*infringer*, di trovarsi a pagare somme molto alte, per effetto della combinazione di numerose richieste e dell'applicazione dei *treble damages*.

Le principali critiche mosse al modello si incardinano, come anticipato, sul *principal-agent problem* e, in generale, sulla considerazione che in molti casi le azioni collettive tenderebbero a incentivare più gli avvocati che le stesse vittime ad agire, in uno scenario in cui i primi si facciano promotori di azioni infondate o, comunque non meritorie nella prospettiva di trovarsi davanti un convenuto avverso il rischio che preferisca una transazione, anche di ingente valore, piuttosto che l'esposizione al pagamento di somme ancora più alte nel caso in cui la *class action* abbia successo¹⁶⁸.

Tuttavia, queste critiche non sembrano del tutto fondate, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, le stesse regole a presidio dell'instaurazione di azioni di classe negli USA prevedono dei limiti all'ammissibilità dell'azione¹⁶⁹.

Inoltre, ed è un dato confermato nella prassi, negli ultimi anni le corti hanno sensibilmente stretto le maglie dello scrutinio, di loro competenza, dell'ammissibilità delle azioni in questione¹⁷⁰ (operando una rigorosa analisi della "certificazione della classe"¹⁷¹), potendosi ormai convenire sul fatto che negli Stati Uniti, per una strana coincidenza in contrasto con l'opposta apertura europea al momento registrabile, stia diventando in effetti più difficoltosa la strada del *private enforcement*, al punto che alcuni preconizzano una decisa emersione del *public enforcement*, in spregio della rinomata predominanza dell'azione privata negli US e che deve molto del suo merito proprio alle azioni

¹⁶⁸ A. Okuliar, I. Simmons, *Private Enforcement of the U.S. Antitrust Laws Through Class Actions*, in *Competition litigation*, 2009, disponibile su <http://www.omm.com/files/upload/simmonsokuliar.pdf>

¹⁶⁹ Per un'analisi approfondita di questi aspetti si rimanda a D. Geradin, *Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now?*, cit., 10-13.

¹⁷⁰ Nella casistica statunitense, alcune decisioni in particolare negli ultimi anni hanno destato l'attenzione dei commentatori, in quanto tese a restringere l'ambito di operatività ed ammissibilità della *mass tort litigation* o, comunque, in quanto dimostranti una posizione più favorevole per la difesa del convenuto. Si vedano, *inter alia*, nella giurisprudenza degli ultimi anni, *Comcast Corp. V. Behrend*, 133 S. Ct. 1426 (2013); *Standard Fire Insurance Co. V. Knowles*, 133 S. Ct 1345 (2013); *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

¹⁷¹ I requisiti di ammissibilità, tra cui quello della possibilità effettiva di certificare la classe che agisce, sono imposti dalla Rule 23 delle *US Federal Rules of Civil Procedure*.

di classe¹⁷².

Negli USA, quindi, e nonostante la evidente aggressività del modello di *class action* d'oltreoceano, che ne incentiva un uso ai limiti dell'abuso, sembra comunque essersi raggiunto un equilibrio soprattutto grazie all'intervento correttivo delle corti rapido. Resta il fatto, comunque, che gli elementi chiave dell'azione di classe americana contiene degli elementi per lo più non accettati o difficilmente implementabili in Europa, ciò che comporta la necessità, forse, di non seguire alla lettera quel modello, a prescindere dalle critiche sostanziali che gli si possono muovere.

Gli elementi di distonia sono facilmente evincibili da un rapido confronto tra la struttura della *class action* americana e quella europea, almeno per come disegnata dalla Commissione nella Raccomandazione, che mette in risalto le differenze che fanno dell'azione di classe statunitense un contenitore di elementi in parte sconosciuti, in parte, come detto, inaccettabili, ai sistemi europei, primi fra tutti i *punitive damages* e la non applicazione della regola, tipica dei sistemi di *civil law*, della soccombenza in relazione alle spese processuali¹⁷³.

Tali differenze, che potrebbero a prima vista rilevare soprattutto sul piano processuale e, comunque, solo con riferimento all'interesse del singolo danneggiato, hanno però un'incidenza anche sull'altro effetto ricercato nel *private enforcement*, ossia sull'efficacia deterrente dell'utilizzo dello strumento risarcitorio. Le differenze segnalate, insieme ad altri aspetti (come il già segnalato meccanismo di *opt-in* promosso dalla Commissione) di fatto affievoliscono l'auspicato effetto deterrente delle azioni collettive, riducendone significativamente le probabilità di un potenziale avvio.

Infatti, con riferimento all'importo liquidabile, il convenuto saprà di non poter essere chiamato a corrispondere più di quanto eventualmente dovuto a titolo di compensazione del danno, pur tenendo conto dell'ampiezza del mezzo compensatorio (che, come evidenziato nella direttiva, deve poter coprire danno emergente, lucro cessante e, potenzialmente, ulteriori voci di danno).

¹⁷² A.A. Foer, E.P. Schultz, *Will Two Roads Still Diverge? Private Enforcement of Antitrust Law is Getting Harder in the United States. But Europe May be Making it Easier*, in *Global Competition Litigation rev.*, 2011, 3.

¹⁷³ Non trova infatti applicazione il c.d. *loser-pays principle*.

Inoltre, l'applicazione della regola della soccombenza comporta che l'attore deve includere tra i rischi dell'azione quello di dover sopportare le spese della difesa del convenuto in caso di esito negativo. Tale circostanza indubbiamente pesa nel bilancio dell'analisi costi-benefici dei potenziali attori e tendenzialmente incoraggia la difesa a promuovere l'azione di classe solo in quei casi in cui appaia plausibile che il convenuto accetti di transigere (possibilmente *ante causam*) in quanto, nel caso contrario – e sempre facendo riferimento a cause ove vi sia un certo rischio di non ottenere il risarcimento – è molto probabile che i membri della classe ritengano il rischio di dover sopportare i – probabilmente ingenti – costi della difesa del convenuto troppo alto, abbandonando l'intenzione di agire¹⁷⁴.

Che ne è quindi dell'effetto deterrente che vorrebbe attribuirsi al *private enforcement* per permettergli di affiancare, a livello di efficacia, l'azione pubblica nello scoraggiamento o punizione delle condotte anticoncorrenziali? E, se pure non si volesse, a livello di policy di concorrenza, porsi l'obiettivo della deterrenza, che ne è comunque della facilitazione e incentivazione delle azioni da parte dei privati, in particolare quelli che proprio normalmente desistono dall'agire, ossia consumatori e piccole imprese?

A ben vedere, il modello fatto proprio dalla Commissione nella Raccomandazione sembra allontanarsi da entrambi i possibili obiettivi. La struttura di adesione non automatica (*opt-in*), la sola opzione per il *loser-pays principle*, il rifiuto di misure simili ai *punitive damages* – tutti mezzi adottati per limitare il rischio di abuso del processo¹⁷⁵ – non paiono idonei ad

¹⁷⁴ D. Geradin, *Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now?*, cit., 19.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Occorre tenere conto, a questo riguardo, che la difesa nelle cause e procedimenti che riguardano illeciti anticoncorrenziali richiede spesso l'intervento di professionisti altamente qualificati in materia, in ragione delle peculiarità tecniche di quest'ultima, e i cui costi si situano tendenzialmente al di sopra della media di mercato. Ciò vale, naturalmente, per la difesa di entrambe le parti del processo. Tuttavia, in alcuni casi, laddove ad esempio ad agire sia un danneggiato-consumatore, piuttosto che un'impresa concorrente dell'*infringer*, è possibile che i costi della difesa dell'impresa convenuta siano significativamente più elevati di quelli della difesa dell'attore. Ciò comporta che la soccombenza dell'una o dell'altra parte può avere un impatto economico relativo notevolmente differente nei due diversi scenari. Fatta questa constatazione, tuttavia, non si ritiene che il totale abbandono del *loser-pays principle* (come avviene negli USA per le azioni di classe) sia la strada giusta, quanto, piuttosto, la ricerca di metodi di riequilibrio in base all'impatto relativo della soccombenza, come ad esempio l'applicazione ragionata del meccanismo della compensazione delle spese (sebbene

incentivare la proposizione di azioni collettive e non paiono sufficienti a bilanciare tali scelte le previsioni della Direttiva in materia di prova vincolante e legittimazione attiva dell'acquirente indiretto, di cui si dirà appresso.

Sembra quindi potersi concordare con chi considera ingiustificata la sostanziale avversione dimostrata verso il modello statunitense e, di conseguenza, indebitamente restrittive, o meglio, poco coraggiose le misure proposte dalla Commissione. Ciò sia sulla base di una accorta analisi della *class action* americana che, sebbene più aggressiva, non è comunque priva di elementi tesi ad arginare il rischio di un utilizzo scriteriato dell'azione collettiva, sia sulla base di quanto riscontrabile a livello nazionale, dove non mancano tra gli Stati membri esempi di ordinamenti che hanno adottato modelli di azioni collettive non lontane dal modello americano, come avvenuto di recente nel Regno Unito, in cui è stata adottata una posizione di apertura verso entrambi i meccanismi di adesione all'azione¹⁷⁶.

Occorre comunque precisare che, in virtù delle difficoltà di accettazione tipiche del vecchio continente per le azioni *opt-out*, affinché le azioni collettive vengano riconosciute come suscettibili di estendere automaticamente i propri effetti a tutti i membri della classe, il nuovo regime consumeristico britannico prevede la “certificazione” della natura *opt-out* dell'azione da parte del CAT, subordinata al riconoscimento che il soggetto che esercita l'azione possa o meno qualificarsi come rappresentante di un gruppo definito o definibile di soggetti (quindi la certificazione riguarda la classe più che la rappresentatività del soggetto)¹⁷⁷.

Il modello scelto in UK, tuttavia, si discosta dall'indirizzo fatto proprio

anche sulla legittimità e sull'operatività di tale meccanismo – in Italia – in caso di soccombenza non parziale vi siano forti dubbi che non compete qui approfondire).

¹⁷⁶ L'esempio più recente è quello del Regno Unito, che si è dotato, nell'ambito della riforma consumeristica che ha portato all'adozione dello *UK Consumer Rights Act 2015*, di un modello che prevede la competenza della corte (il CAT – *Competition Appeals Tribunal*) a decidere se l'azione intentata sia del tipo *opt-in* o *opt-out*, senza quindi preventivamente scegliere, a livello legislativo, l'uno o l'altro modello. In particolare, il *Consumer Right Act* (Allegato 8), prevede che il CAT debba tenere in considerazione una serie di elementi al fine di decidere se l'azione appartenga all'una o all'altra tipologia e, segnatamente, il potenziale dell'azione, la circostanza che altri membri della presunta classe abbiano o meno agito individualmente, nonché la portata del danno stimato per ciascun individuo della classe e il possibile risarcimento che ognuno potrebbe trarne.

¹⁷⁷ C. Bankes, P. Broadhurst, P. Boylan, T. Woodgate, *Radical new private litigation regime enacted in the UK*, 1 aprile 2015, disponibile su www.elexica.com

dalla Commissione solo su questo punto, mentre prevede tutti le altre misure suggerite dalla Raccomandazione, segnatamente in punto di divieto delle *contingency fees* e di sopportazione delle spese di lite.

Il modello UK non è il solo a prevedere la possibilità di ricorrere al meccanismo di *opt-out*. Altre giurisdizioni europee, infatti, conoscono già da tempo l'utilizzo di questo sistema¹⁷⁸. Ciò in un certo senso dimostra che la possibilità di accettare tale meccanismo di adesione non è, quantomeno territorialmente, lontana dall'Unione¹⁷⁹. Tuttavia, non possono non considerarsi le – spesso profonde – differenze tra i sistemi giuridici degli stessi Stati membri, sicché l'accettabilità di tali meccanismi va valutata caso per caso¹⁸⁰.

Come si avrà modo di descrivere nel dettaglio più avanti, anche l'Italia si è dotata di un sistema di azioni collettive, originariamente prevista in ambito consumeristico¹⁸¹ e oggi, parrebbe, in fase di – auspicabile – passaggio ad un ambito più generale, attraverso lo spostamento della normativa di riferimento dal codice del consumo al codice di procedura civile¹⁸².

Riservando a un momento successivo l'analisi del modello italiano di azione collettiva – e dell'impatto su di esso delle nuove norme europee –, si anticipa, per quanto qui d'interesse, che l'azione oggi esistente, rimasta praticamente inutilizzata, è in fase di mutamento. Mutamento che, tuttavia, nonostante gli entusiastici commenti che hanno accolto il cambiamento che si appresta a fare con la nuova normativa attualmente in discussione, non appaiono spostare di molto le considerazioni sinora svolte con riferimento alla

¹⁷⁸ Il riferimento è ai paesi scandinavi (Svezia, Norvegia, Danimarca) cui si aggiungono i Paesi Bassi (per una descrizione dei relativi regimi di *opt-out collective redress* si rinvia a R. Gaudet, *Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience*, in *European Comp. Law. Rev.*, 2009, n. 30, 107 ss.).

¹⁷⁹ R. B. Cappalli, C. Consolo, *Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry*, 6, *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 217 (1992).

¹⁸⁰ In Germania, ad esempio, il problema della rappresentatività si è posto persino sotto il profilo della compatibilità con il diritto costituzionale (sulla fattibilità dell'adozione di una *class action* sulla scorta del modello statunitense nel quadro normativo e costituzionale tedesco si rinvia a S. Eichholtz, *Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, 2002).

¹⁸¹ L'azione collettiva risarcitoria è stata introdotta nel D.lgs. 206/2005 ("Codice del consumo") (art. 140-bis del decreto legislativo 206/2005) dalla legge finanziaria 2008 (legge 244/2007, art. 2, comma 446) all'esito di un complesso iter parlamentare. Per un riferimento alla proposta originaria e alle successive modifiche si veda <http://www.camera.it/camera/browse/561?appro=583&Azione+di+classe+dei+consumatori>

¹⁸² Si veda http://www.camera.it/leg17/465?tema=l_azione_di_classe

potenziale inefficacia del sistema europeo di azioni collettive. L'azione collettiva italiana, infatti, nel nuovo approvato modello¹⁸³ appare piuttosto coerente con la Raccomandazione e, per l'effetto, esposta ai medesimi problemi che si sono già evidenziati con riferimento all'effetto incentivante (per le azioni) e deterrente (per gli illeciti) che se ne dovrebbe trarre.

Tornando, comunque, alla struttura del modello europeo di azione collettiva, ciò che sembra potersi affermare da quanto sin ora riportato è che lo strumento che in assoluto sarebbe, nel quadro complessivo degli interventi in materia, deputato a favorire l'azione dei "piccoli" privati (consumatori e PMI) sembra invece essere stato strutturato in contrasto con l'obiettivo di fondo di rafforzare lo strumento risarcitorio con il doppio obiettivo compensativo e deterrente.

Se già con riferimento al modello della Direttiva può individuarsi un atteggiamento diffidente e poco coraggioso in relazione ad alcune scelte, tale atteggiamento risulta ancor più evidente nelle scelte della Commissione in riferimento al *collective redress*, di fatto ampliando la potenziale inefficacia della nuova legislazione nel rafforzare il sistema risarcitorio europeo proprio per quei soggetti che di strumenti efficaci avrebbero maggiormente bisogno.

2.1.2. L'azione degli acquirenti indiretti "vittime" del passing on: problemi di indeterminatezza e possibilità di una prospettiva non solo orizzontale.

Sempre sul fronte dell'ampliamento della legittimazione attiva si situa l'estensione, prevista dalla Direttiva, della legittimazione all'esercizio dell'azione di risarcimento del danno agli acquirenti indiretti dell'impresa che abbia violato le regole di concorrenza.

Il tema in oggetto è strettamente legato al tema del *passing on*, fenomeno di trasferimento degli effetti economici, positivi e negativi, lungo la filiera

¹⁸³ Attualmente in fase di esame al Senato della Repubblica.

produttivo-distributiva, tipico dei rapporti verticali¹⁸⁴.

Prima di analizzare l'estensione della legittimazione attiva agli acquirenti indiretti come regolata dalla Direttiva, occorre preliminarmente soffermarsi su tale fenomeno che, nella versione italiana della Direttiva, viene indicato come "trasferimento", rappresentando lo stesso, appunto, il passaggio-trasferimento di effetti economici (generalmente del sovrapprezzo) da un nodo all'altro della filiera del prodotto fino, nella maggioranza dei casi, al consumatore finale.

Il *passing on* ha rilevanza interdisciplinare, interessando non solo la materia della concorrenza, ma anche, ad esempio, quella fiscale e tributaria dove è ben noto il fenomeno del trasferimento o, come è preferibile chiamarlo per coerenza con il linguaggio economico sinora invalso, "traslazione"¹⁸⁵ dell'effetto economico.

In ambito antitrust, il fenomeno del *passing on* assume rilevanza con riguardo al possibile passaggio, o trasferimento, del danno causato dalla condotta anticoncorrenziale, o di sua parte, da un anello all'altro della catena produttivo-distributiva, per il meccanismo secondo cui chi è direttamente colpito dalla condotta ne riversa però gli effetti economici pregiudizievoli sulla propria clientela. Sicché, in quest'ambito, un fenomeno come quello del *passing on* che potrebbe definirsi neutro, in quanto riguardante il trasferimento sia di effetti negativi che positivi, risulta strettamente relativo al trasferimento degli effetti pregiudizievoli della condotta illecita e, tipicamente, del sovrapprezzo determinato dall'abuso¹⁸⁶.

Il tema della traslazione degli effetti dell'illecito antitrust è di particolare interesse sotto il profilo processuale, in quanto si è posto il duplice problema di (i) considerare legittimati attivi anche i soggetti indirettamente danneggiati e (ii) considerare utilizzabile la relativa eccezione da parte dell'impresa convenuta nei confronti del presunto danneggiato che sia acquirente diretto.

Per quanto qui d'interesse, sotto il profilo della legittimazione attiva, tanto nel Libro Bianco, quanto nella Direttiva, si riscontra l'intento di ampliare

¹⁸⁴ M. Carpagnano, *Le regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 273 ss.

¹⁸⁵ R. Paladini, "Traslazione", in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012.

¹⁸⁶ M. Carpagnano, *Le regole (proposte) sul passing on e azione degli acquirenti indiretti*, cit., 274.

la platea dei soggetti che possono convenire in giudizio l'*infringer* a fini risarcitori, estendendo la legittimazione attiva anche agli *indirect purchasers*.

Sotto questo profilo, al contrario che per altri elementi, la disciplina della concorrenza europea in materia di risarcimento del danno sembra maggiormente aperta e avanguardista rispetto al modello americano, nel quale la *indirect purchaser rule* riconosce soltanto ai danneggiati diretti il diritto di agire in giudizio in caso di traslazione del danno.

Nel sistema statunitense si è infatti giunti, per via giurisprudenziale¹⁸⁷, attraverso l'elaborazione dei principi a base della c.d. *proximate causation rule* – volta a selezionare i legittimati attivi sulla base di un criterio di vicinanza al danno – ad escludere il diritto di agire in giudizio dei soggetti che hanno subito la traslazione dei danni per effetto del *passing on* da parte degli intermediari, i quali soli potrebbero agire legalmente verso l'impresa che ha posto in essere l'illecito antitrust¹⁸⁸.

La posizione assunta dalla giurisprudenza statunitense circa legittimazione attiva dei danneggiati indiretti potrebbe apparire in controtendenza rispetto alla dichiarata funzione deterrente attribuita al *private antitrust enforcement* americano. In realtà, essa discende direttamente dall'esclusione del diritto del danneggiante di usare il *passing on* quale strumento di difesa¹⁸⁹, risultando quindi dettata da necessità di bilanciamento, sembrerebbe al fine di evitare effetti di *overdeterrence*.

Le ragioni di questa regola, peraltro, sembrerebbero risiedere nelle difficoltà di individuazione e quantificazione del danno subito dagli acquirenti indiretti, nonché nell'individuazione del soggetto maggiormente incentivato

¹⁸⁷ La regola deriva da due decisioni della US Supreme Court (*Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed. 2d 1231, 1968; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707, 1977) nelle quali la Corte ha affrontato il tema del *passing on* sotto due profili, ossia quello del danneggiante e quello del danneggiato, escludendo, nella prima delle due decisioni, la *passing on defence*, quindi escludendo la possibilità per l'impresa convenuta di difendersi sostenendo la traslazione del danno da parte del preteso danneggiato, e – coerentemente – riconoscendo, nella seconda delle due decisioni richiamate, che se non è possibile per il convenuto usare quale strumento di difesa il *passing on*, non può concedersi a chi afferma di avere subito gli effetti della traslazione di agire direttamente contro il danneggiante per ottenere il ristoro dei danni.

¹⁸⁸ G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 200.

¹⁸⁹ Si veda quanto riportato alla precedente nota 187.

all'azione, anche qui in chiave deterrente, che sarebbe l'acquirente diretto¹⁹⁰.

La regola in questione – oggetto di espresse richieste di abbandono¹⁹¹ – dimostra in un certo senso la subalternità della funzione compensatoria delle azioni di danno nella *antitrust policy* statunitense, trovando il proprio fondamento nella anteposizione dell'obiettivo di efficacia ed efficienza deterrente all'obiettivo di piena compensazione delle vittime¹⁹².

La soluzione scelta dal legislatore comunitario è di segno opposto e ciò si giustifica se si considera la funzione eminentemente compensativa del *private enforcement* in ambito europeo.

Le premesse dell'adozione della Direttiva, sulla scorta di quanto già affermato dalla Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi* e su quanto espresso dalla Commissione nel Libro Bianco, chiarivano già l'intenzione di ampliare la legittimazione ad agire a qualunque soggetto avesse subito un danno in conseguenza di un illecito anticoncorrenziale¹⁹³ e, quindi, anche agli acquirenti-danneggiati indiretti.

Le premesse hanno trovato conferma nel testo approvato della Direttiva, nel quale viene sancita non soltanto la possibilità per gli *indirect purchaser* di agire direttamente – quindi senza attendere l'azione dell'intermediario – nei confronti del danneggiante, ma anche una presunzione relativa, a certe condizioni, in loro favore (superabile con prova contraria) circa l'avvenuta traslazione del danno.

La Direttiva quindi contempla espressamente la legittimazione attiva dei danneggiati in caso di avvenuto *passing on* sugli acquirenti indiretti, dedicando

¹⁹⁰ L.A. Sullivan, W.S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, 2^a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006. In particolare, si è sostenuto che sarebbe alquanto complesso calcolare l'entità del danno traslato a valle dall'acquirente diretto, con la conseguenza che legittimare all'azione i consumatori finali appesantirebbe eccessivamente il giudizio, e, inoltre, l'intermediario sarebbe maggiormente incentivato ad agire, sia perché più vicino all'infrazione – potendone quindi venirne a conoscenza più facilmente – sia perché in grado di chiedere un risarcimento di entità più elevata rispetto a quello che potrebbero chiedere i singoli consumatori finali.

¹⁹¹ In tal senso la *Antitrust Modernization Commission* (AMC) ha suggerito la necessità di abbandonare la regola di matrice giurisprudenziale, permettendo indistintamente ai soggetti danneggiati di agire in giudizio per il risarcimento del danno subito, indipendentemente dalla propria posizione nella catena distributiva, AMC, *Report and Recommendations*, Aprile 2007, 267, disponibile all'indirizzo http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.

¹⁹² G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, cit., 200-201.

¹⁹³ Punto 4.4 della *Relazione alla Proposta di Direttiva*, 11.6.2013 COM(2013) 404 final.

un capo al trasferimento del sovrapprezzo con riferimento all'utilizzo processuale del *passing on* "offensivo" – per finalità non di difesa ma di richiesta della compensazione economica del danno subito – così proponendo una riforma legislativa che presenta, però, alcuni rischi, *in primis* quello in cui più cause siano proposte da attori situati in diversi stadi della filiera in relazione alla medesima violazione delle regole di concorrenza.

Tale situazione, di difficile gestione sia in termini probatori (ad es. per la stima delle porzioni di sovrapprezzo nei vari stadi della filiera) che con riferimento alla gestione del contenzioso stesso (ponendo problemi di riunione o meno delle cause, di duplicazione del giudicato, ecc.), non andrà sottovalutata al momento dell'implementazione della Direttiva da parte degli Stati membri che dovranno coordinare questo rischio con il proprio assetto di regole processuali¹⁹⁴.

La nuova normativa europea prevede, al Capo IV della Direttiva, con riferimento al profilo della legittimazione attiva, che sia consentito agli acquirenti indiretti di agire in giudizio per il ristoro del danno traslato. Si prevede, inoltre, la presunzione relativa dell'avvenuta traslazione del sovrapprezzo su di essi da parte del soggetto che lo ha direttamente subito. Sul punto la Direttiva specifica che tale presunzione richiede che sia provata la violazione, che essa abbia determinato un sovrapprezzo, e che l'attore-acquirente indiretto abbia acquistato beni o servizi oggetto della condotta anticoncorrenziale.

Si è introdotto, quindi, a certe condizioni, una presunzione relativa circa l'avvenuto trasferimento del pregiudizio economico, addossando al convenuto l'onere di dimostrare la circostanza contraria, cioè che, quindi, l'intermediario della filiera ha mantenuto al proprio livello della catena il sovrapprezzo senza riversarlo sugli attori presunti danneggiati¹⁹⁵.

Come si nota, la scelta adottata dalla Commissione è di segno opposto rispetto a quanto riconosciuto oltreoceano. Tale scelta amplia, potenzialmente, in modo significativo la platea degli attori legittimati ad agire in giudizio,

¹⁹⁴ M. Carpagnano, *Le regole (proposte) sul passing on e azione degli acquirenti indiretti*, cit., 275.

¹⁹⁵ Art. 14 della Direttiva.

prendendo atto delle dinamiche concorrenziali dei trasferimenti di prezzo nell'ambito di catene produttivo-distributive.

Ciò, nell'ambito dei dichiarati obiettivi perseguiti per mezzo della Direttiva, è indubbiamente espressione della diversa impostazione e funzione attribuita nel contesto europeo al *private antitrust enforcement*.

Ciò è maggiormente chiaro se si tiene a mente il rischio, già rilevato, cui si va incontro ampliando la platea dei legittimati attivi e comprendendo gli acquirenti indiretti, cioè il rischio della sovrapposizione e moltiplicazione di giudizi contro lo stesso convenuto per il risarcimento o la ripetizione delle stesse medesime somme da parte di soggetti situati a differenti livelli della catena.

Ove si facesse dell'azione una questione di efficienza ed efficacia dell'*enforcement* privato, il problema appena evidenziato sarebbe senza dubbio tenuto in conto, come avvenuto negli USA, portando con molta probabilità a limitare la legittimazione degli acquirenti indiretti o, quantomeno, a non introdurre facilitazioni al loro diritto di agire in giudizio (i.e. la presunzione).

Non si ritiene però che, pur con i problemi di efficienza dell'azione che la legittimazione degli acquirenti indiretti potrebbe comportare, l'effetto deterrente possa risultare quasi completamente disperso. Appare infatti dubbia l'argomentazione, fondata proprio sulla massimizzazione dell'effetto deterrente, per giustificare il sistema statunitense sul *passing on* offensivo, e ciò in quanto, comunque, l'ampliamento della platea dei soggetti che possono convenire in giudizio il presunto *infringer* appare, almeno in principio, idonea a "spaventare" maggiormente l'impresa che covi intenti anticoncorrenziali, aumentando il rischio di esposizione a richieste risarcitorie.

Il problema semmai, si sposta sulle difficoltà di coordinamento a livello processuale che pone tale ampliamento dei legittimati attivi che, come evidenziato, potrebbe comportare l'instaurazione di giudizi, al contempo, da parte di acquirenti diretti e indiretti, ciò che comporta lo svolgimento di alcune, necessarie, considerazioni circa l'economia processuale – riunione dei processi, ove possibile – ammissibilità delle azioni – chi ha realmente subito il danno? – e complicazioni per la difesa dell'impresa convenuta¹⁹⁶.

¹⁹⁶ L'*infringer* potrebbe paradossalmente trovarsi, in due separati processi, a difendersi tramite la c.d. *passing on defense* avverso l'acquirente diretto, e a difendersi contro un attore

Prescindendo dalle ragioni che animano la predetta scelta di ampliamento, può comunque concordarsi sul fatto che essa fosse praticamente obbligata¹⁹⁷ alla luce del consolidato orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi* per cui «*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*»¹⁹⁸.

Sulla scorta di tale insegnamento, era abbastanza scontata la soluzione adottata nella Direttiva, che riconosce di fatto il diritto ad agire a qualunque soggetto che possa dirsi colpito dagli effetti negativi della condotta illecita, indipendentemente dal proprio posizionamento lungo la catena produttivo-distributiva¹⁹⁹ e indipendentemente dall'applicazione di regole che mirino a individuare, prima che il soggetto danneggiato, il soggetto più idoneo – essenzialmente perché più vicino – ad attivarsi in giudizio.

Sia la scelta fatta dalla Commissione, sia quella adottata negli USA, presentano vantaggi e svantaggi, cui si è già accennato ma che meritano un approfondimento.

L'approccio seguito nel sistema statunitense presenta, tra gli aspetti vantaggiosi, la riduzione dei costi di giudizio derivanti dall'accertamento dell'avvenuta traslazione del danno sull'acquirente indiretto. Inoltre, spicca la

che basa invece la propria azione sulla avvenuta traslazione del danno. E' evidente che le due strategie di difesa sarebbero in antitesi. Questa circostanza, dal punto di vista dell'impresa convenuta, può apparire pregiudizievole. Potrebbe però, *a contrario*, argomentarsi che in ogni caso la pendenza contemporanea dei giudizi, con eventuale loro riunione ove ne ricorrano i presupposti, svelerebbe quale delle due situazioni corrisponde alla realtà, ossia se è avvenuta o meno la traslazione del danno e, quindi, quale sia il soggetto realmente legittimato all'azione, ottenendosi al contrario un giudizio efficiente in cui si giunge all'accertamento dell'avvenuta (o meno) traslazione. Ma, cosa succederebbe in caso di contrasto tra giudicati, l'uno che nega e l'altro che afferma l'avvenuto *passing on* con riferimento alla medesima condotta? Inoltre, come si conciliano le scelte legislative con la prospettiva dell'impresa convenuta che, ove vittoriosa nei confronti dell'acquirente diretto o indiretto sulla base della dimostrazione della avvenuta o non avvenuta traslazione del danno, si esporrebbe comunque all'azione dell'altro soggetto? In mancanza di giudizi noti che abbiano affrontato questi o simili problemi, non può che rilevarsi l'estrema problematicità, soprattutto dal punto di vista dell'impresa convenuta, delle implicazioni pratiche della *passing on defense*.

¹⁹⁷ M. Carpagnano, *Le regole (proposte) sul passing on e azione degli acquirenti indiretti*, cit., 275.

¹⁹⁸ *Manfredi v. Lloyd Adriatico*, cit., par. 61.

¹⁹⁹ I principi stabiliti dalla Corte di Giustizia hanno assunto rilevanza nell'ambito del dibattito di carattere "sondaggistico" scaturito a livello comunitario a seguito della pubblicazione del Libro Verde che ha, tra le altre cose, ufficialmente aperto la consultazione pubblica sulla opportunità di ammettere nell'ordinamento comunitario la considerazione del fenomeno del *passing on* sia dal lato della difesa che di quello dell'esercizio dell'azione.

capacità di questo approccio di concentrare nelle mani del soggetto effettivamente più vicino all'illecito – sulla base della già richiamata *proximate causation rule* – il potere di agire, soggetto che dovrebbe essere anche quello in grado di dimostrare più agevolmente il fondamento delle pretese proprie o degli indiretti danneggiati.

Come spiegato, la funzione, in particolare, della regola da ultima richiamata è direttamente legata all'obiettivo di deterrenza e, in quest'ottica, appare giustificabile nell'ambito di un sistema che predilige il perseguimento di tale obiettivo attraverso il *private enforcement*. La concentrazione delle azioni in capo al solo acquirente diretto mira ad evitare l'instaurazione di azioni che possano risolversi in un nulla di fatto a causa delle difficoltà probatorie incontrate dalle vittime della condotta.

Appare tuttavia fondata e condivisibile una essenziale critica a tale sistema, incentrata sulla circostanza che l'acquirente diretto, sebbene sia il più vicino e quindi il più "attrezzato" ad agire, potrebbe in molti casi difettare di qualsiasi interesse ad incardinare l'azione. E ciò sia in quanto potrebbe semplicemente non ritenersi danneggiato e sottostimando l'utilità dell'azione, sia in quanto potrebbe persino intravedere un rischio nell'azione, ritenendola a sé sfavorevole, nella misura in cui il suo esercizio potrebbe incrinare i propri rapporti commerciali con l'*infringer* o, in ipotesi, perché potrebbe aver tratto a sua volta profitto dagli effetti della violazione²⁰⁰.

Dall'altro lato, la scelta di ampliare la platea degli attori operata in ambito europeo, se sembra rispondere efficacemente alle problematiche sollevate dal modello americano, ne è priva di criticità. Si è già rilevato il problema posto dal rischio della responsabilità multipla, che comporterebbe, nel caso, il risarcimento dello stesso danno più volte con la possibilità del carattere indebito di alcune attribuzioni economiche a titolo di compensazione del danno che si assume sia stato subito (e dimostrato).

Questo aspetto problematico si lega strettamente ad un altro, ossia all'asimmetria dell'onere probatorio delle parti in un contesto di, al contrario, ricercata simmetria ed equilibrio (almeno con riferimento al *passing on*).

²⁰⁰ G. Afferni, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale ed europeo*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2009, 493 ss.

Se negli Stati Uniti si è escluso il *passing on* offensivo al fine di bilanciare la negazione, in prima battuta, del *passing on* difensivo da parte dell'impresa convenuta, anche in Europa vi è una ricerca di simmetria tra le posizioni e diritti delle parti nella misura in cui si ammettono espressamente entrambe le forme di eccezione relativa al *passing on*.

Il problema è, tuttavia, che la simmetria così realizzata risulta imperfetta²⁰¹. Nel sistema disegnato dalla Commissione, infatti, il convenuto che sollevi l'eccezione di *passing on* ha comunque l'onere di dimostrare la traslazione del danno da parte dell'attore sui suoi acquirenti. Al contrario, l'acquirente indiretto che invochi il *passing on* in modo offensivo, secondo quanto espressamente previsto della Direttiva, gode della presunzione relativa che il sovrapprezzo sia stato traslato su di esso per intero, salva la prova contraria che può essere fornita dall'impresa convenuta.

In questo contesto, potrebbe paradossalmente determinarsi lo scenario in cui il convenuto, da un lato, non riesca a provare il contrario di quanto dedotto dall'acquirente indiretto, e presuntivamente ritenuto sussistente e, dall'altro lato, non riesca a fornire prova dell'avvenuta traslazione nell'azione intentata dall'acquirente diretto (che ben potrebbe coesistere con la prima azione), trovandosi in definitiva a risarcire più volte lo stesso danno.

Il predetto rischio di responsabilità multipla, da taluni ritenuto secondario o addirittura irrilevante²⁰², rappresenta, nella logica seguita dalla Commissione il "minore dei mali", nonché la prospettiva di più corretta adesione a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi*.

Pertanto, nella scelta tra il sacrificio del diritto di agire in giudizio di qualsiasi soggetto danneggiato – nel caso di specie, degli acquirenti indiretti e/o intermedi – e la possibile esposizione dell'impresa che ha violato le regole di concorrenza ad una iper-compensazione del danno, il secondo scenario è apparso il più accettabile, nella misura in cui si ritiene più equo che a sobbarcarsi il maggior rischio – consistente nella possibilità di dover risarcire

²⁰¹ G. Afferni, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale ed europeo*, cit., 503.

²⁰² F.W. Bulst, *Private Antitrust Enforcement at a Roundabout*, in *European Business Organization Law Review (EBOR)*, 2006; id. *Of Arms and Armour - The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law*, 2008, *Bucerius Law Journal*, 81-95.

più soggetti per il medesimo danno anche se non tutti legittimati – sia l'*infringer*, piuttosto che rischiare che il danneggiato effettivo non giunga ad ottenere il giusto ristoro del danno per mere ragioni di efficienza del sistema di *enforcement*²⁰³.

A prescindere, poi, dal bilanciamento di diritti e oneri e dalla scelta del soggetto cui accollare il rischio, per la Commissione questo rappresenta il modo di aderire pienamente alle scelte della giurisprudenza.

Sebbene, infatti, la Corte di Giustizia non abbia avuto modo di affrontare direttamente il tema, con riferimento all'utilizzo del rimedio risarcitorio – ma è avvenuto, come si vedrà a breve, in ambito tributario nei rapporti verticali tra Stato e cittadini –, si è però affermato, in termini generali, che il principio di effettività impone che “chiunque” abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto antitrust comunitario deve poter agire in giudizio per chiedere il ristoro dei danni subiti²⁰⁴.

La Commissione ha inteso quest'affermazione di principio, evidentemente, nel senso che sarebbe contraria al diritto comunitario una disciplina nazionale che escludesse a priori la legittimazione attiva di un acquirente indiretto per il risarcimento di un danno causato da un illecito antitrust. Coerentemente con tale lettura del principio generale espresso dalla Corte di Giustizia, è quindi stata inclusa nella Direttiva la specifica previsione del *passing on*, utilizzabile da entrambe le parti²⁰⁵.

Questa soluzione, che risulta in contrasto con quanto osservato e applicato oltreoceano sulla estendibilità a priori della legittimazione attiva anche agli acquirenti diretti, appare però preferibile alla soluzione dettata dalla giurisprudenza statunitense, se non altro tenendo in considerazione il diverso contesto in cui si muove, e da cui origina, l'*enforcement* europeo.

Se, infatti, la funzione delle azioni di risarcimento del danno è, nell'UE, in primo luogo compensativa, è evidente che qualsiasi discorso fondato sulla vicinanza all'illecito (sulla scorta dell'applicazione della *proximate rule* statunitense) o sulla necessità di contenimento dei costi del processo (questioni

²⁰³ Commissione Europea, *Staff Working Paper*, cit., §218.

²⁰⁴ Corte di Giustizia, *Courage*, cit., para. 26; *Manfredi*, cit., para. 60.

²⁰⁵ Libro Bianco, cit., 4; *Staff Working Paper*, cit., 14 s.

entrambe motivate dalla ricerca di un sistema efficiente al di là della compensazione del danneggiato) priverebbe irragionevolmente i soggetti danneggiati dall'illecito della possibilità di agire, di fatto contravvenendo all'obiettivo di piena compensazione del danno.

Rileva, inoltre, che la scelta adottata in ambito comunitario non risulta confinata nell'ambito del diritto della concorrenza, essendo invece in linea con quanto riconosciuto in tema di traslazione in altri settori giuridici.

Il riferimento è al settore tributario, ove si sono posti principalmente due quesiti, ossia chi dovesse sopportare l'onere della prova dell'avvenuta traslazione del peso economico dell'imposta e quali fossero i soggetti legittimati ad agire in giudizio per chiederne il rimborso. Su entrambi i punti, si registra nella giurisprudenza comunitaria un approccio con il quale il contenuto della Direttiva, riferito alla materia antitrust, appare del tutto coerente, mostrando quindi l'aderenza ad un trend che riguarda più settori del diritto.

In materia tributaria, la Corte di Giustizia ha da lungo tempo ammesso agli Stati membri, per conto dell'amministrazione tributaria nazionale, ad opporsi alla restituzione del tributo asseritamente illegittimo, in ragione dell'avvenuta traslazione, da parte del richiedente, avvenuta mediante, ad esempio, l'aumento dei prezzi, che è plausibilmente motivato dal maggior onere tributario sopportato dal soggetto dell'imposta²⁰⁶.

L'onere di provare l'avvenuta traslazione grava, però, sull'amministrazione e ciò in quanto, secondo la Corte, è nella maggior parte dei casi poco agevole ricostruire se e in che misura il tributo sia stato o meno traslato, così giustificandosi l'addossamento del maggior rischio – e della maggiore difficoltà – a livello probatorio sulla parte che, nei fatti, ha violato il diritto comunitario imponendo il versamento di somme non dovute²⁰⁷.

²⁰⁶ *Ex multis* Corte di Giustizia, 27 febbraio 1980, Just, C.68/79; id. *San Giorgio*, C-199-82; id. *Comateb et al.*, cause riunite C-192/95 e C-218/95; più di recente *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-129/00.

²⁰⁷ Si consideri che, peraltro, l'onere probatorio a carico dell'amministrazione è stato reso progressivamente più gravoso, contemplando tale onere anche la dimostrazione del potenziale ingiustificato arricchimento del soggetto richiedente, per effetto della restituzione del tributo stesso, nel senso di trovarsi, dopo la restituzione, in una posizione migliore che in quella in cui si sarebbe trovato ove non avesse subito l'illecita imposizione tributaria. Tale ulteriore *onus probandi* – che pare eccessivo – posto a carico dell'amministrazione che voglia giovare della *passing on defense* è giustificato dalla Corte di Giustizia sulla base dell'osservazione per cui, anche in caso di avvenuta e provata traslazione del tributo da parte del richiedente su

Nel settore tributario, quindi, la questione tra amministrazione e soggetto diretto dell'imposta è stata risolta ammettendo l'eccezione di traslazione, con relativo onere probatorio, da parte dell'amministrazione statale. Se questo è stato l'aspetto che più a lungo ha impegnato la Corte in materia di traslazione del tributo, di recente si è però posta anche la questione della legittimazione attiva a chiedere la restituzione delle anche dei soggetti che hanno effettivamente sopportato il peso economico del tributo, pur non essendone i soggetti direttamente colpiti.

Anche su questo aspetto si è registrata l'apertura della giurisprudenza, che ha riconosciuto la legittimazione ad agire contro l'amministrazione tributaria all'acquirente indiretto o, comunque, al soggetto sul quale il soggetto direttamente colpito dal tributo illegittimo ha traslato il peso dell'onere tributario (ad esempio attraverso l'aumento del prezzo di una fornitura) e ciò in considerazione del fatto che tale mezzo permette di rimediare, effettivamente, all'effetto negativo causato dal tributo e – lo si legge tra le righe della decisione della Corte – far venir meno il rischio di “doppia restituzione” e, quindi, dell'ingiustificato arricchimento del soggetto tassato, in caso di restituzione del tributo traslato a quest'ultimo²⁰⁸.

L'approccio seguito nel settore tributario e dalla Direttiva appare simile: tutto si gioca, in primo luogo, sull'ampliamento della platea dei potenziali attori per fini di piena compensazione e, in secondo luogo, sulla regolazione

successivi anelli della catena o sul consumatore finale, l'arricchimento che allo stesso deriverebbe per effetto della restituzione potrebbe anche non dirsi ingiustificato, in quanto l'aumento dei prezzi per effetto dell'inclusione del costo sopportato in ragione del tributo potrebbe aver generato una perdita di clientela o, comunque, una riduzione del complessivo volume d'affari. Tale prova, a ben vedere, però, si pone ai limiti di una *probatio diabolica* – come peraltro suggerito dall'Avvocato generale Tesauro nella causa *Comateb*, tanto da giustificare la richiesta di eliminazione in radice della *passing on defense* per l'amministrazione (*Comateb* cit., para 24).

²⁰⁸ Corte di Giustizia, *Danfoss A/S e Sauer-Danfoss Aps c. Skatteministeriet*, C-94/10. Occorre precisare che, a differenza di quanto previsto nella Direttiva, nel caso della traslazione del tributo la Corte impone una significativa restrizione, prevedendo che lo Stato membro possa opporsi alla domanda di restituzione da parte dell'acquirente indiretto nel caso in cui lo stesso risulti avere a disposizione strumenti rimediali per chiedere il rimborso direttamente al soggetto colpito dall'imposta e che glielo abbia riversato (sul punto si veda il paragrafo n. 29 della decisione da ultimo citata). Questa stessa ipotesi non sembra invece contemplata dalla Direttiva, che non pare in principio subordinare la legittimazione dell'acquirente indiretto alla indisponibilità di mezzi per agire contro l'acquirente diretto, né subordinare a questa medesima circostanza la possibilità dell'impresa convenuta di difendersi sollevando l'eccezione di *passing on*.

processuale dell'onere della prova, la cui allocazione grava sulla parte che ha violato le regole, ricercandosi una sorta di bilanciamento tra l'ammissione dell'eccezione e la possibilità di dimostrare la traslazione²⁰⁹.

In entrambi i casi, l'obiettivo perseguito sembra quello di garantire la massima apertura all'azione ai soggetti che realmente abbiano subito gli effetti economici, negativi, dell'illecito (antitrust e tributario), regolando al contempo – con soluzioni diverse ma simili – la questione dell'onere della prova in maniera tale, parrebbe, da agevolare sotto questo punto di vista il danneggiato, appesantendo la posizione dell'impresa (o amministrazione) convenuta, per fini di equità tra le posizioni delle parti.

Su quest'ultima circostanza (la presunta ricerca di equilibrio delle posizioni delle parti), si ritiene potersi fortemente dubitare in quanto, come si vedrà meglio in seguito, per quello che è l'approccio complessivo prescelto dalla Direttiva, appare alquanto svilita la capacità di difesa del convenuto, almeno nella azioni *follow on*.

Tuttavia, se si fa riferimento alla ricercata complementarità tra funzione compensativa e deterrente, la scelta appare, in fin dei conti, condivisibile, in quanto l'ampliamento della platea dei possibili attori, unito alla regolazione dell'onere probatorio, aumenta indubbiamente il rischio di esposizione a richieste risarcitorie²¹⁰.

Peraltro, se si concorda con l'opinione che una funzione deterrente, anche solo indiretta o secondaria, debba riconoscersi e attribuirsi al *private enforcement*²¹¹ – al fine di renderlo il secondo, complementare ed equiordinato pilastro dell'attuazione delle regole di concorrenza – questo appare uno degli strumenti attraverso cui aumentarne o promuoverne tale efficacia²¹²,

²⁰⁹ Sebbene le motivazioni sembrino parzialmente diverse: nel settore tributario, l'allocazione dell'onere probatorio in capo all'amministrazione nel caso di *passing on defense*

²¹⁰ C. Matranga, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. Civ. Contemporaneo*, 2015, n. 1.

²¹¹ Tra cui, M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, Relazione al convegno su "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", cit. 4.

²¹² Attribuisce una funzione sensibilmente deterrente al *private enforcement* (soprattutto lato consumatore) G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir.civ.*, 4, 528. Secondo l'Autore, ove i singoli consumatori, controparte dei rapporti con i partecipanti al cartello, risultino legittimati a farne valere in giudizio la invalidità ed a richiedere il risarcimento dei danni subiti, l'effetto deterrente da ciò derivante per

soprattutto in combinazione con gli altri elementi previsti nella Direttiva, sebbene si ritenga maggiormente corretto attribuire allo strumento risarcitorio principalmente una funzione essenzialmente compensativa e che l'eventuale deterrenza possa soltanto essere un effetto indiretto e, comunque, che non vada autonomamente ricercato nella strutturazione del sistema delle azioni private²¹³.

Posto quanto ammesso dalla Direttiva con riferimento all'azione da parte degli acquirenti indiretti, ulteriore possibilità di ampliamento della platea di attori deriva dalla possibile ammissibilità dell'azione da parte degli acquirenti di soggetti non direttamente coinvolti nella condotta illecita, ma che abbiano da questa in qualche modo tratto profitto.

Si tratta delle caso delle c.d. *umbrella claims*, ossia quelle azioni legate all'*umbrella effect* consistente nella produzione di danni, da parte della condotta anticoncorrenziale, su acquirenti non legati all'impresa che ha posto in essere direttamente la violazione, bensì, come detto, in rapporti contrattuali con altra impresa che, seppur non partecipante all'illecito, ha comunque tratto un qualche profitto dall'illecito altrui.

La espressa considerazione di tale particolare ipotesi di produzione di produzione di danni antitrust comporta il riconoscimento della possibilità che la violazione delle regole di concorrenza possa riverberarsi anche su acquirenti di soggetti terzi rispetto all'*infringer* e ai diretti danneggiati, tenendo conto della potenziale ammissibilità dell'esercizio dell'azione risarcitoria da parte di soggetti ad esso legati né direttamente, né indirettamente.

Ad una prima considerazione, l'estensione della possibilità di risarcimento a tali acquirenti (di terzi) pare un allargamento delle maglie della rete risarcitoria forse un po' estremo e che rischia di esporre l'*infringer* ad un rischio sproporzionato. Di questo avviso non è, tuttavia, la Corte di Giustizia, la quale sembra, in maniera del tutto coerente con i propri precedenti avvisi, porsi esclusivamente nell'ottica dell'ammissione al risarcimento da parte di qualunque soggetto abbia subito un danno derivante dalla condotta illecita antitrust.

le imprese sarebbe notevole, risultando le stesse esposte ad un rischio difficilmente calcolabile con anticipo rispetto alla realizzazione dell'infrazione.

²¹³ In questo senso, M. Barcellona, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impr.*, 2008, 120 ss.

Di ciò è espressione il recente avviso reso nel caso *Kone*²¹⁴, con cui la Corte ha ampliato il perimetro della risarcibilità dei danni da illecito antitrust, ritenendo che la connessione diretta tra le imprese partecipanti all'intesa vietata e il danneggiato non rientri tra le condizioni dell'azione necessarie ai fini dell'ottenimento del ristoro del danno lamentato²¹⁵.

Il fondamento della domanda dell'attrice erano, appunto, i menzionati *umbrella effects*²¹⁶, consistenti nel caso di specie nell'adeguamento della *price policy* da parte dei concorrenti dell'*infringer* i quali, pur non prendendo parte formalmente all'intesa, si sono adattati alla situazione di mercato falsata dalla condotta illecita tramite il sensibile innalzamento dei prezzi oltre la misura che legittimamente si determinerebbe in assenza della violazione, perciò traendo un profitto dall'alterazione delle condizioni concorrenziali del mercato.

La Corte, al fine di ritenere ammissibile l'esercizio dell'azione, ha fatto leva sull'argomento della prevedibilità, ritenendo che l'effetto dei "prezzi di protezione" non può essere ignorato dall'*infringer*, rientrando tra gli eventi prevedibili da parte dello stesso, con conseguente possibilità di condanna al risarcimento per i danni a ciò correlati. La Corte ha precisato che il diritto al risarcimento può essere accordato "*alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato*".

Sembrerebbe, quindi, non in automatico, ma dovendosi svolgere un'analisi caso per caso.

Come è stato osservato, nella sentenza *Kone* la Corte, pur evidentemente collocandosi sulla scia dei propri precedenti che tendono ad ampliare la platea dei soggetti aventi diritto al ristoro – a partire da *Courage* – nell'intento di garantire l'effettività dell'applicazione della disciplina europea della concorrenza e di rafforzarne il carattere operativo, pecca tuttavia di assertività e laconicità nell'enunciazione del principio, soprattutto nell'implicito "*skip*" della normativa nazionale in tema di nesso di causalità tra danno e condotta quale elemento

²¹⁴ Corte di giustizia UE, causa C-557/12, 5 giugno 2014, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*

²¹⁵ C. Matrangola, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocatione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, cit., 4.

²¹⁶ Per un approfondimento su tali effetti dell'illecito R. Inderst, F.P. Maier-Rigaud, E. U. Schwalbe, *Umbrella Effects*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, 10(3), 739 ss.

imprescindibile per la sussistenza del diritto al ristoro²¹⁷.

In questo contesto, in cui la giurisprudenza sembra spingersi sempre più oltre nell'ampliamento della possibile platea degli attori nelle azioni risarcitorie per danno antitrust, non può non notarsi come la Direttiva di fatto non contempli, forse a ragione, il caso degli *umbrella effects* e il correlato tema della legittimazione attiva, tra gli aspetti da essa regolati. Non potendosi peraltro rinvenire, si ritiene, un possibile fondamento alla legittimazione delle *umbrella claims* nelle disposizioni dedicate alla traslazione del danno in funzione legittimante gli acquirenti indiretti.

Ciò in quanto differenze sostanziali intercorrono tra il caso della catena di approvvigionamento, in cui si colloca l'acquirente indiretto, e quello dell'effetto "combinato" orizzontale e verticale dell'*umbrella effect*. Nel primo caso, infatti, la struttura vincolistica propria della catena produttiva/distributiva/di acquisto porta a ritenere come conseguenza quantomeno plausibile e prevedibile – se non addirittura ovvia – la traslazione del sovrapprezzo in capo ai soggetti acquirenti indiretti del bene o servizio oggetto della violazione, in ragione del rapporto "vincolistico" proprio della catena (nel senso che sono certi i soggetti che vi appartengono). Nel secondo caso, invece, non può individuarsi in automatico una relazione, poiché, innanzitutto, la decisione di adeguamento del concorrente è del tutto autonoma, sebbene in astratto (ma è tutto da dimostrare) favorita dalle falsate condizioni di mercato create dalla violazione.

Si concorda sul punto con chi, pertanto, esclude che un qualsiasi fondamento alle *umbrella claims* possa o debba individuarsi nella regolazione del *passing on* contenuta nella Direttiva, in quanto si genererebbe, nel caso contrario, una evidente forzatura dei principi ivi affermati, creando un'analogia del tutto impropria tra due situazioni solo apparentemente simili ma, a ben vedere, strutturalmente e sostanzialmente diverse²¹⁸.

²¹⁷ C. Matranga, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, cit. 6.

²¹⁸ *Ibidem*

2.1.1 L'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza: tra forzati parallelismi e dubbi di costituzionalità

2.2.1. Problemi di carattere generale: individuazione del fondamento giuridico.

Tra le misure già previste nel Libro Bianco e confermate dalla Direttiva, spicca per potenziale di incidenza sui sistemi nazionali l'effetto vincolante conferito alle decisioni delle autorità garanti della concorrenza nazionali²¹⁹, non solo all'interno dello Stato membro in cui l'autorità esercita la propria competenza, ma, addirittura (sebbene non con efficacia strettamente vincolante) nei confronti delle autorità giudiziarie degli ordinamenti dell'Unione.

La scelta della Commissione in relazione a questo aspetto, che investe la tematica dell'onere probatorio a carico dell'attore, sembra diretta indubbiamente ad agevolare l'esercizio dell'azione, nella misura in cui l'azione risarcitoria può essere incardinata sulla base di una condotta che si dà per esistente in quanto accertata dall'autorità garante, senza alcun onere, sotto questo aspetto, a carico del presunto danneggiato.

Sotto questo profilo, appare chiaro l'intento armonizzatore e di riduzione degli svantaggi dell'asimmetria informativa che tipicamente affliggono le azioni di risarcimento del danno antitrust: il punto su cui, prima di tutto, il danneggiato si trova in difficoltà è proprio la dettagliata descrizione della condotta illecita, soprattutto ove trattasi di condotta caratterizzata dalla

²¹⁹ Articolo 9: "1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza. 2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti".

segretezza (cartelli), e della prova degli elementi della stessa²²⁰.

Quella introdotta dalla Direttiva è, tuttavia, a ben vedere, una novità solo in parte. A livello comunitario, infatti, già il Regolamento 1/2003 attribuisce efficacia vincolante alle decisioni della Commissione europea, sicché l'istituto non è di per sé sconosciuto. Inoltre, alcuni Stati già conoscono l'efficacia vincolante di tali provvedimenti, avendola espressamente introdotta a livello legislativo (è il caso della Germania e del Regno Unito) o, comunque, avendone riconosciuto il particolare valore probatorio nei giudizi risarcitori, pur senza spingersi ad affermarne l'efficacia direttamente vincolante per il giudice civile (è il caso dell'Italia).

L'analisi dell'impatto a livello nazionale della misura qui in commento è lasciata ad un approfondimento successivo. Per il momento si ritiene opportuno indagare le ragioni di tale previsione e la reale necessità, nonché opportunità, della sua introduzione.

Come è noto, prima dell'introduzione della Direttiva, l'unica autorità, in ambito europeo, alle cui decisioni fosse attribuita efficacia vincolante nei procedimenti antitrust nei confronti di tutti i giudici nazionali era solo la Commissione. Ciò, in un primo momento, sulla base del principio affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Delimitis*²²¹, ove la Corte ha stabilito che deve evitarsi la pronuncia da parte di giudici nazionali di sentenze incompatibili con le decisioni adottate (o che potrebbero essere adottate) dalla Commissione, in quanto ciò sarebbe in contrasto con il principio generale della certezza del diritto.

Questo principio è stato poi specificato nel caso *Masterfoods*²²², dove la Corte ha affermato chiaramente che *“i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado”*.

²²⁰ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 296 ss.

²²¹ Corte di giustizia, 28 gennaio 1991, C-234/89, *Delimits*, in Racc., 1991, I-935, § 47.

²²² Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, in Racc., 2000, I-11369, § 52.

A ben vedere, nella decisione da ultimo citata la prospettiva assunta dalla Corte si scosta dalla iniziale motivazione fondata su mere esigenze di certezza del diritto, richiamando espressamente il ruolo attribuito alla Commissione nell'Unione europea quale organo incaricato della vigilanza dell'applicazione delle norme sulla concorrenza contenute nei Trattati, a cui è correlato l'obbligo di leale collaborazione delle corti nazionali. Il fondamento, almeno interpretando le parole della Corte, sembrerebbe quindi rinvenibile nella supremazia del ruolo attribuito alla Commissione rispetto alle corti nazionali e non (soltanto) un'esigenza di armonizzazione al fine di scongiurare contrasti decisionali²²³.

In un secondo momento, e sulla base dei principi affermati in via giurisprudenziale, l'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione è stata sancita a livello normativo dall'art. 16 del Regolamento 1/2003²²⁴, in base al quale, quando le corti nazionali si trovano a pronunciarsi su pratiche illecite sanzionate dal Trattato e già oggetto di una decisione della Commissione, esse “*non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione*” dovendo inoltre “*evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa*

²²³ Circa il fondamento dell'art. 16, sono state sviluppate diverse ipotesi. Si è, infatti, in primo luogo ritenuto che la codificazione, rispondendo alle esigenze evidenziate nelle sentenze *Delimitis* e *Masterfood* della Corte di Giustizia, abbia assunto la duplice funzione: (i) di fare da contrappeso al passaggio ad un sistema di applicazione decentrata (in particolare, al correlato abbandono del sistema di esenzione con efficacia costitutiva ex art. 101(3) TFEU) e (ii) di facilitare, anche nell'interesse di una più efficace deterrenza generale, l'attività di *private enforcement* del diritto della concorrenza comunitario, con l'obiettivo di assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario a livello orizzontale (P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss.). Altri hanno invece posto l'accento sul primato del diritto comunitario (M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza davanti al giudice civile*, Giappichelli, Torino, 2006; A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, AGR, Campobasso, 2009), o sul ruolo della Commissione di co-autrice della politica della concorrenza comunitaria (M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza davanti al giudice civile*, cit., 83, che ne fa derivare la conclusione che l'art. 16 non sarebbe suscettibile di estensione analogica alle decisioni della autorità della concorrenza nazionali che applicano il diritto comunitario), o, infine, sull'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione (J. Imgrund, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011, 107).

²²⁴ Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUCE, 4.1.2003, L 1, p. 1.

avviati” prevedendo che “A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati”.

L’art. 16 appena richiamato, riproducendo e recependo a chiare lettere i principi affermati dalla Corte di Giustizia, introduce la portata vincolante o, per meglio dire, l’obbligo di non contraddizione²²⁵ per i giudici nazionali rispetto alle decisioni della Commissione.

Sull’attribuzione di efficacia vincolante alle decisioni della Commissione non sono naturalmente mancate critiche, incentrate principalmente sulla compressione della discrezionalità dei giudici nazionali, i quali risulterebbero indebitamente vincolati al rispetto delle decisioni di un’autorità amministrativa, in violazione dell’indipendenza costituzionalmente riconosciuta ai magistrati, risultando pertanto subordinati all’autorità amministrativa²²⁶.

Tali critiche, presentatesi *in primis* a livello giurisprudenziale dando origine proprio alla citata decisione *Masterfoods*, appaiono tuttavia destituite di fondamento in considerazione del fatto che, come detto, l’ordinamento comunitario stesso ha attribuito alla Commissione la competenza a definire i principi fissati dagli articoli 101 e 102 (ex artt. 81 e 82) del Trattato e la competenza esclusiva di orientamento della politica di concorrenza, in virtù del carattere sovranazionale e autonomo della Commissione rispetto agli Stati membri e degli specifici obblighi di controllo e cooperazione tra autorità nazionali e comunitarie. Sicché non pare potersi parlare di indebita compressione della discrezionalità delle corti nazionali da parte di un’autorità amministrativa, ma, al più, di richiesta di coordinamento e garanzia dell’efficacia applicativa delle disposizioni del Trattato.

Quale che sia il reale fondamento dell’efficacia vincolante delle decisioni della Commissione, e pur constatandosene l’accoglimento non del tutto pacifico, è però indubbio che proprio sulla base di quanto stabilito con riferimento ai provvedimenti di rango comunitario si sia pensato a muovere dei passi verso l’attribuzione di efficacia vincolante anche alle decisioni delle autorità nazionali.

²²⁵ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l’anno che verrà*, cit., 246.

²²⁶ In questo senso G.L. Tosato, *Il processo di modernizzazione* in G.L. Tosato, L. Bellodi (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza; aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004, 25 ss.

E' quindi sul quadro normativo e giurisprudenziale europeo appena descritto che si è innestata, almeno in parte, l'adozione dell'art. 9 della Direttiva, che riflette quanto in precedenza accolto nel Libro Bianco e proposto tra le possibili soluzioni del Libro Verde.

Quest'ultimo, sul punto, formulava due ipotesi nell'ottica dell'armonizzazione delle azioni *follow on* nei vari Stati membri, quantomeno a livello di prova della condotta illecita: da un lato, proponeva l'introduzione di un meccanismo di inversione dell'onere della prova, in base al quale sarebbe spettato al convenuto dimostrare in sede civile l'insussistenza dell'infrazione sanzionata dall'autorità garante nazionale. Dall'altro lato, proponeva l'attribuzione di effetto vincolante a tali decisioni, con l'esclusione in radice della possibilità per l'impresa convenuta di fornire la prova contraria sull'esistenza della condotta illecita laddove accertata dall'autorità di concorrenza in via definitiva²²⁷.

Come è noto, è la seconda delle soluzioni prospettate dal Libro verde ad esser stata infine accolta dalla Commissione nel Libro Bianco, nonostante le critiche sollevate avverso tale impostazione dei rapporti tra giudice civile e accertamento dell'autorità di concorrenza²²⁸.

L'opzione prescelta rispetto a quanto proposto nel Libro verde e infine accolta nel Libro Bianco, sembra mirata, al pari dell'art. 9 della Direttiva, prima di tutto a facilitare l'incardinamento delle azioni e il perseguimento del danneggiante ai fini dell'ottenimento del ristoro.

In un'ottica più ampia, tuttavia, tra le varie misure prima proposte e poi introdotte, questa, più di tutte, sembra tesa ad ottenere il consolidamento della struttura a due pilastri dell'*enforcement* delle regole di concorrenza, nell'ottica dell'auspicata complementarità tra *public* e *private enforcement* la cui ricerca pare stare alla base dell'impianto della Direttiva, come del Libro Bianco²²⁹.

²²⁷ Libro Verde, nota n. 11, opzione n. 8.

²²⁸ Le critiche sono in primo luogo di matrice italiana, essendo stata sollevata da più parti, nel nostro ordinamento, l'inopportunità e addirittura inutilità di una simile soluzione in quanto già esistente, in quasi tutti gli Stati membri, la considerazione delle decisioni delle autorità garanti, se non come vincolanti, quantomeno dotate di una forte valenza probatoria, come è appunto il caso dell'Italia con l'introduzione in via giurisprudenziale del controverso concetto di "prova privilegiata" (sul quale si rinvia più ampiamente al capitolo III).

²²⁹ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 244. Gli Autori osservano come ulteriore obiettivo delle soluzioni

L'approccio prescelto dalla Commissione, tuttavia, pone un serio problema di contrasto tra l'obiettivo di complementarità tra i due tipi di *enforcement* e il tema dell'indipendenza dell'azione (e del giudice) civile rispetto all'azione (e all'autorità) amministrativa²³⁰. La principale criticità che sembra emergere dalla previsione dell'efficacia vincolante dei provvedimenti decisori delle autorità è proprio quella di non potersi garantire, da un lato, che il giudice civile possa liberamente valutare i fatti a base della condotta e, dall'altro lato, che l'azione risarcitoria non sia considerata in qualche modo condizionata dallo svolgimento dell'accertamento amministrativo, nel senso da risultare inammissibile in mancanza dello stesso.

Tali criticità, sollevate già in riferimento alle misure suggerite dal Libro Bianco, hanno dato vita al dibattito intorno alla necessità di rintracciare un aggancio plausibile alla previsione dell'efficacia vincolante. Una delle letture proposte è quella che opera un parallelismo con la portata vincolante delle decisioni della Commissione ai sensi dell'art. 16 Reg. 1/2003, ritenendo l'art. 9 della Direttiva espressione dei medesimi principi già stabiliti con riferimento alle decisioni della Commissione.

Con riguardo a tale aspetto, tuttavia, secondo l'opinione maggioritaria, che si ritiene di condividere, la portata vincolante delle decisioni della Commissione per i giudici civili nazionali e quella delle decisioni delle singole autorità garanti poggia su due basi diverse e che occorre non confondere.

Come si è già rilevato, infatti, la portata vincolante delle decisioni della Commissione (che pure, come accennato, ha sollevato alcuni dubbi²³¹), sancita prima in via giurisprudenziale nel caso *Masterfoods* e poi consacrata dal Regolamento 1/2003, appare fondata, essenzialmente, su considerazioni relative alla supremazia del ruolo attribuito alla Commissione e al principio del primato del diritto comunitario, che la stessa Commissione applica per mezzo delle proprie decisioni²³².

Lo stesso non può dirsi per le decisioni delle autorità nazionali che,

prospettate dal Libro Verde, e quindi anche di quella prescelta dalla Commissione nel Libro Bianco, sia quella della riduzione dei costi derivanti dalla possibile duplicazione di istruttorie.

²³⁰ *Ibidem*

²³¹ M. Siragusa, E. Guerri, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. Ind.*, 4/2004, 348 ss.

²³² Si veda nota 223, *supra*.

invece, applicano il diritto nazionale (anche nella misura in cui richiamino l'applicazione degli articoli del TFUE).

Ciò su cui sembra concordare la maggioranza è, in sostanza, che i “due” caratteri vincolanti poggiano su basi diverse e, in particolare, che il carattere vincolante delle decisioni nazionali non beneficia e non potrebbe beneficiare dei presupposti logici di cui alla sentenza *Masterfoods* e che giustificano la portata vincolante delle decisioni della Commissione²³³. Ciò in quanto nessuna norma del Trattato attribuisce alle autorità nazionali valore equiparabile a quello assegnato alla Commissione nella definizione e nell'implementazione delle politiche europee in materia di concorrenza che giustifica il richiamo dell'applicazione del principio del primato del diritto comunitario.

Chi dissente da questa impostazione fa notare che il ragionamento basato sul diverso ruolo della Commissione e delle autorità nazionali e, quindi, della giustificazione solo in relazione alle decisioni della Commissione sulla base del richiamo al principio del primato e della leale collaborazione, non è in realtà sufficiente a destituire di fondamento il parallelismo operato, in quanto le decisioni delle stesse autorità nazionali contribuiscono alla formazione e applicazione del diritto europeo della concorrenza, sebbene nell'ambito della competenza solo nazionale attribuita a tali autorità²³⁴.

Tale argomentazione, che non pare del tutto priva di fondamento, non sembra tuttavia sufficiente a giustificare da un punto di vista giuridico il carattere vincolante attribuito alle decisioni nazionali, per cui si ritiene occorra altro e, segnatamente, la ricerca di efficienza del sistema di *enforcement* anche attraverso la facilitazione dell'azione da parte dei privati, che passa anche per l'evitare che l'accertamento sulla condotta sia rimesso in discussione da parte del giudice del contenzioso risarcitorio.

Su questa prospettiva sembrano basarsi le argomentazioni a supporto del carattere vincolante che fanno leva sulle ragioni di economia processuale che giustificerebbero l'attribuzione di carattere vincolante, nel giudizio civile,

²³³ A. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 117 ss.

²³⁴ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 302.

anche le decisioni delle autorità nazionali²³⁵.

Inquadrandolo specificamente la portata vincolante delle decisioni in parola tra gli strumenti di cooperazione tra sfera pubblica e corti nazionali, si rileva infatti che la norma di cui all'art. 9 della Direttiva mira sia all'aumento di efficienza del complessivo sistema di *enforcement* delle norme a tutela della concorrenza che consegue al divieto di duplicazione dell'accertamento dell'illecito, sia all'alleggerimento dell'onere della prova del fatto costitutivo della pretesa dell'attore nelle azioni *follow on*²³⁶.

Il perseguimento dei due obiettivi è strettamente legato a ragioni di economia processuale, essendo teso, da un lato, ad evitare il doppio accertamento dell'illecito e un eventuale contrasto giurisprudenziale nonché, dall'altro lato, ad agevolare l'azione dell'attore che usufruisce, almeno nelle azioni *follow on*, di una base di partenza più sicura, quantomeno con riferimento alla prova della condotta illecita.

Posto quanto sopra, tra le ragioni ricercate a fondamento del carattere vincolante delle decisioni definitive delle autorità nazionali appaiono preferibili quelle legate al tentativo di creare un sistema più efficiente delle azioni risarcitorie, piuttosto che quelle fondate sul mero parallelismo con la regolazione europea dell'efficacia delle decisioni della Commissione. E ciò sebbene, come già rilevato, appaia comunque in certa misura condivisibile il richiamo alla garanzia del primato del diritto comunitario anche in relazione alle decisioni delle autorità nazionali, in virtù dell'esistenza di un sistema diffuso e decentrato di applicazione delle regole di concorrenza, per cui risulterebbe senz'altro miope la visione di una netta diversità di presupposti operativi dell'azione delle autorità nazionali rispetto all'azione della Commissione.

²³⁵ G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il Public e il Private Enforcement alla luce della direttiva 2014/104 UE, Bruxelles*, Agosto 2015, disponibile su www.antitrustitalia.it

²³⁶ *Ibidem*, 3

2.2.2. Problemi di carattere costituzionale: assoggettamento dei giudici e garanzia del diritto di difesa.

Se le ragioni di coordinamento e rafforzamento dell'azione privata (e, nel complesso, di economia processuale) in presenza di un accertamento compiuto dall'autorità appaiono quindi giustificare l'attribuzione di efficacia vincolante compiuta dalla Direttiva, così permettendo di rintracciarne un fondamento giuridico, residuano però alcuni aspetti critici.

Il profilo che a ben vedere solleva maggiori preoccupazioni è quello relativo all'assoggettamento del giudice civile all'accertamento svolto dall'autorità amministrativa nazionale, riproponendosi il tema della non indipendenza del giudicato civile rispetto all'accertamento amministrativo, che aveva già scatenato le critiche all'art. 16 del Regolamento 1/2003 con riferimento all'obbligo di non contraddizione alle decisioni della Commissione.

Se le giustificazioni trovate con riferimento all'art. 16 del Regolamento²³⁷ hanno forse sgombrato il campo dai dubbi di costituzionalità delle relative norme, non può negarsi che con riferimento all'assoggettamento dei giudici all'accertamento delle singole autorità garanti degli Stati membri qualche sospetto di incostituzionalità in più sorga, soprattutto in virtù della sostanziale impossibilità per il giudice civile di intervenire sulle valutazioni dei fatti svolte dall'autorità garante.

Come è stato osservato²³⁸, infatti, ove il giudice civile dovesse dubitare della correttezza dell'accertamento svolto dall'autorità garante, non avrebbe altro mezzo se non quello di ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, non essendo possibile a livello nazionale sottoporre tale accertamento ad un doppio scrutinio (in sede amministrativa, attraverso l'impugnazione del provvedimento, e in sede civile nel giudizio risarcitorio). Sennonché il giudizio in sede di rinvio incontra comunque degli importanti limiti e, segnatamente, la possibilità della Corte di pronunciarsi esclusivamente sulla corretta applicazione del diritto europeo da parte dell'autorità nazionale, ma in alcun modo potrà il

²³⁷ Fondate essenzialmente, come detto, sul primato del diritto comunitario e sul ruolo attribuito alla Commissione.

²³⁸ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 245.

giudice comunitario pronunciarsi sulle valutazioni in fatto svolte dal garante. Valutazioni che, come è evidente, rivestono estrema rilevanza – si direbbe determinante – nel giudizio risarcitorio²³⁹.

Per tali ragioni, con riferimento alle azioni *follow on*, non può biasimarsi chi abbia intravisto nel carattere vincolante l'introduzione di una sorta di pregiudiziale amministrativa, sebbene, come si avrà modo di spiegare in seguito, nel trattare di pregiudizialità amministrativa si sia in realtà fatta confusione tra piani distinti²⁴⁰.

In realtà, l'assoggettamento del giudice civile sembra limitato soltanto ad alcuni aspetti, segnatamente, ai soli fatti che formano la condotta illecita, essendo poi il giudice del tutto libero di valutare tutta una serie di elementi la cui prova non è resa necessariamente dal provvedimento dell'autorità. Il riferimento è al nesso di causalità, così come alla dimostrazione del danno e alla sua quantificazione²⁴¹.

La Direttiva, inoltre, pone un limite sostanziale alla tipologia di decisioni che possono essere considerate vincolanti, attribuendo tale efficacia soltanto alle decisioni definitive, essendo tali quelle per quali sia già stato esperito ogni grado di ricorso interno (con impugnazione del provvedimento) o per le quali gli strumenti di impugnazione non siano stati sfruttati dall'impresa sanzionata entro i termini procedurali previsti per l'impugnazione.

Questo aspetto non ha solo il pregio di chiarire la tipologia di decisioni che rivestono portata vincolante ma introduce, a ben vedere, un elemento di equilibrio che permette di ritenere in fin dei conti salvaguardata l'indipendenza del potere giudiziario, in quanto l'effetto vincolante dell'accertamento potrà spiegarsi soltanto in riferimento a decisioni che siano già state sottoposte al vaglio di un organo giurisdizionale, salvo che ciò non sia mancato per volontà

²³⁹ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 307.

²⁴⁰ Sul punto di rinvia al capitolo III in tema di pregiudizialità amministrativa dell'accertamento dell'autorità rispetto all'avvio dell'azione risarcitoria. Al momento si rileva che di pregiudizialità ha ragione di discutersi soltanto laddove l'accertamento sia considerato condizione dell'azione. A ben vedere, però, non è questo ciò che prevede la Direttiva.

²⁴¹ Anche su questo punto si rinvia al capitolo III in cui, nell'analizzare l'impatto della Direttiva a livello nazionale, si vedrà in dettaglio con riferimento a quali aspetti potrà dirsi vincolante il provvedimento dell'autorità.

delle stesse parti²⁴².

Oltre alla problematica dell'assoggettamento del giudice civile all'azione dell'amministrazione, si pone la questione della congruità del diritto di difesa assicurato all'impresa nel procedimento amministrativo rispetto al diritto di difesa di cui lo stesso godrebbe in sede civile ove il provvedimento non fosse considerato vincolante.

Il tema si è posto con riferimento al diritto di difesa come sancito nelle principali convenzioni sui diritti fondamentali della persona e del cittadino²⁴³, le quali espressamente includono, tra i diritti fondamentali, il diritto di ciascun cittadino a che un giudice indipendente e imparziale, costituito per legge, esamini equamente ogni questione riguardante i suoi diritti di carattere civile. Ebbene, laddove il giudice civile risulti vincolato, nel proprio accertamento, a quanto esaminato ed accertato da un'autorità amministrativa che, nella maggior parte dei Paesi, non fa parte del corpo giurisdizionale, la garanzia dell'equo processo per il convenuto sembrerebbe a rischio²⁴⁴. Ciò anche in considerazione del fatto che il procedimento amministrativo condotto dall'autorità di concorrenza ha carattere tendenzialmente inquisitorio, allontanandosi dal tipico sistema accusatorio che invece caratterizza il procedimento civile²⁴⁵.

Con riferimento a tale nodo critico in tema di diritto di difesa, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, competente a giudicare delle violazioni della CEDU, sembrerebbe aver trovato la soluzione al problema dello squilibrio del diritto di difesa in sede amministrativa, laddove ha visto nella possibilità di appello in sede giurisdizionale avverso i provvedimenti di un'autorità nazionale di concorrenza, il rimedio ai deficit o carenze di garanzie procedurali che il

²⁴² E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 248.

²⁴³ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, Roma, 4 novembre 1950 (ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848) e Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000, nuovamente proclamata nel 2007 a seguito di modifiche e resa giuridicamente vincolante il 1 dicembre 2009.

²⁴⁴ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 313

²⁴⁵ L. Panzani, *Binding effect of decisions adopted by national competition authorities*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2015, n. 2, 98 ss.

procedimento amministrativo potrebbe presentare²⁴⁶.

Nel caso *Menarini*²⁴⁷, la Corte, proprio con riferimento ai procedimenti condotti dall'Agcm, ha sottolineato come un'autorità di questa tipologia debba “[...] *subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena*”, ovvero un giudice dotato del “[...] *potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione resa*” e che tale giudice “[...] *deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui è adito*”, evidenziando come la possibilità di appello avverso le decisioni dell'Autorità presso un organo giurisdizionale davanti al quale siano garantiti i diritti di difesa, così come la pubblicità delle udienze, costituisca di per sé rimedio al presunto deficit di difesa che connoterebbe il procedimento amministrativo svolto dall'Agcm.

Nonostante quanto rilevato dalla Corte, sembra tuttavia difficile raggiungere una conclusione certa sul fatto che l'utilizzo delle decisioni dell'Agcm nel processo civile sia privo di effetti negativi sotto il profilo della garanzia dei diritti di difesa dell'impresa convenuta in sede risarcitoria.

Come è stato rilevato, infatti, occorre innanzitutto considerare quale sia l'effettiva estensione dello scrutinio e revisione condotti da parte dei giudici amministrativi sulle decisioni dell'Agcm impugnate. A questo riguardo occorre rilevare che, come è noto, nel nostro ordinamento è ormai consolidato l'orientamento per cui è garantita una revisione “completa” soltanto sotto il profilo dell'irrogazione della sanzione, mentre si ha soltanto una forma di sindacato c.d. “debole” sull'accertamento tecnico compiuto dall'Autorità, sostanzialmente rinunciando le corti amministrative alla possibilità di sostituirsi o comunque ad intervenire nella valutazione degli aspetti tecnici della decisione²⁴⁸.

In particolare, secondo quanto ritenuto dal Tar Lazio e dal Consiglio di Stato, i profili tecnici su cui incidono valutazioni ed apprezzamenti che

²⁴⁶ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 313.

²⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 novembre 2011, n. 43509/08, *Menarini*.

²⁴⁸ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 314.

presentano un “*oggettivo margine di opinabilità*”, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell’accertamento di intese restrittive della concorrenza, sono sindacabili in sede giurisdizionale soltanto sotto il profilo della ragionevolezza e logicità²⁴⁹.

Avviso contrario sembrava intravedersi in una decisione della Corte di Cassazione, che aveva evidenziato la necessità di approfondimento anche dei profili tecnici da parte dei giudici amministrativi che dispongono di ampi mezzi istruttori. Tuttavia rimarcando l’aspetto del margine di opinabilità di alcuni apprezzamenti e giudizi tecnici, sui quali anche la Corte afferma che il giudice non intervenire sui presupposti di fatto involgenti tali profili tecnici, potendo comunque vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l’adeguatezza della motivazione con cui l’amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell’apprezzamento da essa compiuto²⁵⁰.

Essendo chiaro quindi che, almeno con riferimento agli aspetti tecnici della decisione, il sindacato del giudice amministrativo sarà tendenzialmente limitato e “debole” – potendosi peraltro ritenere che in tali decisioni i margini di opinabilità sembrano lungi dal risultare relegati a pochi e irrilevanti aspetti – non sembra totalmente opportuno affermare, almeno con riferimento al sistema italiano, come ha invece fatto la Corte europea, che il sindacato giurisdizionale sulle decisioni dell’Autorità sia idoneo a bilanciare eventuali deficit di garanzia della difesa presenti nel giudizio istruttorio²⁵¹.

Se si concorda con l’opinione per cui l’impugnazione del provvedimento e il suo scrutinio non costituiscono sufficiente garanzia e rimedio, deve ritenersi che, ove poi la decisione venga utilizzata in un giudizio risarcitorio con efficacia vincolante, la difesa dell’impresa convenuta risulti svilita, quantomeno con riferimento alla prova della condotta. Si farebbe discendere, insomma, dalle

²⁴⁹ Per una ricostruzione sul sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Agcm, si veda A. Leoni, *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell’AGCM in materia antitrust*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013, 325 ss.

²⁵⁰ Cass. civ., SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013.

²⁵¹ L. Panzani, *Binding effect of decisions adopted by national competition authorities*, cit., 101.

carenze sotto il profilo della garanzia della difesa in sede amministrativa, la sostanziale impossibilità per l'impresa convenuta di difendersi circa i fatti a fondamento della condotta, in quanto non controvertibili in sede civile.

A parte ciò, non può sfuggire l'ulteriore aspetto problematico comportato dal fatto che la Direttiva parli in generale di decisioni definitive: trattandosi di decisioni non solo impugnate e confermate ma anche eventualmente non impugnate nei termini e dunque consolidatesi per l'inerzia delle parti, in questo secondo caso nemmeno il (pur debole) sindacato giurisdizionale sarebbe esercitato sul provvedimento, con evidenti ricadute in termini di garanzia del diritto di difesa di cui sopra.

Il problema, che pare di primario rilievo per la garanzia della parità delle armi delle parti del giudizio, è lungi dall'essere risolto e, si ritiene, potrà portare ad una riproposizione del tema anche con riferimento al rispetto delle convenzioni a tutela dei diritti fondamentali.

2.2.3. L'ambito di operatività dell'art. 9 della Direttiva

Posto il breve *excursus* di alcune delle principali problematiche di carattere generale e costituzionale sollevate dall'attribuzione di efficacia vincolante alle decisioni delle autorità di concorrenza nei giudizi risarcitori, mette conto analizzare più da vicino il contenuto dell'art. 9 per comprenderne meglio l'ambito di operatività.

L'articolo 9 della Direttiva stabilisce che “[g]li Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza”.

Dalla semplice lettura della disposizione si rileva innanzitutto che la portata vincolante è riservata soltanto ad alcuni tipi di decisione: soltanto accertamenti positivi e divenuti definitivi potranno spiegare efficacia nel giudizio civile.

Sul primo aspetto, si riscontra una sostanziale differenza rispetto a quanto

previsto dall'art. 16 Reg. 1/2003: quest'ultimo attribuisce efficacia vincolante a qualsiasi tipo di accertamento compiuto dalla Commissione, fatta eccezione per le decisioni con cui sono accettati gli impegni eventualmente presentati dalle imprese.

Al contrario, l'art. 9 sembra implicitamente escludere che possa attribuirsi pari efficacia a decisioni diverse da quelle che accertano l'infrazione e, segnatamente, alle misure cautelari e alle decisioni di accettazione di impegni. Rileva, a questo proposito osservare che, comunque, tale esclusione non potrà avere un impatto significativo in quanto le autorità nazionali non sono competenti ad effettuare accertamenti di carattere negativo²⁵², sicché, in definitiva, risultano escluse dal novero dei provvedimenti vincolanti soltanto le decisioni di accettazione di impegni (come già avviene per la Commissione) e le misure cautelari.

A parte ciò, occorre rilevare che, a differenza di quanto previsto sul punto nella Proposta di Direttiva²⁵³, l'art. 9 del documento approvato non vieta in termini generici l'assunzione di "decisioni in contrasto", lasciando intendere, unitamente alla lettera dell'articolo che fa implicitamente riferimento agli accertamenti positivi dell'esistenza dell'illecito, che l'effetto vincolante vada limitato a questi ultimi, essendo escluso qualsiasi effetto vincolante delle decisioni negative sull'esistenza della condotta²⁵⁴.

L'articolo 9 della Direttiva chiarisce inoltre che la portata vincolante è limitata alle decisioni che abbiano assunto carattere definitivo, intendendosi tale carattere riferito alla decisione che non sia più soggetta ad impugnazione.

²⁵² L'art. 5 del Reg. 1/2003, come anche rilevato nello SWP che accompagna la Direttiva, non ricomprende gli accertamenti negativi nel novero delle misure che le autorità nazionali possono emanare in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (come confermato anche dalla giurisprudenza, tra cui Corte di giustizia, 3 maggio 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, in Racc., 2011, I-3055).

²⁵³ Secondo il quale: *"Quando i giudici nazionali si pronunciano, nel contesto di azioni per il risarcimento del danno, ai sensi dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza, su accordi, decisioni e pratiche che sono già oggetto di una decisione definitiva relativa ad un'infrazione adottata da un'autorità nazionale garante della concorrenza o da un'istanza di ricorso, gli Stati membri provvedono affinché tali giurisdizioni non possano prendere decisioni che siano in contrasto con tale constatazione di un'infrazione"*.

²⁵⁴ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, intervento al XII Convegno Antitrust su *"Private enforcement e risarcimento dei danni dopo la Direttiva 2014/104/UE"*, Treviso 19-20 maggio 2016.

Normalmente si tratterà quindi di decisioni impugnate e confermate in sede giurisdizionale o di decisioni non impugnate e non più impugnabili per decorso dei termini.

Anche sotto questo aspetto si registra una differenza rispetto a quanto previsto con riferimento alle decisioni della Commissione, che ai sensi del Reg. 1/2003 hanno efficacia vincolante nei giudizi civili anche in pendenza del termine per l'impugnazione presso le corti europee.

La circostanza che si riconosca efficacia vincolante soltanto alle decisioni definitive delle autorità nazionali appare opportuna. Ciò infatti elimina la scomoda circostanza, per il giudice civile, di svolgere un esame vincolato da una decisione che potrebbe essere ribaltata in sede di impugnazione, con l'effetto di far cadere, magari a posteriori rispetto al giudizio civile, la ritenuta condotta illecita, creando un non irrilevante rischio di contrasto tra giudicati.

Inoltre, tale previsione sembra introdurre un elemento di equilibrio rispetto alla stessa portata vincolante delle decisioni, nella misura in cui garantisce che, almeno sull'esistenza della condotta, al convenuto sia reso possibile esercitare il proprio diritto di difesa impugnando il provvedimento sanzionatorio senza che nel frattempo sia considerato *tout court* responsabile della violazione, stante il fatto che il provvedimento non avrebbe ancora carattere definitivo²⁵⁵.

La disposizione della Direttiva chiarisce inoltre che il carattere vincolante va attribuito alle decisioni assunte dalle autorità nazionali tanto in base al diritto europeo – e, quindi, in base agli articoli 101 e 102 TFUE – quanto in base al diritto nazionale.

Tale passaggio della disposizione, di per sé chiaro, appare però problematico se analizzato alla luce delle definizioni di cui all'art. 2 della Direttiva e con riferimento alla normativa italiana, la cui lettura in combinato disposto con l'art. 9 e con le predette definizioni sembra suggerire l'esclusione dall'ambito di applicazione del medesimo articolo delle decisioni nazionali fondate esclusivamente sulla normativa nazionale, in ragione del fatto che la

²⁵⁵ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 305.

normativa italiana non contempla l'ipotesi di applicazione "in parallelo" degli articoli 2 e 3 della L. 287/90 e degli articoli 101 e 102 TFUE²⁵⁶.

L'arginamento dei rischi di tale possibile lacuna sarà affidata al legislatore nazionale che opererà la trasposizione della Direttiva, a cui quindi competerà, tra le altre cose, fornire un chiarimento sul punto, conferendo espressamente carattere vincolante alle decisioni dell'autorità nazionale fondate esclusivamente sul diritto nazionale che, in ipotesi (ed è il caso dell'Italia) escluda l'applicazione parallela di norme nazionali ed europee.

Sul punto appare peraltro fare già chiarezza la legge di delegazione europea, il cui art. 2, nel dettare i principi per il recepimento della Direttiva, espressamente indica la necessità di apportare modifiche alla L. 287/90, al fine di consentire l'applicazione anche parallela in relazione a uno stesso caso, degli articoli 101 e 102 del TFUE e degli articoli 2 e 3 della stessa Legge 287²⁵⁷.

²⁵⁶ *Ibidem*, 304. L'Autore osserva, con riferimento alla proposta di Direttiva (ma le disposizioni di riferimento sono rimaste immutate nel testo finale della Direttiva stessa) come la circostanza della possibile esclusione della portata vincolante delle decisioni fondate esclusivamente sul diritto nazionale non sia espressamente prevista dall'articolo 9 della proposta (e della Direttiva), ma discenda dalla lettura delle definizioni di cui all'art. 2 della Direttiva (ex art. 4 della Proposta) in combinato disposto con le disposizioni della Legge 287/90. Le definizioni prevedono da un lato che per « decisione relativa ad un'infrazione » (art. 2, punto 10) si deve intendere la *“decisione di un'autorità garante della concorrenza o di un'istanza di ricorso che constata una violazione del diritto della concorrenza”*; a sua volta, per « violazione del diritto della concorrenza » (art. 2, punto 1) deve intendersi *“una violazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato o del diritto nazionale della concorrenza ai sensi del paragrafo 2”*; e infine che per « diritto nazionale della concorrenza » (art. 2, punto 3) si intendono *“le disposizioni di diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del trattato e che sono applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003”*. Il problema consiste proprio nel richiamo all'applicazione *“nello stesso caso e parallelamente”* delle norme europee e nazionali, che non potrà riguardare le decisioni dell'Agcm, in quanto la normativa italiana esclude l'applicazione in parallelo con quella comunitaria. Ai sensi dell'art. 1 della stessa Legge, gli articoli 101 e 102 TFUE e le norme antitrust di diritto italiano sono infatti mutualmente escludenti, l'applicazione dei primi impedendo l'applicazione delle seconde da parte dell'Agcm.

²⁵⁷ Art. 2, comma 1, lettera a) della Legge di delegazione europea del 2014. Nel medesimo intento, peraltro, la lettera b) della citata disposizione prevede di *“estendere l'applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2014/104/UE alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi dei predetti articoli 2 e 3 applicati parallelamente agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea”*.

2.2.4. Il funzionamento della portata vincolante del provvedimento sanzionatorio nel processo.

I contenuti dell'art. 9 sin qui evidenziati definiscono un quadro della portata vincolante delle decisioni delle autorità nazionali che sembrerebbe teso ad ottenere gli obiettivi, già richiamati, di economia processuale nelle azioni *follow on*, soprattutto con riguardo all'onere probatorio imposto sull'attore.

Per meglio comprenderne gli effetti, occorre approfondire il funzionamento della portata vincolante delle decisioni delle autorità all'interno del processo.

E' in primo luogo necessario rilevare che la portata vincolante è limitata all'accertamento degli elementi costitutivi della condotta illecita e, quindi, principalmente all'individuazione del mercato rilevante, all'esistenza stessa della condotta anticoncorrenziale e all'imputabilità della condotta all'impresa coinvolta²⁵⁸.

Sebbene, come si vedrà anche in seguito a proposito delle azioni *follow on* nell'esperienza italiana, la portata vincolante delle decisioni delle autorità sia piena di chiaroscuri che non permettono con estrema certezza di delimitarne i confini (sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo), in realtà la delimitazione soltanto agli elementi costitutivi della condotta è una necessità.

Ciò sia in ragione di quanto espressamente disposto dalla Direttiva (che limita l'effetto vincolante al dispositivo della decisione), sia avendo riguardo alle implicazioni materiali della trasposizione della decisione amministrativa nel processo civile.

Il procedimento amministrativo e il giudizio risarcitorio hanno oggetto ed estensione diversi, essendo l'uno (procedimento amministrativo) teso ad accertare la condotta, e l'altro (il giudizio risarcitorio) volto a comprendere se da quella condotta, pur data per esistente, sia poi effettivamente derivato il danno lamentato dall'attore al fine di liquidare la somma da questi richiesta; a comprendere, insomma, se oltre all'evento antigiusuridico accertato esista un

²⁵⁸ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 306.

evento dannoso nel caso concreto portato all'attenzione del giudice²⁵⁹.

Da questo punto di vista, è quindi comprensibile che la portata vincolante del provvedimento amministrativo nel giudizio risarcitorio sia ridotta a parte del contenuto dell'accertamento e che, quindi, l'attore potrà giovare di questo soltanto al fine di provare la condotta, ma non per provare tutto il resto e, segnatamente, il danno subito e il nesso di causalità tra condotta e danno.

In tale limitazione si riscontra peraltro un elemento di continuità con il disposto del Reg. 1/2003 per le decisioni della Commissione: l'interpretazione fornita con riferimento ai limiti oggettivi della portata vincolante delle decisioni della Commissione conferma infatti che tali decisioni possono rilevare nel giudizio risarcitorio, risultando vincolanti, soltanto per i fatti posti a base dell'accertamento della Commissione e per la loro qualificazione giuridica e, quindi, solo con riferimento allo specifico oggetto dell'accertamento amministrativo²⁶⁰. Non potrà invece estendersi la portata vincolante a fatti simili ma che non abbiano costituito specifico oggetto dell'accertamento²⁶¹.

Questo aspetto è di cruciale importanza in quanto chiarisce che sull'attore, nelle azioni *follow on*, per le quali la Direttiva è, in generale, ritenuta strumento facilitante e possibilmente foriero di una smisurata moltiplicazione dei giudizi risarcitori, continua pur sempre a gravare l'onere della prova di aspetti non secondari e altrettanto difficili da dimostrare, segnatamente il nesso causale e lo stesso danno lamentato.

Infatti, come può evincersi dalla Direttiva e come si vedrà anche con riferimento alla prassi decisionale delle corti italiane, sebbene le spalle dell'attore vengano sgravate dal peso del difficile onere probatorio sulla condotta, in ragione degli elementi non coperti dall'efficacia vincolante del provvedimento non può ritenersi, che l'attore abbia gioco del tutto facile nell'azione risarcitoria, né che la possibilità di difesa dell'impresa convenuta venga meno.

Il riferimento principale, è, come detto, quello al nesso di causalità tra condotta e danno. La Direttiva sul punto chiarisce, all'interno della disposizione

²⁵⁹ *Ibidem*, 305.

²⁶⁰ Corte di Giustizia, *Masterfoods*, cit., par. 51, 52, 60.

²⁶¹ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 247.

riguardante la quantificazione del danno (comma 2 dell'articolo 17), che nel caso di danno da cartello si presume che questo abbia causato un danno, istituendo quindi una presunzione (relativa) della sussistenza del nesso, ammettendo comunque la prova contraria da parte dell'impresa convenuta.

Tale previsione, nel riferirsi esplicitamente al danno da cartello, distingue quindi implicitamente il caso del danno da abuso di posizione dominante. La Commissione spiega la presunzione relativa al danno da cartello riconducendone il fondamento a esigenze di riduzione dell'asimmetria informativa e di garanzia dell'efficacia delle azioni risarcitorie, evidenziando l'opportunità di limitare la presunzione ai soli cartelli in ragione del carattere segreto che di norma li connota causando l'asimmetria informativa sulla causazione del danno in capo al soggetto danneggiato²⁶².

La spiegazione fornita dalla Commissione appare tuttavia poco chiara e meriterebbe un approfondimento, se non altro per far comprendere seriamente le ragioni che giustificano tale estrema generalizzazione con riferimento al danno da cartello e, dall'altro lato, per quale motivo in un caso di danno da abuso di posizione dominante non possa invece presumersi la sussistenza del nesso di causalità.

Sembrerebbe più opportuno fare delle distinzioni non tanto – o non solo – basate sulla tipologia di illecito e sull'asimmetria formativa ad esso relativa, quanto piuttosto sul rapporto che di norma sta alla base dell'una e della altra tipologia di danno, basandosi su una valutazione caso per caso che consideri attentamente le qualità e posizione della vittima e la sua capacità di riconoscere la condotta e la riconducibilità ad essa del danno patito.

La previsione di una presunzione relativa andrebbe in sostanza maggiormente circoscritta e precisamente riferita a fattispecie in cui, in ragione

²⁶² Al considerando n. 47 della Direttiva la Commissione spiega che: *“Per rimediare all'asimmetria informativa e ad alcune delle difficoltà che presenta la quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza e per garantire l'efficacia delle domande di risarcimento, è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno. Gli autori della violazione dovrebbero avere il diritto di confutare questa presunzione. È opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito”*.

delle qualità dell'attore e delle dinamiche di attuazione della condotta, potrebbe presumersi la sussistenza del predetto collegamento causale²⁶³.

Tale precisazione, tuttavia, non è compito che ci si può attendere venga affidato ad una Direttiva, il cui principale obiettivo è fornire linee direttrici tese ad armonizzare la normativa degli Stati membri. Al contrario, con maggior probabilità, ci si potrà attendere il chiarimento di questo aspetto dai legislatori e dalle corti nazionali che, come si vedrà in seguito con riferimento all'esperienza italiana, hanno peraltro già avuto modo di analizzare il tema assumendo posizioni di fatto aderenti a quella adottata dalla Direttiva e sulla cui utilità e legittimità sembrano potersi esprimere numerose riserve²⁶⁴.

2.1.2 Il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria: criteri generali per la ricerca di uniformità

Altro elemento di rilievo introdotto dalla Direttiva, che è opportuno esaminare ai fini dell'analisi dell'interazione tra *public* e *private enforcement* nella nuova regolazione delle azioni risarcitorie, è rappresentato dalle norme che regolano il termine di prescrizione dell'azione di danno.

Il tema della prescrizione del diritto del soggetto danneggiato di agire in giudizio ai fini del ristoro del danno subito è uno di degli elementi che maggiormente incide, nei rapporti tra privati, sull'applicazione delle regole di concorrenza²⁶⁵.

Il meccanismo della prescrizione, e la sua regolazione, rappresenta infatti un limite di non poco rilievo all'istaurazione di azioni risarcitorie alquanto complesse, quali sono quelle relative ai danni da illecito concorrenziale.

²⁶³ Si potrebbe, ad esempio, fare espresso riferimento a cartelli che fissano prezzi, nonché al soggetto che richiede il danno specificandone la natura (es. consumatore). Anche in presenza di queste precisazioni, tuttavia, e come si avrà modo di specificare ampiamente nel Capitolo III, appare dubbia la legittimità dell'introduzione di presunzioni circa la sussistenza del nesso causale, pur di carattere relativo e, quindi, in astratto sovvertibile dall'impresa convenuta, ritenendosi più opportuna una analisi caso per caso. E' vero, tuttavia, che almeno con riferimento ai consumatori la presunzione del nesso eziologico contribuisce a facilitare l'esercizio del diritto risarcitorio.

²⁶⁴ Sul punto si rimanda più diffusamente al capitolo III in tema di onere probatorio delle parti.

²⁶⁵ B. Nascimbene, F. Rossi dal Pozzo, *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, Giuffrè, 2009.

Non solo, il tema della prescrizione dell'azione interessa direttamente i rapporti tra *public* e *private enforcement*, nella misura in cui si attribuisce nelle azioni follow on una qualche rilevanza all'istruttoria e al provvedimento dell'Agcm anche in relazione alla prescrizione dell'azione. Ciò è quanto avviene e, a ben vedere, ove così non fosse, l'utilità del provvedimento e dell'istruttoria per il danneggiato verrebbe sostanzialmente meno, con il rischio peraltro che la vittima si trovi a non poter più utilizzare il rimedio risarcitorio in quanto già "scaduto" all'indomani della decisione sanzionatoria dell'autorità garante²⁶⁶.

Sinora il tema è stato regolato unicamente dalla legislazione nazionale, stante l'avviso giurisprudenziale comunitario di affidare la regolazione di tale aspetto ai singoli Stati membri, in assenza di regole condivise. Ciò ha comportato non solo la mancanza di uniformità – in ragione delle sensibili differenze tra i vari Stati nella regolazione concreta del termine di prescrizione – ma anche il sorgere di una serie di dubbi in relazione ad aspetti che necessitano di punti fermi se non altro per esigenze di certezza del diritto.

Sono due i principali temi che si sono posti: da un lato, l'individuazione di un periodo di prescrizione (come arco temporale) congruo rispetto al danno e al correlato diritto al risarcimento; dall'altro lato, l'individuazione del momento di decorrenza (*dies a quo*) del predetto termine con sufficiente certezza e chiarezza.

Con riferimento al primo punto, si tratta di trovare un equilibrio tra l'esigenza di non compromettere l'effettività del sistema di *private enforcement* introducendo termini troppo brevi per l'esercizio dell'azione, che priverebbero il soggetto danneggiato di effettiva tutela, e l'esigenza di non esporre il danneggiante al rischio di un'azione "perpetua"²⁶⁷.

Su questo punto, l'*Impact Study* che accompagnava il Libro Bianco suggeriva l'introduzione, in un futuro atto legislativo, di una norma che prevedesse per gli Stati membri l'obbligo di introdurre un durata del termine di prescrizione non inferiore ai cinque anni. Termine che risulta coerente con la

²⁶⁶ B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, intervento presentato al convegno *Il libro bianco della Commissione Europea in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, Università degli Studi di Milano, 17 giugno 2008.

²⁶⁷ B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, intervento presentato al convegno *Il libro bianco della Commissione Europea in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, cit.

prassi della maggior parte delle previsioni adottate dai vari ordinamenti dell'Unione in tema di prescrizione dell'azione risarcitoria.

Tale previsione è stata accolta nella Direttiva, il cui articolo 10 prevede espressamente che *“Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni”*.

Si sceglie quindi di non fissare un preciso termine, bensì di stabilire un limite minimo, a salvaguardia dell'esigenza di rispettare il principio di equivalenza, garantendo che le azioni di risarcimento per danni antitrust non godano di un trattamento sfavorevole, sotto questo aspetto, rispetto ad eventuali analoghi ricorsi di rilevanza interna²⁶⁸.

Tale aspetto, per la situazione esistente (negli Stati membri) è in realtà, dei due evidenziati, il meno problematico, in quanto come già detto molti Paesi già prevedono un termine di prescrizione coerente con quanto previsto dalla Direttiva.

L'aspetto più delicato è, invece, quello dell'esatta individuazione del momento di decorrenza del termine di prescrizione, ossia del *dies a quo*.

Sul punto, già il Libro Bianco assumeva una posizione volta a non definire un preciso termine iniziale della prescrizione, ma ad introdurre un meccanismo di individuazione dello stesso che prendeva atto delle difficoltà delle vittime di danni antitrust, soprattutto a fronte di condotte prolungate e/o reiterate.

In quest'ottica, il Libro Bianco suggeriva che in caso di infrazione continuata o ripetuta il termine dovesse iniziare a decorrere solo ad infrazione cessata e, comunque, non prima che risulti ragionevolmente presumibile che la vittima sia venuta a conoscenza dell'infrazione stessa e del pregiudizio subito in conseguenza di essa.

Così di fatto anche la Direttiva, il cui articolo 10 prevede che: (i) il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata e, comunque, (ii) non prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza della condotta, dell'illiceità

²⁶⁸ *Ibidem*.

della condotta, del pregiudizio ad esso derivante da tale condotta e dell'identità del danneggiante.

Sia il Libro Bianco che la Direttiva, sul punto, come in riferimento alla previsione della durata del termine di prescrizione, non fanno che richiamare i principi già stabiliti dalla Corte di Giustizia nei già citati casi *Courage* e *Manfredi*²⁶⁹, con riferimento all'applicazione del principio di equivalenza di tutele e alla necessità di non ostacolare o rendere più difficoltoso per il privato l'esercizio dell'azione.

La Commissione ha quindi ritenuto che l'osservanza dei principi stabiliti in via giurisprudenziale possa essere garantita ancorando il *dies a quo* all'elemento della conoscenza, o ragionevolmente possibile conoscenza da parte della vittima dell'illecito, del danno, della sua derivazione dalla condotta e dell'identità dell'*infringer*.

Lasciando al successivo capitolo l'analisi dettagliata di come l'individuazione del termine di prescrizione sia stata trattata in via sostanziale dalle corti nazionali e, in special modo, dalla giurisprudenza italiana, pare opportuno svolgere, per il momento, delle osservazioni generali su quanto previsto dalla stessa Direttiva.

Ebbene, un primo dato che può riscontrarsi è che, come risulta anche abbastanza ovvio, la Commissione non si è spinta ad individuare un preciso momento di decorrenza, bensì un criterio per la sua individuazione che lascia, di fatto, alla singola corte chiamata a giudicare l'individuazione di tale termine sulla base degli elementi allegati e addotti dalle parti nel processo.

Tale soluzione può risultare criticabile in quanto lascia spazio all'ambiguità dell'individuazione del *dies a quo*, nella misura in cui essa non individua termini di decorrenza certi, promuovendo al contrario l'analisi *case-by-case*, introducendo peraltro una presunzione di dubbia opportunità con riferimento al momento della cessazione dell'illecito²⁷⁰.

²⁶⁹ La Corte di Giustizia, che aveva affermato i principi di equivalenza ed effettività già con la sentenza *Palmisani* (10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, p. I- 4025), ha rinviato agli stessi principi affermati, proprio in materia di concorrenza, nella già citata sentenza *Courage*.

²⁷⁰ C'è chi vedeva, già con riferimento al Libro Bianco, un chiaro sbilanciamento della normativa a favore dell'attore, in specie dell'attore-consumatore, per il caso della previsione della decorrenza della prescrizione dal momento della cessazione della condotta qualificabile

Con ciò, potrebbe dirsi, la Direttiva, lungi dal fare chiarezza, rischia di creare maggiore confusione. Potrebbe inoltre dirsi messa a rischio la difesa dell'impresa convenuta, che con difficoltà può calcolare *a priori* il tempo dell'esposizione all'azione risarcitoria.

Su questi due punti possono però svolgersi altrettante osservazioni di segno opposto.

Innanzitutto, l'individuazione di un preciso momento per la decorrenza del termine di prescrizione sembra poter essere affidato, quantomeno a livello di normativa comunitaria, soltanto al suggerimento di un criterio di individuazione di tale momento, e non all'indicazione di un preciso *dies a quo*.

Ciò essenzialmente in ragione del fatto che necessariamente deve tenersi conto delle peculiarità del caso – che saranno analizzate dal giudice della causa – che incidono sulla “instaurazione” dell'evento dannoso.

Non può, peraltro, non notarsi che la scelta operata dalla Commissione null'altro fa se non, di fatto, richiamare un principio – quello dell'ancoraggio al profilo soggettivo, cioè al momento della conoscenza del danno da parte della vittima – che è presente nella tradizione giuridica di molti Stati membri e, comunque, dei principali, sebbene con diverse e spesso notevoli differenze²⁷¹.

come illecito continuato o reiterato, in ragione dell'esistenza di una sorta di presunzione della conoscenza dell'illecito solo da tale momento, con la sostanziale impossibilità per l'impresa di dimostrare che la conoscenza ha avuto decorso, al contrario, da un momento precedente (S. Iannello, *La violazione delle regole di concorrenza ed il risarcimento del danno subito dai consumatori*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Macerata, 2012). Per quanto di dirà appresso, si ritiene di condividere tale impostazione, individuando in tale punto un chiaro elemento di *favor* per l'attore, in danno del diritto di difesa dell'impresa. A questo riguardo, e sulla scorta di quanto evidenziato dalla dottrina (si veda in proposito A. Palmieri, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, in *Foro it.*, 2012, I, 802) si rileva che la soluzione di carattere omogeneo adottata già dal Libro Bianco e poi dalla Direttiva, necessiterebbe di opportuni aggiustamenti introducendo, anche in via pretoria, distinzioni per tipologie di condotte e per classi di vittime. La percezione anticipata dell'illecito da parte della vittima e, quindi, la decorrenza della prescrizione, appare infatti plausibile in casi in cui vi è da ritenere la sussistenza di una minore asimmetria informativa o, semplicemente, una più facile percepibilità dell'illecito e dei suoi effetti, come nell'ipotesi di intesa verticale e di abuso di dominanza posto in essere da un'impresa in posizione egemonica sul mercato. In tali casi, come si è osservato, ogni presunzione introdotta circa la decorrenza “avanzata” del *dies a quo* (come fatto anche dalla giurisprudenza italiana, su cui si rinvia al Capitolo III) con riferimento a un momento alquanto avanzato rispetto alla condotta e/o collegato all'accertamento amministrativo della stessa, appare non opportuna.

²⁷¹ Come riportato nello studio Ashurt (cit., p. 87 ss.) i Paesi dell'UE, con riferimento alla prescrizione dell'azione, possono dividersi in tre gruppi: (i) il primo, a cui appartengono Paesi che prevedono la decorrenza del termine di prescrizione dal momento del momento in cui si verifica il danno, indipendentemente dal momento della conoscenza dello stesso da parte della vittima (tra i Paesi al tempo analizzati: Ungheria, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Svezia); (ii) il

La scelta della Commissione di incentrare l'individuazione del *dies a quo* sull'individuazione del momento della conoscenza o possibile conoscenza da parte della vittima appare quindi ragionevole e, peraltro, non in contrasto con l'esistenza, in molti Stati membri²⁷², di termini assoluti di durata della prescrizione, secondo meccanismi che, decorso un certo termine oggettivo dal momento in cui è inflitto il danno alla vittima, non permettono comunque, e a prescindere dalla conoscenza del danno, di incardinare l'azione.

Ciò che conta ai fini della garanzia della concreta e agevole possibilità di ricorrere alla tutela risarcitoria da parte del danneggiato, non è, infatti, la possibilità di incardinare l'azione senza un limite temporale, avendo quale unico termine di riferimento il *dies a quo* correlato alla conoscenza del danno da parte della vittima, bensì che il sistema nel suo complesso sia disegnato in modo tale che, anche introducendo limiti oggettivi che prevalgono sul criterio soggettivo, non risulti nei fatti difficile o praticamente impossibile per la vittima del danno ricorrere al rimedio risarcitorio.

Come osserva la stessa Commissione, infatti, “*Gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti di applicazione generale, purché la durata di tali termini assoluti di prescrizione non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile esercitare il diritto al pieno risarcimento*”²⁷³, individuando, quale aspetto che necessita di effettiva regolazione, la durata di tale limite oggettivo e non la sua stessa esistenza²⁷⁴.

secondo, a cui appartengono i Paesi che, invece, tengono in considerazione il profilo soggettivo della conoscenza, o possibile conoscenza, del danno da parte della vittima, con diverse declinazioni (tra questi, Finlandia, Francia, Italia, Lituania, Latvia, Portogallo e Regno Unito) e (iii) il terzo, a cui appartengono i Paesi che, sebbene tengano conto del profilo soggettivo, facendo decorrere il termine di prescrizione dal momento della conoscenza del danno da parte della vittima, introducono tuttavia un termine oggettivo a decorrere dal momento dell'evento dannoso, decorso il quale non sarà più possibile incardinare l'azione, a prescindere dal momento di conoscenza del danno da parte della vittima (tra questi, Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Paesi Bassi, Rep. Ceca, Polonia e altri).

²⁷² V. nota precedente.

²⁷³ Direttiva, considerando n. 36.

²⁷⁴ Si veda, ad esempio, il caso della Germania, dove a fianco della decorrenza del termine di prescrizione dal momento della conoscenza o possibile conoscenza del danno da parte della vittima (affiancato a un periodo di prescrizione di 10 anni a decorrere da tale momento), si prevede un limite oggettivo di 30 anni, a decorrere dalla violazione, che impedisce sempre e comunque l'esercizio dell'azione risarcitoria. Tale termine può considerarsi sufficientemente lungo da risultare conforme a quanto previsto dalla Direttiva, senza poter ostacolare per il solo fatto della sua esistenza l'azione. In Italia la situazione è differente, non

Ciò posto, sempre con l'obiettivo di facilitare, rendendo materialmente possibile anche in termini temporali, l'avvio dell'azione, la Direttiva introduce una previsione di non secondario rilievo con riferimento alla sospensione o interruzione del termine di prescrizione dell'azione nel caso di avvio di un'istruttoria da parte dell'autorità nazionale.

L'ultimo comma del menzionato articolo 10 della Direttiva prevede a questo riguardo che il termine di prescrizione resti sospeso o venga interrotto (in base alle regole nazionali sulla prescrizione dei termini dell'azione) durante lo svolgimento dell'istruttoria.

Si tratta naturalmente, anche se non precisato nella disposizione, di una previsione rivolta ai soli termini di prescrizione ancora in corso al momento dell'avvio dell'istruttoria, non risultando ammissibile, in quanto palesemente in contrasto con la certezza e il diritto di difesa del convenuto, la reviviscenza di un termine, in ipotesi, già scaduto ancor prima di tale avvio.

La Commissione, con tale previsione, appare voler coordinare la possibilità dell'azione del privato con l'azione pubblica, onde evitare, come detto in precedenza, che si giunga al paradosso per cui, conclusa l'istruttoria, il termine sia già spirato (si pensi ad esempio all'ipotesi della violazione non continuata o, comunque, non più in essere al tempo dell'avvio dell'istruttoria).

La Direttiva, coerentemente, prevede poi che il termine, non ancora spirato, possa ricominciare a decorrere (*ex novo*, in caso di interruzione, o per il tempo residuo, in caso di sospensione) non prima che sia trascorso almeno un anno da quando la decisione di infrazione è divenuta definitiva o, comunque, il procedimento si sia concluso in altro modo²⁷⁵.

esistendo tale limite di tipo oggettivo. La differenza è notevole dal punto di vista della "sicurezza" per il convenuto, che gode, nel primo caso, comunque di un orizzonte temporale oggettivo oltre quale sa di essere al riparo da qualsiasi azione risarcitoria (sebbene in tal caso poi molto dipenda dall'individuazione del momento della cessazione della condotta da cui decorre il termine oggettivo, come appunto stabilito dalla stessa Direttiva), ma non si ritiene incida significativa nell'ottica dell'armonizzazione tra i vari Paesi membri, vista la lunghezza del termine previsto dalla legislazione tedesca. Diverso sarebbe ove i termini oggettivi fossero sensibilmente più brevi, con la conseguenza di una certa disparità di tutela tra i vari Stati.

²⁷⁵ Sul punto non può non segnalarsi la discrepanza nella traduzione ufficiale in lingua italiana del testo della Direttiva che letteralmente riporta che "*La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo*", lasciando intendere che gli Stati membri non possano introdurre una finestra di sospensione che si protragga oltre l'anno dalla conclusione del procedimento istruttorio. In realtà, il testo in lingua inglese (così come

Si prevede quindi una finestra temporale di salvaguardia oltre la conclusione del procedimento che estende oggettivamente il termine di prescrizione.

Su questo punto la soluzione prescelta dalla Commissione nella Direttiva si discosta, almeno quantitativamente, da quanto proposto nel Libro Bianco, nel quale la Commissione proponeva la fissazione di un nuovo termine di prescrizione di due anni che iniziasse a decorrere da quando la decisione che ha accertato l'infrazione non sia divenuta definitiva²⁷⁶.

In realtà, la differenza non sta soltanto nel numero di anni della “finestra” post-accertamento dell'infrazione, ma anche nello strumento previsto che, nella Direttiva, è esplicitamente quello della sospensione (o interruzione, con nuova decorrenza) del termine di prescrizione.

Nel Libro Bianco, infatti, la Commissione avversava il ricorso alla sospensione, preferendo la sola interruzione, per ragioni legate alla garanzia del tempo sufficiente per incardinare l'azione, nonché alla certezza dell'individuazione del termine di inizio e conclusione della sospensione stessa²⁷⁷.

Tale iniziale chiusura è stata però superata con la Direttiva, che contempla ambedue le possibilità, ossia quella della sospensione e quella dell'interruzione del termine in corso di istruttoria, lasciando allo Stato membro la scelta dello strumento da adottare e limitandosi a prevedere che la

nelle altre versioni consultabili nelle principali delle lingue ufficiali dell'Unione Europea) riporta a chiare lettere che la finestra temporale *non può essere inferiore a un anno* e, quindi, che tale termine è il minimo che gli Stati membri possono prevedere (il testo in lingua inglese recita “*The suspension shall end at the earliest one year after the infringement decision has become final or after the proceedings are otherwise terminated*”, dove “*at the earliest*” andrebbe tradotto con “non prima”. Parimenti, il testo in lingua francese recita : “*Cette suspension prend fin au plus tôt un an après la date à laquelle la décision constatant une infraction est devenue définitive ou à laquelle il a été mis un terme à la procédure d'une autre manière* »). Del resto, una soluzione contraria parrebbe alquanto in contrasto con l'obiettivo di fondo dell'intera disposizione sulla prescrizione, chiaramente tesa alla dilatazione dei termini in favore dell'attore.

²⁷⁶ Libro Bianco, para. 9.

²⁷⁷ Secondo la Commissione, infatti, l'interruzione della prescrizione con decorrenza di un nuovo termine sarebbe stata preferibile alla sospensione del termine nel corso (e dopo) il procedimento in quanto “*In quest'ultimo caso, per gli attori (e i convenuti) sarà talvolta difficile calcolare con precisione il periodo rimanente, dato che il momento di avvio e di chiusura del procedimento da parte delle autorità di concorrenza non sempre è di pubblico dominio. Inoltre, ove una sospensione iniziasse in una fase molto avanzata del termine di prescrizione, potrebbe non esservi tempo sufficiente per preparare un'azione*”.

sospensione o l'interruzione dei termini di prescrizione non debbano essere tali da ostacolare in maniera eccessiva la proposizione di azioni per il risarcimento del danno²⁷⁸.

L'obiettivo perseguito è, in definitiva, quello di permettere che il termine di prescrizione non spiri nel corso dell'istruttoria avviata dall'autorità nazionale, lasciando impregiudicata la scelta nazionale a favore dell'uno o dell'altro sistema per garantire che ciò avvenga.

Come osservato in apertura, le disposizioni sulla prescrizione incidono sul coordinamento tra azione pubblica e privata e sull'impatto della prima sulla seconda.

Proprio nella previsione riguardante la sospensione o interruzione del termine, infatti, si rileva la volontà di considerare e garantire tale coordinamento, riconoscendo all'intervento dell'autorità nazionale la possibilità di incidere sostanzialmente sull'azione privata sotto almeno due punti di vista, e cioè la decorrenza dei termini (evitando situazioni paradossali in cui, una volta accertata l'infrazione, il privato risulti decaduto sebbene, solo successivamente alla prescrizione, si acquisisca la certezza dell'esistenza dell'infrazione che ha causato il danno) e la prova della condotta, dando la possibilità al privato non solo di essere ancora in grado di esercitare l'azione ma di usufruire a fini probatori dell'accertamento da parte dell'autorità di concorrenza.

La previsione della sospensione o interruzione è significativa anche in quanto, proprio in relazione a questo aspetto, sembra potersi registrare un disallineamento della giurisprudenza italiana rispetto alle intenzioni riformatrici della Commissione, avendo la Corte di Cassazione escluso chiaramente che la prescrizione possa cominciare a decorrere dal momento in cui la decisione dell'Agcm assume carattere definitivo, così apparentemente segnando (negativamente) la ricerca di precisi punti di riferimento per l'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione, rendendola maggiormente difficoltosa²⁷⁹.

²⁷⁸ Direttiva, considerando n. 36.

²⁷⁹ A. Palmieri, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, cit., 803.

2.2 Il regime della divulgazione delle prove tra agevolazione dell'attore ed esigenze di garanzia dell'efficacia dell'azione pubblica.

L'ultimo tema, tra quelli introdotti dalla Direttiva, che si è scelto di approfondire al fine di evidenziare gli aspetti della nuova normativa in cui maggiormente risalta la tensione tra *public* e *private enforcement* e il perseguimento degli obiettivi di rafforzamento dell'azione risarcitoria, è quello attinente all'acquisizione delle prove nel processo civile.

Questo, come gli altri temi qui affrontati, sembrerebbe espressamente teso al superamento degli ostacoli in cui incorrono le parti nel processo risarcitorio per danni antitrust. Superamento che, come detto, è l'obiettivo principale, dichiarato, della Commissione con l'implementazione della Direttiva da parte degli Stati membri.

Orbene, sotto il profilo del superamento degli ostacoli che si pongono innanzi alle azioni di *private antitrust enforcement*, il quadro disegnato dalla Direttiva appare in un certo senso contrastante, sebbene rappresenti un sistema alquanto avanzato che si connota per una forte specialità rispetto al quadro generale del regime delle prove nazionale²⁸⁰.

Il sistema predisposto dalla Direttiva ruota intorno a due principi esprimendo, da un lato, la volontà di non discostarsi dalla tradizione giuridica di gran parte degli Stati membri scegliendo un sistema che tendenzialmente agevola l'accesso alle prove da parte delle parti che incontrino in ciò difficoltà; ma, al contempo, inserendo limiti sostanziali che sembrano contravvenire al generale obiettivo, non solo di agevolazione del danneggiato ma, più in generale, di coordinamento tra *private* e *public enforcement*.

Il primo principio seguito dalla Commissione nel regolare il tema dell'accesso alle prove è quello della centralità del ruolo del giudice nel garantire la tutela del diritto alla prova delle parti: il modello processuale prescelto, sotto

²⁸⁰ G. Muscolo, *L'accesso e la valutazione della prova nelle controversie in materia antitrust. Gli obblighi di ostensione nel diritto nazionale e comunitario*, intervento alla conferenza inaugurale del programma di formazione per giudici sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione Europea nelle corti nazionali "La cooperazione tra i giudici nazionali, le autorità di concorrenza e la Commissione Europea nell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione", Roma, 6 maggio 2014.

questo aspetto, è quello in vigore presso la maggioranza degli Stati membri di *civil law*, ed impostato secondo lo schema *court centered* e non secondo il diverso schema, tipico dei principali sistemi di *common law*, c.d. *adversarial*.

Il secondo principio seguito è, però, quello secondo cui la tutela del diritto ad ottenere il risarcimento del danno non deve comunque compromettere il *public enforcement* delle regole *antitrust*, che se da un lato può concorrere ad accrescere l'effettività del diritto delle parti alla prova, dall'altro può giustificarne la limitazione.

Alla divulgazione delle (più che accesso alle) prove è dedicato il Capo II della Direttiva, il cui articolo 5 regola la divulgazione delle prove in generale, mentre gli articoli 6 e 7 si occupano più specificamente della divulgazione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza e relativi limiti all'accesso e all'uso di tali prove nel processo risarcitorio.

Va innanzitutto dato risalto all'introduzione del sistema della *discovery*, quel meccanismo per cui è consentito alle parti richiedere, con apposita istanza, al giudice di ordinare alla controparte o a un terzo la divulgazione di prove rilevanti che siano nella esclusiva disponibilità di questi e che il richiedente non possa altrimenti procurarsi.

L'introduzione e regolazione dello strumento della *discovery* appare, in termini generali, di fondamentale importanza, considerato il suo stretto collegamento con il problema delle asimmetrie informative che sovente sussistono tra le parti di un'azione in materia *antitrust*, cui proprio l'agevolazione dell'accesso alle prove può in parte sopperire.

Da questo punto di vista, si concorda con chi ritiene che la regolazione specifica dell'accesso alle prove in ambito *antitrust* non fosse procrastinabile, ritenendo il problema della carenza di prove molto più sensibile in tale settore che in altri, richiedendo lo stesso una immediata regolazione, in luogo dell'attesa dell'adozione di regole generali e trasversali in un'ottica "orizzontale"²⁸¹. Ciò soprattutto tenendo conto delle stringenti condizioni imposte in tema di onere probatorio dai sistemi continentali e la ritenuta

²⁸¹ A. Heinemann, *Access to Evidence and Presumptions – Communicating Vessels in Procedural Law*, in K. Hüschelrath, H. Schweitzer, *Public e Private Enforcement of Competition Law in Europe. Legal and Economic Perspectives*, cit., 170.

insufficienza degli strumenti ivi esistenti²⁸².

Il sistema di *discovery* introdotto dalla Direttiva, non nuovo in quanto già introdotto in materia di proprietà intellettuale dalla direttiva 48/2004, si regge su alcuni assunti fondamentali: (i) la *semiplena probatio* dei fatti a fondamento della richiesta; (ii) la rilevanza per la decisione della causa dei fatti e delle prove la cui *disclosure* è specificamente richiesta; (iii) la prova che le informazioni e documenti richiesti sono nella sfera di disponibilità della controparte o del terzo al quale si chiede la divulgazione; (iv) la definizione “ragionevole” delle informazioni richieste, sulla base degli elementi di fatto disponibili²⁸³.

Il sistema della *discovery*, per come disciplinato dall’art. 5 della Direttiva, si fonda sul principio di proporzionalità, come bilanciamento tra gli interessi di tutte le parti, regolando espressamente su questo punto il ruolo del giudice, a cui il predetto bilanciamento tra contrapposti interessi è affidato. Come anticipato, gli articoli 6 e 7 della Direttiva si occupano invece di regolare il tema dell’accesso alle prove contenute nel fascicolo istruttorio delle autorità di concorrenza nazionali. Questo è il tema senz’altro più “scottante” e che ha posto maggiori complicazioni nella scelta dell’approccio nel passaggio dalle proposte contenute sul punto nel Libro Bianco, a quanto previsto nella Direttiva.

La Direttiva, all’art. 6, opera un generale richiamo del principio di proporzionalità già enunciato al precedente articolo 5, prevedendo che i giudici debbano, nel valutare la richiesta di accesso alle prove, considerare alcuni aspetti tra cui: a) se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all’oggetto o al contenuto dei documenti presentati all’autorità o contenuti nel fascicolo della stessa, piuttosto che con una domanda generica attinente a documenti in possesso di un’autorità; b) se la richiesta si incardini, appunto, nell’ambito di un’azione di risarcimento del danno da illecito antitrust dinnanzi a un giudice nazionale; c) se sia necessario salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Per quanto concerne la tipologia di informazioni e documenti divulgabili,

²⁸² *Ibidem*, 176.

²⁸³ G. Muscolo, *L’accesso e la valutazione della prova nelle controversie in materia antitrust. Gli obblighi di ostensione nel diritto nazionale e comunitario*, cit., 6.

l'art. 6 prevede che alcune categorie di documenti possano essere divulgati solo dopo che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il procedimento adottando una decisione, o in altro modo²⁸⁴. Tali documenti fanno parte della c.d. “*grey list*” di prove comunque accessibili alle parti.

La Direttiva, invece, esclude categoricamente dal novero delle prove divulgabili le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione. Tali documenti rientrano nella c.d. “*black list*”.

Fuori dalle suddette categorie, delle informazioni contenute in un fascicolo dell'autorità può essere ordinata la divulgazione in ogni tempo per il loro utilizzo nelle azioni risarcitorie.

L'art. 7 prevede, poi, degli specifici limiti all'utilizzo dei documenti. Per le prove appartenenti alla *grey list* e alla *black list* si prevede che esse siano ritenute inammissibili nel processo civile se utilizzate contravvenendo al divieto di *disclosure* (assoluto o relativo). Per le prove liberamente divulgabili, si prevede invece che esse possano essere utilizzate soltanto dal soggetto che le ha ottenute o dai suoi aventi causa.

Si prevede, inoltre, che la *disclosure* alle autorità possa essere richiesta soltanto per documenti che le parti non possano in alcun modo procurarsi alternativamente e, infine, che l'autorità possa intervenire con proprio parere, non vincolante, sulla proporzionalità della richiesta di divulgazione.

Questo essendo il quadro delle previsioni della Direttiva, è facile rilevare dalla semplice lettura del testo della Direttiva che proprio sul punto della *disclosure* la Commissione ha ritenuto di dover dilungarsi. Ciò è dovuto, come anticipato, alla necessità di raccogliere e coordinare i numerosi input ricevuti all'indomani della pubblicazione del Libro Verde ma, ancor di più, del Libro Bianco.

Il Libro Verde prospettava sul punto tre possibili linee di intervento, anche piuttosto incisive, per venire incontro alla necessità dell'attore di reperire informazioni e prove che siano nell'esclusivo possesso della controparte o

²⁸⁴ Si tratta di: a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento e c) proposte di transazione che siano state ritirate.

contenute in archivi di autorità pubbliche²⁸⁵, tra cui quella dell'introduzione di un meccanismo di *disclosure* generale e automatico relativo a tutte le informazioni rilevanti che fossero nella disponibilità delle parti²⁸⁶.

Non riproponendo tale ultima prospettiva, nel Libro Bianco la Commissione ha preferito suggerire l'introduzione di un più classico ordine di esibizione sulla scorta delle prime due proposte, attribuendo al giudice il potere di ordinare tanto al convenuto, quanto a terzi, su richiesta dell'attore, di esibire determinate categorie di documenti rilevanti ai fini della decisione, a condizione che l'attore abbia, però, fornito prova di tutti i fatti di cui poteva ragionevolmente avere contezza e purché la richiesta sia necessaria e proporzionata.

L'ordine di esibizione delineato dalla Commissione nella Direttiva ricalca in linea di massima quello previsto nel Libro Bianco, mantenendo tutti quegli elementi che contraddistinguono il modello previsto dalla Commissione rispetto a quello dei sistemi nordamericano e inglese.

In particolare, stabilendo il controllo preventivo del giudice sulla richiesta di *disclosure* rivolta alla controparte, si è abbandonata la prospettiva, tipica dei sistemi di *common law*, di adottare sistemi di *disclosure* svincolati dall'ordine di esibizione emanato dal giudice. Inoltre, la previsione della subordinazione dell'emanazione dell'ordine al c.d. *fact pleading* – ossia alla compiuta prova da parte dell'attore circa tutti i fatti di cui poteva aver contezza quale indice di fondatezza della richiesta – distingue il sistema adottato dalla Direttiva dalla *disclosure* nordamericana, basato, al contrario, sul *notice pleading*, ovvero sulla divulgazione delle prove sulla mera affermazione dei fatti alla base della domanda, senza l'obbligo di offrire contestualmente i mezzi di

²⁸⁵ In particolare, l'opzione (1) prevedeva che “*Le prove dovrebbero essere divulgate non appena una parte ha esposto in dettaglio i fatti rilevanti della causa e ha presentato prove ragionevolmente accessibili a sostegno delle sue affermazioni (determinazione dei fatti). La divulgazione dovrebbe limitarsi a singoli documenti rilevanti e ragionevolmente identificati e dovrebbe essere disposta dal tribunale*”, l'opzione 2 che “*Ferma restando la determinazione dei fatti, dovrebbe essere possibile per il tribunale disporre la divulgazione obbligatoria di categorie di documenti tra le parti*” e l'opzione 3 che “*Ferma restando la determinazione dei fatti, ogni parte dovrebbe essere obbligata a fornire alle altre parti in causa un elenco dei documenti rilevanti in suo possesso e ad esse accessibili*”.

²⁸⁶ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 241.

prova per dimostrare tali fatti²⁸⁷.

All'adozione del modello che prevede l'intervento e lo scrutinio del giudice sulla richiesta di divulgazione di prove, è strettamente legata la necessità di fornire seri indizi di fondatezza della richiesta, altrimenti superflui in un sistema basato sulla *discovery* a disposizione delle parti senza intervento di controllo da parte della corte²⁸⁸.

Il sistema proposto nel Libro Bianco, e poi introdotto con la Direttiva, rappresenta una soluzione equilibrata tra due modelli di sistema probatorio processuale in sostanziale antitesi, ossia quello tipico dei sistemi europei (con le sue stringenti imposizioni sotto il profilo probatorio) e quello statunitense (che può apparire eccessivamente aperto e, peraltro, comportante significativi costi processuali).

Con l'estensione dell'accesso alle prove e la dettagliata previsione di regole sul ruolo del giudice e sulle richieste probatorie delle parti, la Direttiva sembra fare un passo avanti verso l'abbandono di un sistema che tende a non favorire l'emersione delle prove degli illeciti anticoncorrenziali, mantenendo al contempo i presupposti del modello *fact pleading*²⁸⁹.

Resta tuttavia da comprendere quanto questo sistema sia, nei fatti, innovativo rispetto a strumenti di *disclosure* già forniti dalle regole procedurali ai giudici nei singoli ordinamenti e se, soprattutto, i buoni propositi in tema di facilitazione della divulgazione delle prove non rischiano di essere smentiti non appena ci si trovi davanti ad ipotesi di incontro/scontro tra sfera pubblica e privata.

Posto, infatti, che tanto nel Libro Bianco quanto nella Direttiva si propone e prevede un sistema “*court-centered*” – in luogo del diverso sistema di tipo “*adversarial*”²⁹⁰ – affidando un ruolo decisivo al giudice nella regolazione della divulgazione delle prove, viene in considerazione la scelta effettuata circa

²⁸⁷ In tema si veda R. Stürner, *Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law*, in J. Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007, 163 ss..

²⁸⁸ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit., 242.

²⁸⁹ A. Heinemann, *Access to Evidence and Presumptions – Communicating Vessels in Procedural Law*, cit., 176.

²⁹⁰ G. Muscolo, *Disclosure and standard of proof innovations*, in *Italian Antitrust Review*, 2015, n. 2, 54 ss.

la regolazione della divulgazione delle prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'autorità di concorrenza e, in particolar modo, della protezione della documentazione relativa ai programmi di clemenza (*leniency*).

Con riferimento all'accesso e divulgazione di prove acquisite nell'ambito dei programmi di clemenza si è posto sin da subito il problema del bilanciamento tra interesse pubblico e privato. In particolare, si è dovuto affrontare il dilemma della preferenza del mantenimento dell'efficacia dei programmi di clemenza – che molto hanno giovato, e continuano a giovare, alla lotta ai cartelli²⁹¹ - o dell'incentivazione delle azioni private anche attraverso l'agevolazione all'acquisizione delle possibili prove in mano all'autorità.

Come è noto, l'efficacia dei programmi di clemenza deriva dall'incentivo dato ai partecipanti di un cartello a disertare lo stesso, accordando all'impresa che coopera nella scoperta e accertamento del cartello un trattamento sanzionatorio di favore²⁹².

Da questo punto di vista, se l'incentivo è rappresentato proprio dal trattamento di favore a livello sanzionatorio, è forse superfluo osservare che l'eventuale esposizione, nonostante la diserzione del cartello, alle richieste risarcitorie per i danni comunque causati può porre un freno alle possibili collaborazioni ove il rischio di incorrere in richieste risarcitorie venga percepito come seriamente possibile, con il conseguente quasi certo decremento dell'efficacia dei programmi di clemenza²⁹³.

La necessità di regolare la tensione tra misure che incentivino l'azione risarcitoria dei privati e la garanzia dell'efficacia dei programmi di clemenza ha spinto la Commissione a prendere in considerazione, sin dal Libro Verde, l'opportunità di mitigare i rischi per il *leniency applicant*, proponendo due soluzioni: l'una di tipo “difensivo”, mirante a ridurre o limitare il rischio di peggioramento della situazione per il collaboratore rispetto agli altri membri del cartello, e l'altra, più incisiva, consistente nell'attenuazione o eliminazione delle

²⁹¹ W.P.J. Wils, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, 2007, V. 30, 1, 25 ss.

²⁹² Sui programmi di clemenza si rimanda a S. Bastianon, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011; V. Meli, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2007, 201.

²⁹³ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, cit. 250.

conseguenze risarcitorie per lo stesso soggetto²⁹⁴.

Il Libro Bianco, come anche successivamente la Direttiva, ha optato per l'estensione a tutti i programmi di clemenza, che abbiano luogo presso le autorità nazionali, del regime di riservatezza sulle domande di *leniency* presentate in Commissione, estendendo tale regime di riservatezza anche nei confronti dell'ordine di esibizione del giudice civile, prevedendo espressamente un'eccezione rispetto al regime generale di divulgazione delle prove.

L'approccio prescelto è, quindi, quello prettamente difensivo che mira a ridurre gli svantaggi processuali del *leniency applicant* nei possibili giudizi risarcitori²⁹⁵. Non si è pertanto optato per l'attenuazione o eliminazione delle conseguenze civili per l'*infringer*, che avrebbe forse rischiato di minare alla base il principio dell'indipendenza tra *public* e *private enforcement*, nonché portare ad una sostanziale negazione della natura prettamente compensativa del *private enforcement* europeo.

L'approccio prescelto, in termini pratici, si concretizza nell'esclusione delle dichiarazioni legate ai programmi di clemenza dal novero dei documenti possibile oggetto di *disclosure*, secondo quanto in questo senso previsto dal già richiamato art. 7 della Direttiva.

Il problema è che, così come nel Libro Bianco, l'esclusione è stata operata attraverso disposizioni laconiche e scarse, e forse proprio per questo inidonee a bilanciare efficacemente la necessità di ridurre i rischi per il *leniency applicant* e quella di garantire al contempo l'accessibilità alle prove per il danneggiato.

A questo riguardo si osserva, infatti, che in base alle previsioni della Direttiva la limitazione alle dichiarazioni rese dalle imprese per l'adesione al programma di clemenza sembrerebbe escludere – e quindi ammettere alla *disclosure* – l'ulteriore documentazione precostituita e trasmessa dal *leniency applicant* all'autorità nell'adempimento del proprio obbligo di leale collaborazione.

Se così fosse, l'idoneità a proteggere effettivamente il collaborante in ambito civile sarebbe quantomeno dubbia, posto che i documenti "esclusi" dalla protezione potrebbero contenere tutti quegli elementi fattuali che coprono i

²⁹⁴ *Ibidem*, 251.

²⁹⁵ *Ibidem*, 252.

profili su cui l'attore deve necessariamente fornire prova (ossia l'individuazione del danno, la quantificazione e il nesso di causalità). Peraltro, la dichiarazione con cui si ammette l'illecito potrebbe risultare esclusa in maniera del tutto superflua, in quanto l'illecito stesso si darebbe già per accertato in base alla decisione vincolante dell'autorità.

E' quindi abbastanza dubbio che all'attore possa realmente servire la dichiarazione dell'impresa collaborante. Piuttosto, può maggiormente servirsi dell'ulteriore documentazione, che parrebbe divulgabile, con la conseguenza che, quindi, il *leniency applicant* resterebbe pienamente esposto al rischio risarcitorio²⁹⁶.

Oltre tale aspetto di ordine pratico, che lascia dubitare dell'utilità della scelta operata dalla Commissione, l'effettiva portata delle esclusioni introdotte dalla Direttiva necessita di essere chiarita per il potenziale contrasto con quanto sinora affermato sul tema dalla Corte di Giustizia.

Il riferimento è alle note decisioni rese nei casi *Pleifeder*²⁹⁷ e *Donau Chemie*²⁹⁸, dove la Corte ha affermato la necessità di lasciare alle corti nazionali, nel considerare le richieste di accesso ai documenti relativi al programma di clemenza ai fini del risarcimento del danno, il bilanciamento dei contrapposti interessi (pubblico e privato), sulla base di un'analisi caso per caso, effettuando di volta in volta un bilanciamento tra gli opposti interessi della *disclosure* delle informazioni e, dall'altro lato, della protezione dei documenti della *leniency*, considerato che la previsione che escluda *tout court* l'accesso, o che comunque lo subordini non ad una valutazione oggettiva delle necessità, ma, ad esempio, alla non opposizione delle parti, renderebbe l'esercizio del diritto al risarcimento del danno eccessivamente difficile, in contrasto con i principi affermati nelle precedenti decisioni sulle azioni di danno²⁹⁹.

Ripercorrendo brevemente il ragionamento svolto dalla Corte nei due

²⁹⁶ E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà, cit., 253.

²⁹⁷ Corte di Giustizia, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECR 2001, I-561

²⁹⁸ Corte di Giustizia, C-536/11, *Donau Chemie*, ECR 2013, 366.

²⁹⁹ In questo senso, con riferimento alla normativa austriaca impugnata, *Donau Chemie*, para. 39.

casi citati, si osserva innanzitutto come in *Pfleiderer*³⁰⁰ la Corte abbia voluto sottolineare l'indubbia utilità della *leniency* per il *public enforcement*, ai fini della scoperta delle violazioni del diritto antitrust, rilevando come la loro effettività ed efficacia possa risultare svilita laddove le informazioni depositate e fornite dal *leniency applicant* siano indiscriminatamente aperte all'accesso di terzi che vogliano perseguire lo stesso soggetto a fini risarcitori³⁰¹.

Fatta questa premessa, tuttavia, la Corte, richiamando proprio quei principi, già espressi in *Courage* e *Manfredi*, in base ai quali ogni individuo ha diritto ad agire per ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, è giunta alla conclusione per cui, in primo luogo, anche il *private enforcement* è un'importante strumento di garanzia della piena efficacia delle regole antitrust e, pertanto, occorre sempre operare un bilanciamento tra i due opposti interessi, sulla base di un'analisi caso per caso³⁰².

Tenuto conto del principio espresso dalla Corte di Giustizia, si ritiene di poter concordare con chi ha osservato che, sebbene sia opportuno assicurarsi che le regole per l'accesso alle prove non debbano essere tali da mettere in discussione l'interesse pubblico all'efficace applicazione delle regole di concorrenza (che passa anche per l'applicazione di strumenti che agevolino la scoperta delle condotte illecite, come appunto i programmi di clemenza), tuttavia ciò non può concretizzarsi in un sistematico rifiuto all'accesso alle prove, dovendo invece ogni richiesta essere valutata in base ad un approccio *case-by-case*, che prenda in considerazione tutti i fattori rilevanti del caso³⁰³.

Può osservarsi, infatti, che le misure introdotte, nella misura in cui siano intese o interpretate come escludenti *a priori* l'accesso a determinati

³⁰⁰ Il caso portato innanzi la Corte di Giustizia su rinvio da parte dell'*Amtgericht Bonn*, riguardava il rifiuto opposto da parte dell'autorità di concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*) alla richiesta di accesso da parte di un privato al fascicolo dell'istruttoria riguardante un cartello, per cui il privato richiedente accesso stava agendo in sede civile contro uno dei membri del cartello. In particolare, il *Bundeskartellamt* aveva messo a disposizione del privato solo parte dei documenti del fascicolo, ritenuti però dal privato del tutto insoddisfacenti per gli scopi dell'azione risarcitoria. Da ciò, il rinvio della corte tedesca investita della questione, che ha sollevato l'interrogativo circa la legittimità del rifiuto opposto a un privato per l'accesso ai documenti volontariamente offerti e depositati in sede istruttoria dal *leniency applicant*.

³⁰¹ *Pfleiderer*, para. 25 e 26.

³⁰² Per un'analisi della decisione si veda A. Minuto Rizzo, *Disclosure of leniency evidence: an overview of ECJ's Pfleiderer and UK's National Grid cases in the light of the recently adopted Damages Directive*, in *Italian Antitrust Review*, 2015, 2n. 2, 124 ss.

³⁰³ R. Baratta, *Disclosure of leniency corporate statements and settlement submissions*, in *Italian Antitrust review*, 2015, n. 2, 62 ss.

documenti, possano ledere in maniera sostanziale il diritto all'azione del privato, la cui iniziativa processuale potrebbe risultare fortemente limitata dalle preclusioni probatorie. Ciò, naturalmente, ove si ritenga che i documenti esclusi dal novero di quelli – pur condizionatamente – divulgabili sia di norma fondamentali per la prova della condotta e degli altri elementi della richiesta risarcitoria³⁰⁴.

Emerge, quindi, il potenziale – o, meglio, quasi certo – contrasto tra le norme della Direttiva e la giurisprudenza.

In senso contrario, è stato osservato che la Direttiva potrebbe essere stata considerata come l'occasione per riempire un vuoto lasciato proprio dalle citate decisioni della Corte, laddove quest'ultima ha sottolineato, negli *obiter dicta* alle decisioni, che il legislatore europeo non era ancora intervenuto sulla regolazione dell'accesso alle prove della *leniency*, sottintendendo quindi possibili – diverse – regolazioni sul punto, anche più restrittive³⁰⁵.

In realtà questa conclusione sembra non mettere correttamente a fuoco quanto affermato dalla Corte e, al contempo, l'obiettivo perseguito dalla Direttiva (almeno esplicitamente). Ciò non tanto con riferimento alle due decisioni della Corte che trattano direttamente la questione, quanto, piuttosto, prendendo a riferimento le regole generali stabilite, in termini più ampi, sull'accesso al rimedio risarcitorio da parte dei privati, nei casi *Courage* e *Manfredi*, per cui si è affermato che, rispetto alla possibilità di accesso all'azione risarcitoria “*non deve sussistere alcuna limitazione di carattere assoluto*”³⁰⁶, e i cui principi sono alla base della stessa iniziativa legislativa che ha portato all'adozione della Direttiva.

Pertanto, tenendo in conto i principi ispiratori della Direttiva e la giurisprudenza appena richiamata, può considerarsi, in primo luogo, che le

³⁰⁴ Come evidenziato più sopra, infatti, occorre prima capire cosa è realmente coperto dal divieto di divulgazione ed utilizzo e se, quindi, “altri” documenti, accessibili e ove disponibili, possano sopperire alle preclusioni introdotte dall'art. 7. Sembra, nel dubbio, potersi ritenere che l'utilità della dichiarazione e/o della restante documentazione vada anch'essa considerata caso per caso, e che comunque l'esclusione a priori della decisione dai documenti risarcitori possa, da un lato, essere inutile per il *leniency applicant* e, dall'altro, irragionevolmente introdurre una sfavorevole restrizione di principio per il danneggiato.

³⁰⁵ R. Baratta, *Disclosure of leniency corporate statements and settlement submissions*, cit., 64.

³⁰⁶ *Courage*, cit., para 27.

decisioni dei casi *Pfleiderer* e *Donau Chemie* non fanno che completare il quadro, aggiungendo l'analisi di un aspetto ulteriore e fondamentale ai fini della garanzia dell'accesso al rimedio risarcitorio, ossia, l'accesso alle prove. Inoltre, non sembra corretto considerare un'osservazione, svolta in via meramente incidentale, alla stregua di un'apertura ad una regolazione senza limiti rispetto ai principi fissati, potenzialmente in contrasto con gli stessi.

Appare quindi più corretto ritenere tale osservazione della Corte per quello che è, cioè una pura constatazione circa la mancanza di un quadro regolatorio sul punto, che fa da fondamento alla successiva decisione³⁰⁷. Appare in definitiva ragionevole escludere che la Corte, nelle proprie decisioni, abbia voluto in qualche modo lasciare aperta la porta a radicali preclusioni probatorie, che si porrebbero in aperto contrasto con i principi sinora affermati in materia.

Se un contrasto delle preclusioni introdotte dalla Direttiva con quanto affermato dalla Corte di Giustizia è rilevabile, l'allontanamento della Commissione dall'approccio *case-by-case* promosso dalla Corte sembrano però giustificabili alla luce dell'esigenza di armonizzazione propria della Direttiva, tesa a stabilire un approccio comune tra tutti gli Stati membri.

Non sembra negabile, infatti, che un approccio circa la *disclosure* lasciato esclusivamente alle scelte dell'organo giudicante, pur con i dovuti indirizzi, può dar luogo a trattamenti differenziati all'interno dell'Unione, con anche notevoli differenze da uno Stato all'altro, creando incertezza giuridica e sconfessando l'obiettivo che dovrebbe essere alla base dell'adozione di uno strumento di armonizzazione – come la Direttiva – di creare una linea comune³⁰⁸.

In questo quadro, l'obiettivo principalmente perseguito dalla Commissione con le disposizioni sulla *disclosure* appare, quindi, quello di garantire la certezza del diritto assicurando un approccio comune, che risulterebbe non garantito dall'approccio che promuove l'analisi caso per caso.

Nell'ottica di soddisfare questa medesima esigenza, la Commissione

³⁰⁷ In ciò si tenga anche conto del fatto che, nell'esprimere il principio del bilanciamento tra interesse pubblico e privato, i giudici hanno messo da parte la posizione espressa dall'Avvocato Generale Mazak che suggeriva la diversa soluzione dell'esclusione, in radice, del diritto di accesso alle dichiarazioni incriminanti contenute nei programmi di clemenza (*Pfleiderer*, cit., para 46).

³⁰⁸ R. Chieppa, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e mercato* 2014, 280 ss.

avrebbe potuto intervenire regolando l'approccio amministrativo nazionale di accesso al fascicolo delle autorità³⁰⁹. Si è però scelto di intervenire sul versante della regolazione dell'ordine di esibizione del giudice civile introducendo limiti ed esclusioni, risultando però, tale scelta, forse troppo restrittiva e foriera di indebiti sacrifici dei diritti risarcitori del privato³¹⁰.

A bilanciamento di tali forse eccessivi sacrifici imposti sulle possibilità di difesa del danneggiato, c'è chi ha intravisto nella stessa Direttiva una clausola di apertura o, meglio, di allineamento tra la stessa e principi espressi da Corte³¹¹. L'articolo 6, comma 7, infatti prevede la possibilità per l'attore di presentare una richiesta motivata affinché il giudice civile acceda ai documenti della c.d. "*black list*".

Tale forma di accesso è, però, innanzitutto, limitata al solo giudice e, inoltre esso può essere effettuato al solo scopo di garantire che il contenuto dei documenti corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, punti 16 e 18 della Direttiva. Comunque, il giudice non può concedere in nessun caso alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove.

La limitazione, quindi, resta e non v'è modo per il privato di accedere a tali documenti. Ciò che però rileva e che, probabilmente, ha portato a intravedere in tale disposizione un punto di incontro tra norma e giurisprudenza, è la valutazione sostanziale da essa resa possibile, valutazione tesa ad accertare che si tratti effettivamente di "*dichiarazione legata a un programma di clemenza*", ossia di "*una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, o una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata all'autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende*

³⁰⁹ M. Trimarchi, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella Direttiva sull'antitrust private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 1, 2015, 204 ss.

³¹⁰ Si veda, però, quanto osservato *sub nota* 304.

³¹¹ A. Minuto Rizzo, *Disclosure of leniency evidence: an overview of ECJ's Pfleiderer and UK's National Grid cases in the light of the recently adopted Damages Directive*, in *Italian Antitrust Review*, cit., 128.

*ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti*³¹².

La Direttiva sembrerebbe promuovere un'analisi circostanziata del contenuto della dichiarazione per appurare la necessità e validità della preclusione probatoria. Resta da comprendere quale garanzia per il privato possa portare e se tali valutazioni siano realmente in grado di svelare casi di indebite esclusioni dall'accesso del terzo alle dichiarazioni confessionarie.

E' anzi abbastanza dubbia la portata "allineante" di tale previsione, continuando invece a intravedersi, in questa più che in altre norme, le difficoltà nel regolare la tensione tra *private enforcement* e azione pubblica, ponendosi ai limiti, in questo caso, della subordinazione del primo alla seconda.

La subordinazione è rilevabile anche da altri aspetti relativi a documentazione la cui divulgazione non è, in principio, preclusa. Come è stato osservato, infatti, dalle statuizioni della Direttiva in punto di accesso al fascicolo dell'autorità e relativa divulgazione dei documenti del fascicolo istruttorio, si rinviene un generale squilibrio fra le facoltà previste per l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa³¹³.

Come già accennato, l'articolo 6 comma 5 della Direttiva stabilisce la possibilità di utilizzo della documentazione della *grey list* soltanto a seguito della chiusura del procedimento amministrativo, dovendosi da ciò dedurre che, in ipotesi di contemporanea pendenza del giudizio risarcitorio e del procedimento istruttorio, non vi sarà spazio per l'utilizzo delle prove acquisite al fascicolo.

Peraltro, la possibilità di utilizzo risulta limitata, se non addirittura esclusa, anche nell'ipotesi di volontario deposito su iniziativa delle parti del procedimento amministrativo dei medesimi documenti nella causa civile. Ciò in quanto l'articolo 7 chiaramente statuisce che, sintantoché l'istruttoria *antitrust* è aperta, le prove rientranti nelle categorie indicate dall'articolo 6, comma 5 della Direttiva e ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo dell'autorità, dovranno ritenersi inammissibili o dovrà comunque garantirsene la protezione.

³¹² Articolo 2, n.16 della Direttiva.

³¹³ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit., 16 s.

Queste le basi poste dalla Direttiva, in punto di divulgazione delle prove, al fine di una agevolazione delle azioni private di *enforcement* delle regole di concorrenza, pare tuttavia dubbio che la disciplina introdotta sull'accesso ai documenti del fascicolo delle autorità di concorrenza possa essere considerato un mezzo di equiordinazione dello strumento di *enforcement* privato a quello pubblico.

Sul punto, infatti, si concorda con chi rileva che le estreme cautele assunte con riferimento alla regolazione dell'ordine di esibizione da parte del giudice portano a considerare la divulgazione delle prove rappresenti soltanto un possibile elemento di intralcio per l'azione pubblica. E ciò non tanto, o non solo, con riferimento all'esclusione o limitazione della divulgazione di alcune categorie di documenti, ma soprattutto in ragione della tipologia di valutazione che è affidata al giudice a fronte della richiesta di esibizione ad esso sottoposta³¹⁴.

Sembra, in definitiva, potersi affermare che, almeno sul punto della *disclosure*, la tensione tra interesse pubblico e privato sia stata regolata perdendo di vista l'obiettivo di fondo della nuova normativa, ossia quello della auspicata convergenza delle due sfere dell'*enforcement*.

Probabilmente, tuttavia, non avrebbe potuto essere altrimenti, dovendosi prendere atto che la questione dell'accesso al fascicolo dell'autorità, a prescindere dal fatto che venga in considerazione il tema della *leniency*, è un luogo di conflitto tra diversi interessi che determina la necessaria risoluzione nel senso della prevalenza dell'uno o dell'altro. Sotto questo aspetto, la disciplina della *disclosure* sembra optare per la subordinazione del *private enforcement* o, quantomeno, per la considerazione di questo come strumento meramente complementare e non equiordinato all'azione pubblica, ai cui interessi è accordata prevalenza.

³¹⁴ M. Trimarchi, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella Direttiva sull'antitrust private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, cit., 211.

3. Conclusioni

Il presente capitolo ha avuto ad oggetto l'analisi delle disposizioni, tra quelle introdotte dalla Direttiva, in cui si scorge, più che in altre, il tentativo di regolare il rapporto o, meglio, la tensione tra *public* e *private enforcement*, cercando di coniugare e bilanciare opposte esigenze, ovvero di attribuire rilevanza all'azione pubblica nell'ambito del giudizio risarcitorio per fini di rafforzamento dell'azione di *enforcement* dei privati.

Ciò che emerge dalla analisi svolta, è che il compito svolto dalla Commissione non è sicuramente stato facile e ciò è dimostrato anche dai lunghi tempi di attesa prima di giungere all'approvazione della Direttiva, preceduta da ampi dibattiti e discussioni e da evidenti rallentamenti.

La regolazione della tensione tra azione pubblica e esercizio privato della tutela avverso condotte anticoncorrenziali appare sicuramente modellata con l'intento di dirigersi verso la strutturazione di un sistema a due pilastri, in cui le due sfere risultino coordinate e cooperanti.

Tuttavia, per le criticità evidenziate in relazione alle misure qui prese in esame, residuano molti dubbi sull'effettiva realizzazione di un sistema a due pilastri, sempre ammesso che ciò sia considerabile l'*optimum* per l'*enforcement* delle regole a tutela della concorrenza e non sia, al contrario, desiderabile attribuire un ruolo comunque preponderante alla sfera pubblica, come è stato sinora.

Un aiuto in più nella comprensione della possibilità di ottenere un sistema a due pilastri viene dall'analisi del possibile impatto a livello nazionale dell'adozione delle disposizioni della Direttiva. Come si avrà modo di esporre nel capitolo che segue, in realtà la Direttiva o, quantomeno, le misure qui analizzate, non risultano incidere in maniera considerevole sul contesto esistente a livello nazionale nelle principali giurisdizioni, non mutando per questa il quadro delle azioni risarcitorie in maniera sostanziale e risultando, quindi, una possibile mera riproposizione del modello da essi, con varie sfumature, adottato ma con scarso successo.

Ciò potrebbe portare a ritenere che, se l'impatto non sarà decisivo, l'attuale sistema, che sicuramente non può dirsi basato su due pilastri equiparati

(o quasi) dell'*enforcement*, non avrà grandi prospettive di mutamento. La conseguenza sarebbe, nel caso, che il massimo obiettivo auspicabile dalla Direttiva non è altro che quello dell'armonizzazione delle regole per fini di certezza del diritto ed efficace applicazione delle regole di concorrenza.

L'obiettivo di ristrutturazione dell'*enforcement* delle regole tramite un forte potenziamento dell'*enforcement* privato sarebbe, invece, più sfumato, proprio in ragione della riproposizione e sistematizzazione di un sistema già conosciuto ma che non ha portato ad alcun *exploit* delle azioni risarcitorie.

Come si avrà modo di chiarire, tuttavia, ciò non deve portare a sottostimare il potenziale della Direttiva, il cui effetto armonizzante è considerabile di per sé un buon e per nulla scontato risultato, e per la quale, peraltro, occorre tener conto del fatto che l'insuccesso generale a livello nazionale delle azioni risarcitorie sembra dovuto principalmente a un fattore culturale e non esclusivamente alle criticità strutturali dei modelli risarcitori presenti negli Stati membri.

CAPITOLO III

LE PROSPETTIVE DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2014/104/UE IN ITALIA: NOVITA' E INCERTEZZE.

Sommario: 1. Premessa – 2. Le prospettive di trasposizione della Direttiva in Italia. – 2.1. Il risarcimento del danno antitrust in Italia: brevi cenni sull'evoluzione storica del modello nazionale del rimedio risarcitorio per le violazioni delle regole di concorrenza. – 2.1.1. La legittimazione ad agire: consumatori, azioni di classe e acquirenti indiretti nel *private antitrust enforcement* italiano. – 2.1.1.1. La legittimazione dei consumatori a richiedere il ristoro di danni antitrust nella giurisprudenza italiana. – 2.1.1.2. Le azioni collettive in Italia: prospettive di riforma. – 2.1.1.3. L'utilizzo del *passing on* nelle azioni risarcitorie innanzi le corti italiane. – 2.2. L'efficacia dei provvedimenti dell'Agcm nei giudizi risarcitori per danni antitrust nella prassi decisionale delle corti italiane: onere probatorio dell'attore, difesa del convenuto e pregiudizialità. – 2.2.1. La difesa dell'impresa convenuta e l'estensione della valenza probatoria del provvedimento al nesso causale. – 2.2.2. Problematiche di carattere costituzionale: pregiudizialità o subordinazione dell'azione risarcitoria e del potere decisionale del giudice all'accertamento dell'Autorità? – 3. L'impatto della Direttiva circa l'efficacia vincolante del provvedimento dell'Agcm nei giudizi risarcitori. – 4. Il termine di prescrizione dell'azione per risarcimento danni antitrust: tempi e individuazione del *dies a quo* nell'esperienza nazionale. – 5. La divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, tra rigidità e aperture.

1. Premessa

Nel precedente capitolo si è cercato di approfondire alcuni aspetti della Direttiva 2014/104 che si ritiene di maggior interesse in quanto evidenziano il tentativo, operato dalla Commissione, di coordinare *public* e *private enforcement* con riferimento alle principali ipotesi di interazione e contrapposizione che si presentano nell'ambito delle azioni risarcitorie.

Come evidenziato in chiusura, la regolazione della tensione tra pubblico e privato pare, tuttavia, precaria, lasciando emergere criticità che portano a

ritenere che l'obiettivo di coordinare i due auspicati pilastri dell'*enforcement* sia solo ipoteticamente raggiungibile e che, invece, il risultato più probabile che ci si potrà attendere all'esito della trasposizione della Direttiva da parte degli Stati membri è la sola armonizzazione delle regole. Regole che, peraltro, come anticipato, in gran parte sono già conosciute agli stessi Stati membri e, in particolare, all'Italia.

Per tale ragione, si è concluso che l'impatto innovativo atteso non sarà incisivo e, di conseguenza, che il mutamento dell'attuale assetto della struttura dell'*enforcement* europeo e nazionale non muterà significativamente.

Dagli aspetti presi in esame emerge sicuramente l'intento di rafforzare l'azione dei privati, dotandoli di strumenti e diritti processuali che ampliano la possibilità di ricorrere al rimedio risarcitorio. Si tratta tuttavia di specificazioni e chiarimenti di regole che a livello nazionale sono state introdotte, almeno da parte dei principali Stati membri, in via legislativa o giurisprudenziale, pur con svariate sfumature e criticità applicative.

Con particolare riferimento all'Italia, l'analisi del quadro attuale delle regole sul *private enforcement*, svolta prendendo ad esame le medesime questioni affrontate dalla Direttiva e analizzate in precedenza, permette di comprendere quali siano, almeno per l'ordinamento italiano, le prospettive non solo di recepimento ma, in ultima analisi, di mutamento dell'assetto dei rapporti tra azione pubblica e privata, al fine di comprendere se ci si può attendere, in conseguenza dell'adozione della Direttiva, un mutamento significativo delle regole che porterà ad un rafforzamento del *private enforcement* tale da poterlo considerare a tutti gli effetti il secondo equiordinato canale di attuazione delle regole di concorrenza, nell'ottica anche dell'incremento dell'effetto deterrente della normativa antitrust.

2. Le prospettive di trasposizione della Direttiva in Italia.

Al fine di comprendere le prospettive di recepimento della Direttiva e il possibile impatto di quest'ultima, occorre preliminarmente individuare e circoscrivere il quadro giuridico entro il quale la stessa si inserisce e sul quale è

destinata ad incidere.

A livello legislativo nazionale, il riferimento alle azioni risarcitorie per danni antitrust è rintracciabile, come è noto, nella L. 287/1990, il cui art. 33 individua azioni esperibili e autorità competenti in relazione alle violazioni del diritto antitrust nazionale.

Con riferimento alla normativa da ultimo menzionata, vi è stato un recente significativo mutamento, laddove la competenza a conoscere e giudicare delle violazioni del diritto della concorrenza, sia civile che nazionale, è stata opportunamente concentrata in capo alle sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i tribunali civili, modificando così il vecchio sistema che vedeva una illogica quanto inutile frammentazione della trattazione delle azioni risarcitorie, suddivise tra corti d'appello (competenti per le violazioni del diritto nazionale) e tribunali ordinari (competenti per le violazioni del diritto comunitario)³¹⁵.

Avendo le disposizioni della Direttiva un significativo e, forse, principale, impatto sugli aspetti più puramente processuali (sebbene con risvolti sostanziali) del rimedio risarcitorio in ambito *antitrust*, altro punto di riferimento è da rinvenire nelle norme processualcivilistiche e privatistiche, quantomeno con riferimento al regime dell'onere della prova, all'acquisizione delle prove nel processo civile, alle presunzioni, alla prescrizione e alla decadenza, alla legittimazione attiva (soprattutto con riferimento alle azioni di classe e al tema del danneggiato indiretto), e più in generale, a fare da presupposto, il quadro normativo sul risarcimento del danno (contrattuale ed extracontrattuale).

Su tutti questi aspetti deve poi farsi riferimento al fondamentale contributo della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, rivelatosi spesso essenziale nel chiarire (sebbene non sempre) i confini e le peculiarità del risarcimento del danno *antitrust* che – come vedremo – non con poche difficoltà si è ricavato il proprio spazio nel nostro ordinamento (faticando ancora molto).

A ciò si aggiunge il quadro più generale, anche di rilievo costituzionale,

³¹⁵ G. Bruzzone, A. Saja, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 256 ss.

dei rapporti tra “ordinamenti interni” e, segnatamente, tra il giudizio civile e il procedimento amministrativo.

Inoltre, dovrà tenersi conto dei principi contenuti nella legge di delegazione europea del 2014 (L. n. 401/2013)³¹⁶, il cui articolo 2 detta criteri e principi direttivi ai fini del recepimento della Direttiva in Italia.

Andando con ordine, si introdurrà, inizialmente, il tema delle azioni risarcitorie per danni antitrust in Italia, per poi passare all’analisi dei punti di maggior interesse trattati dalla giurisprudenza e su cui si ritiene debba essere posta l’attenzione, nell’ottica dell’analisi delle prospettive di recepimento a livello normativo delle disposizioni della Direttiva, individuandone spazi e limiti.

2.1. Il risarcimento del danno antitrust in Italia: brevi cenni sull’evoluzione storica del modello nazionale del rimedio risarcitorio per le violazioni delle regole di concorrenza.

L’azione risarcitoria per danni da illecito antitrust ha conosciuto negli anni una evoluzione all’interno degli Stati membri che hanno, chi più chi meno, modellato l’azione risarcitoria antitrust in ragione essenzialmente delle criticità poste e che sembrano principalmente legate alla considerazione delle particolarità che la materia antitrust porta con sé nel giudizio civile.

Tali particolarità vedono, in prima linea, la questione dell’accertamento della condotta che sembra richiedere un esame ai limiti del tecnico. Inoltre, si pongono una serie di questioni circa la decorrenza del termine di prescrizione, l’acquisizione di prove e la legittimazione attiva e altre ancora, che sono, anch’esse, spesso legate al fatto che il diritto antitrust e le relative violazioni si caratterizzano per le considerazioni di carattere tecnico che li coinvolgono e che connotano nel complesso anche lo strumento risarcitorio utilizzato in funzione della compensazione dei danni prodotti dalle violazioni delle regole di concorrenza.

L’accertamento della condotta comporta infatti la valutazione di specifici

³¹⁶ *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2014* (GU Serie Generale n.176 del 31-7-2015).

comportamenti di mercato e l'adozione si determinati comportamenti. La prescrizione, a sua volta, involge la considerazione della conoscenza, tutt'altro che scontata nel caso di violazioni antitrust, della condotta illecita, del danno e del nesso di causalità. La legittimazione attiva, poi, pone la non banale questione della considerazione del potenziale riverberarsi su un'ampia gamma di soggetti degli effetti della condotta.

Tutti questi aspetti comportano, quasi necessariamente, valutazioni tecniche proprie delle tipiche condotte che violano la normativa antitrust e che quindi ne influenzano fortemente il trattamento da parte del legislatore e delle corti, chiamati entrambi a prendere in considerazione tali peculiarità.

Ad influenzare fortemente l'azione risarcitoria per danni antitrust è, poi, un elemento per così dire esterno e la cui "interferenza" è qui di principale interesse, ossia l'eventuale accertamento della condotta da parte di un'autorità di concorrenza che, come già visto, rilevanti effetti ha nello svolgimento e valutazione dei presupposti dell'azione di danno.

Il modellamento dell'azione risarcitoria in ragione delle sue peculiarità è, si direbbe necessariamente, quanto avvenuto nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione e, per quanto qui d'interesse, in Italia.

Nel nostro ordinamento le azioni risarcitorie non hanno sinora avuto un'ampia diffusione e stanno ricevendo crescente attenzione soltanto di recente. Ciò in ragione di quella generalizzata mancanza di una diffusa cultura antitrust cui già si accennava³¹⁷, e che forse, sta progressivamente diminuendo sia dal lato delle imprese sia dal lato del cittadino.

Ciononostante, non sono mancate le occasioni a livello giurisprudenziale per giungere alla costruzione di un modello di azione risarcitoria antitrust in cui sono stati affrontati e, in certa misura, dissolti alcuni dubbi legati proprio alle peculiarità degli elementi che entrano in gioco in tali azioni, e cui si accennava, giungendosi ad avere un quadro tutto sommato delineato dell'azione che, come vedremo, già contiene in sé molti degli elementi della Direttiva.

Primaria considerazione merita la qualificazione dell'azione risarcitoria. Sotto questo aspetto può dirsi ormai consolidato l'orientamento che la qualificazione

³¹⁷ Si rinvia per queste considerazioni di carattere generale al capitolo I.

alla stregua di un'ordinaria azione extracontrattuale avente quale base giuridica l'art. 2043 del Codice civile.

La responsabilità per danni derivanti da illecito antitrust è quindi una responsabilità di tipo extracontrattuale che trova il proprio fondamento nel fatto illecito altrui (consistente nella violazione delle norme a tutela della concorrenza) e può essere esperita fornendo prova degli elementi canonicamente posti a base di un'azione risarcitoria aquiliana, ossia la prova della condotta, del danno ingiusto e del nesso di causalità fra condotta e danno³¹⁸.

Le prime decisioni in materia di risarcimento del danno antitrust datano gli anni '90 dello scorso secolo. Si tratta, però, sino ai primi anni del 2000, principalmente di azioni tra imprese (spesso, ma non sempre, legate da rapporti contrattuali).

Si segnalano, tra gli altri, i casi *Telsystem*³¹⁹, *Valgrana*³²⁰, *Albacom*³²¹, *Bluvacanze*³²², *INAZ Paghe*³²³, tutti intervenuti nella primissima fase dell'*enforcement* privato nazionale (fine anni '90, inizio anni 2000), potremmo dire di "riscaldamento" delle corti civili sulla materia del risarcimento del danno da illecito concorrenziale, casi in cui già emergevano le peculiarità degli elementi importati dalle tematiche antitrust nel processo civile per il risarcimento del danno.

La Corte di Cassazione, intervenuta in molti dei casi in occasione dell'impugnazione delle decisioni in sede di legittimità, ha formulato e stabilito alcuni principi chiave che hanno inciso fortemente sul sistema nazionale del *private antitrust enforcement*, principi poi seguiti dalla giurisprudenza di merito la quale pure ha sensibilmente contribuito alla strutturazione del modello, anche grazie alla recente istituzione, presso i tribunali, delle corti specializzate cui è stata di recente attribuita la competenza esclusiva in primo

³¹⁸ L. F. Pace, *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013, 325 ss.

³¹⁹ App. Milano, 24 dicembre 1996, *Telsystem c. SIP*.

³²⁰ App. Torino, 7 febbraio 2002, *Valgrana c. Cons. Tutela Formaggio Grana Padano e c. CSQA*.

³²¹ App. Roma, 20 gennaio 2003, *Telecom c. Albacom*.

³²² App. Milano, 11 luglio 2003, *Bluvacanze c. I Viaggi del Ventaglio-Turisanda_Hotelplan Italia*.

³²³ App. Milano, sentenza del 10 dicembre 2004, *INAZ Paghe c. Associazione Italiana Consulenti*

grado per le controversie relative alla violazione delle regole di concorrenza sia nazionali che comunitarie³²⁴.

La giurisprudenza sia di merito che di legittimità (non solo civile ma anche amministrativa) ha avuto modo di analizzare in concreto alcuni problemi che si pongono con riferimento all'utilizzo del rimedio risarcitorio e che interessano, principalmente, i temi in questa sede selezionati per un'analisi più approfondita della Direttiva, ovvero: (i) il tema della legittimazione ad agire (ii) il tema dell'efficacia nel giudizio civile risarcitorio delle decisioni delle autorità garanti nazionali divenute definitive; (iii) l'individuazione del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e del *dies a quo* dello stesso (iv) la distribuzione dell'onere probatorio e l'acquisizione delle prove al processo e (v) la quantificazione del danno.

Nei successivi paragrafi si ripercorrerà brevemente come tali temi sono stati affrontati dalla giurisprudenza nazionale, al fine di comprendere quali elementi di novità, se ve ne sono, la trasposizione della Direttiva introdurrà nel nostro ordinamento e che impatto essi possono avere sull'*enforcement* nazionale.

2.2. La legittimazione ad agire: consumatori, azioni di classe e acquirenti indiretti nel private antitrust enforcement italiano

2.2.1 La legittimazione dei consumatori a richiedere il ristoro di danni antitrust nella giurisprudenza italiana

Come si è visto nel capitolo I, in Italia le azioni risarcitorie per danno antitrust sono state (e sono tuttora) considerate prevalentemente un affare delle imprese, rimanendo il consumatore sostanzialmente il fanalino di coda nella lista dei soggetti che possono essere colpiti – avendo quindi il diritto ad essere risarciti per i relativi danni – dalle violazioni del diritto della concorrenza.

³²⁴ E' ormai opinione comune, infatti, che l'istituzione di corti specializzate per materia, che tra l'altro usufruiscono di un costante aggiornamento, ha fortemente contribuito al chiarimento di alcune problematiche del rimedio risarcitorio utilizzato in relazione alle violazioni delle regole di concorrenza, in ragione della maggiore sensibilità tecnica delle corti specializzate per gli elementi del tutto peculiari che vengono in considerazione nelle azioni in esame.

Con riguardo alla legittimazione dei consumatori ad agire al fine di ottenere il ristoro del danno antitrust, si è registrato un iniziale dissenso da parte della Corte di Cassazione, la quale, nel negare tale legittimazione, non ha inteso escludere che il consumatore sia un *player* del mercato – tesi che sarebbe stata invero ardita – ma che non lo sia nella prospettiva propria della normativa antitrust, non potendo quindi invocare gli strumenti sanzionatori di cui all'art. 33 della L. 287/90.

Il filone decisionale in cui il tema è stato affrontato sin dall'inizio origina da una serie di azioni risarcitorie instaurate avverso le imprese assicurative che hanno preso parte ad un cartello nel relativo settore, risultando infine sanzionate dall'Agcm³²⁵.

Afferma la Corte, nel 2002, nel caso *Axa*³²⁶, che *“In tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla l. 10 ottobre 1990 n. 287 ed alla luce di quella che è la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio - connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli art. 2 e 3 - contemplato dall'art. 33 ed in quella sede rimesso, per la sua cognizione, alla competenza esclusiva della corte di appello in un unico grado di giudizio di merito, non è aperto - in quanto tale - alla legittimazione attiva dei singoli c.d. "consumatori finali"”*.

Naturalmente, la Corte non ha escluso la possibilità per il consumatore di rivalersi a fini risarcitori, ma ha precisato che tale fine può essere perseguito azionando il diritto esercitando un'ordinaria azione risarcitoria ex art. 2043 ma non ai sensi della legge antitrust, nel caso in cui comunque a monte dell'intesa vietata si ponga un comportamento dell'impresa che presenti in concreto i caratteri di anti-giuridicità per violazione di uno specifico diritto soggettivo del consumatore.

La posizione assunta fino a tale momento dalla Corte è piuttosto *tranchante* e a favore di una lettura della normativa della concorrenza come

³²⁵ Si tratta del noto cartello RC Auto, di cui al provvedimento dell'Agcm n. 8546, del 28 luglio 2000.

³²⁶ Corte di Cassazione, 9 dicembre 2002, n. 17475, *Soc. Axa assicur. c. Larato*.

tesa a regolare esclusivamente i rapporti tra imprese, per di più concorrenti, rimanendo una questione circoscritta al circolo degli operatori economici, risultando forse difficile ritenere che l'illecito possa raggiungere soggetti che non si situino allo stesso livello di chi ha posto in essere la violazione³²⁷.

Il successivo contrasto giurisprudenziale, determinato da una avversa conclusione raggiunta da altra sezione della Corte, ha comportato l'intervento delle Sezioni Unite – su rimessione della questione da parte della III sezione civile³²⁸ - che, nella nota sentenza 2207 del 2005 relativa al caso *Unipol*³²⁹, hanno riconosciuto la legittimazione ad agire a fini risarcitori del singolo consumatore danneggiato da una condotta anticoncorrenziale, in relazione alla stessa condotta, senza ritenere necessaria l'individuazione di un comportamento che pregiudichi uno specifico diritto soggettivo del consumatore che si ritenga leso dalla violazione.

Nella propria, rivoluzionaria, statuizione la Corte ha fissato alcuni fondamentali principi in tema di legittimazione ad agire ai fini del risarcimento da illecito antitrust, prendendo atto – probabilmente nella consapevolezza della invalsa connotazione della normativa antitrust come *affaire* delle imprese – che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto; è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto di poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*³³⁰.

La Corte supera quindi il precedente orientamento delle sezioni semplici, per cui la normativa antitrust andava intesa come uno dei tasselli che regolano rapporti esclusivamente tra operatori del mercato, riconoscendo invece la più

³²⁷ Afferma la Corte nella sentenza *Axa*: “Si renderebbe difficilmente configurabile un qualsiasi diretto riflesso, una qualsiasi soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su essi l'esistenza in sé delle intese, le quali risultano concepite solo in funzione di chi le possa concludere e non potendo lo strumento risarcitorio non lasciar presupporre una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche” dell'impresa»

³²⁸ Cass. civ., sez. III, ordinanza n.15538 del 17 ottobre 2003.

³²⁹ Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2005, n. 2207, in *Danno e Responsabilità*, 2005, p. 495 con nota di B. Inzitari, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*.

³³⁰ *Ibidem*

ampia estensione del novero dei soggetti su cui la condotta anticoncorrenziale può incidere, pregiudicando gli interessi del singolo, anche consumatore.

Il nuovo orientamento della Corte ha trovato conferma nelle successive decisioni della stessa, che hanno ribadito, chiarito e riempito di contenuto i principi espressi nel 2005³³¹ e può dirsi ormai consolidato. Il passo successivo, nella acquisita consapevolezza della possibile estensione degli effetti pregiudizievoli della condotta, è stato quello della definizione dei contorni della legittimazione attiva con riferimento a tutta una serie “altri soggetti”, oltre l’impresa concorrente, che possono essere lesi dall’illecito e che potrebbero agire a fine risarcitori.

Confermato, infatti, il diritto dei consumatori di agire nei confronti dell’impresa che ha posto in essere la violazione, ulteriori questioni relative alla legittimazione attiva sono rimaste aperte e in cerca di risposta.

Si tratta, in particolare, della legittimazione dell’acquirente indiretto – e quindi del tema del *passing on* – nonché delle azioni di classe, entrambi temi trattati a livello comunitario e, come visto, regolati dalla Direttiva.

2.2.2 *Le azioni collettive in Italia: prospettive di riforma*

Con riguardo al tema delle azioni collettive, come accennato, il modello italiano di azione di classe – sebbene, come si vedrà, tale denominazione appare forzata – è regolato dall’art. 140 *bis* del Codice del consumo³³².

Tale articolo ha introdotto nel nostro ordinamento l’azione collettiva risarcitoria, considerata inizialmente l’approdo ufficiale della *class action* anche in Italia.

³³¹ Si veda, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria S.a.i.*, dove la Corte ha affermato che “l’azione risarcitoria proposta dall’assicurato nei confronti dell’assicuratore sanzionato dall’Agcm tende alla tutela dell’interesse giuridicamente protetto (dalla Costituzione, dalla normativa comunitaria e da quella nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale, interesse che può essere leso dai comportamenti anticompetitivi posti in essere dalle imprese; nonché alla riparazione del danno ingiusto consistente nell’aver pagato un premio di polizza superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato”.

³³² Introdotto con L. 24 dicembre 2004, n. 244.

Come è stato osservato³³³, l'azione collettiva prevista dall'art. 140 *bis* sembra tuttavia soltanto un'imitazione della vera e propria *class action*, con significative differenze rispetto al modello statunitense in precedenza esaminato³³⁴.

L'art. 140 *bis* circoscrive l'ambito di applicazione dell'azione collettiva, prevedendone la possibilità di esercizio ai fini della tutela: *a)* di diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del Codice civile; *b)* di diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere dall'esistenza di un diretto rapporto contrattuale; *c)* di diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Tale azione si aggiunge all'azione inibitoria già prevista dall'art. 139 del Codice del consumo, e regolata anche dal successivo art. 140, tesa a ottenere la cessazione di comportamenti lesivi, ovvero l'imposizione o adozione di misure volte a correggere o eliminare gli effetti dannosi della condotta.

L'azione collettiva italiana ha quindi un contenuto e ambito di applicazione circoscritto, nella misura in cui la stessa è limitata sia con riferimento ai possibili utilizzatori e dei destinatari, sia con riguardo ai diritti per i quali l'azione è consentita.

Volendone approfondire la struttura e il funzionamento, e dovendosi premettere che sull'azione di classe italiana vasto è stato l'interessamento da parte della dottrina in vari settori, si fornirà una breve descrizione della stessa, come da ultimo rivista e modellata nel 2012.

Il c.d. Decreto liberalizzazioni³³⁵ ha, infatti, in certa misura ristrutturato il modello inserito nel Codice del consumo quattro anni prima, nella maniera che si passa a illustrare.

³³³ A. Santa Maria, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro Bianco e legge Italiana*, in F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 75 ss.

³³⁴ Si rinvia sul punto al capitolo II.

³³⁵ D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27.

L'azione di classe – denominazione assunta proprio in virtù della modifica della rubrica dell'art. 140 *bis* con la riforma del 2012 – può essere utilizzata, tra gli scopi predefiniti e in precedenza elencati, ai fini dell'accertamento della responsabilità di un'impresa verso consumatori o utenti della stessa, al fine di ottenere una condanna dell'impresa al risarcimento del danno, liquidato dal tribunale in caso di accoglimento della domanda della classe. La lettera c) dell'articolo quindi prevede espressamente un'azione di tipo risarcitorio a differenza, come già detto, del rimedio inibitorio poco prima regolato dal medesimo Codice del consumo.

Gli interessi tutelati sono sia quelli individuali di consumatori e utenti, sia quelli “collettivi”³³⁶, che in genere si differenziano dalla semplice somma di interessi individuali, rappresentando una sorta di *tertium genus* degli interessi tutelabili, a metà strada tra quelli individuali e l'interesse pubblico³³⁷.

Il risarcimento è, come evidenziato dalla norma, relativo a diritti “omogenei”, costituendo l'omogeneità espressa condizione dell'azione. Tale dizione, introdotta dal Decreto liberalizzazioni in sostituzione della precedente, richiesta, “identità” dei diritti, sembra meno rigida ma altrettanto incerta quanto alla sua possibile interpretazione³³⁸.

Quanto all'illecito presupposto, l'ambito di applicazione dell'azione risarcitoria di cui alla lettera c) dell'art. 140 *bis* comprende sia le pratiche commerciali scorrette previste dallo stesso Codice del consumo, sia le pratiche anticoncorrenziali poste in essere da un'impresa, dovendosi in quest'ultimo caso fare riferimento ad una disciplina esterna rispetto al *corpus* normativo che regola l'azione di classe, ossia essenzialmente agli articoli 2 e 3 della L. 287/1990, nonché agli articoli 101 e 102 del TFUE.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, la norma conferma l'approccio ormai consolidato circa la legittimazione dei consumatori nelle azioni risarcitorie relative al ristoro di danni da illecito anticoncorrenziale adottato dalla Cassazione.

³³⁶ Art. 140 *bis*, comma 1, Codice del consumo.

³³⁷ E. Sbarbaro, *L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*, in *Diritto, mercato e tecnologia*, 11 novembre 2012.

³³⁸ *Ibidem*, 2.

Quanto alla tipologia di illeciti antitrust che può esporre un'impresa ad un'azione risarcitoria collettiva, sebbene non vi siano restrizioni in questo senso da parte della norma, si concorda con chi ritiene che la maggiore esposizione al rischio di azione di classe possa derivare dal coinvolgimento dell'impresa in un'intesa restrittiva volta alla fissazione dei prezzi al consumo, o dall'abuso di dominanza perpetrato attraverso la fissazione di prezzi eccessivi o l'imposizione di prestazioni supplementari non richieste (come avviene ad tipicamente nelle pratiche di *tying* e *bundling*)³³⁹.

Posta la breve e necessariamente non esaustiva descrizione delle principali caratteristiche dell'azione collettiva italiana evincibile dalle norme, sembra opportuno soffermarsi sugli aspetti, se esistenti, che ne evidenziano la diversità rispetto al modello proposto dalla Commissione nella Raccomandazione adottata nel Pacchetto sul risarcimento del danno. Ciò anche in ragione del fatto che, come già visto³⁴⁰, la Commissione ha preferito non imporre l'introduzione del ricorso collettivo agli Stati membri nella Direttiva³⁴¹ per una precisa scelta di *policy* legata al fatto che molti Paesi sono già dotati di forme di azioni risarcitorie collettive e alla constatazione dell'esistenza di sostanziali differenze tra gli Stati membri, elementi, questi, che hanno scoraggiato le pretese armonizzatrici con riguardo al tema del *collective redress*. Passando al confronto tra azione di classe regolata dal Codice del consumo e modello proposto nella Raccomandazione – di cui si ribadisce il carattere non vincolante, in quanto atto non legislativo della Commissione – come si è visto, un primo rilevante elemento di differenza sta nel fatto che l'azione *ex art. 140 bis* sembrerebbe circoscritta sia soggettivamente che oggettivamente a un ambito operativo abbastanza ristretto, laddove invece il modello proposto nella Raccomandazione risulta di più ampio respiro.

Sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione, la lettera c) del primo comma dell'articolo 140 bis, nel menzionare espressamente oltre alle pratiche commerciali scorrette anche, in termini molto generali, gli illeciti anticoncorrenziali, risulta fornire una certa copertura rispetto ai diritti cui è

³³⁹ *Ibidem*, 4.

³⁴⁰ Si rinvia sul punto al capitolo II

³⁴¹ Si veda il considerando n. 13 della Direttiva.

riferita la Direttiva, essendo quest'ultima ovviamente rivolta alle violazioni del diritto della concorrenza. Si riscontra però la ristrettezza dell'azione di classe italiana rispetto alla Raccomandazione, nella quale la Commissione ha, a dire il vero, auspicato un ampliamento dei sistemi nazionali di *collective redress* anche ad altre violazioni di disposizioni di origine europea suscettibili di generare danni plurisoggettivi³⁴².

Sotto il profilo della legittimazione attiva, invece, risulta esservi una certa congruenza nella misura in cui il modello dell'azione di risarcitoria collettiva ex art. 140 *bis* contempla un'azione di gruppo basato sul sistema di *opt-in* e sull'iniziativa diretta del singolo, o su mandato all'associazione, entrambe ipotesi conformi a quanto previsto a livello comunitario, tenuto conto che la Raccomandazione non contempla un preciso modello di azione collettiva, lasciando agli Stati membri la scelta se optare per un'azione rappresentativa o per una vera e propria azione di gruppo.

Altri sono invece gli aspetti della Raccomandazione che non sembrano rinvenibili nel modello italiano e che, forse, richiederebbero un adeguamento proprio in sede di recepimento della nuova normativa europea, ove il legislatore decidesse di sfruttare l'occasione dell'implementazione della Direttiva anche per recepire le indicazioni non vincolanti contenute nella Raccomandazione.

Un primo aspetto è quello riguardante il possibile finanziamento delle azioni da parte di un soggetto terzo, che nel nostro ordinamento non è regolato, almeno per le azioni di classe, su base trasparente: non vi sono infatti specifiche previsioni che intervengano su questo aspetto, a dire il vero critico, dei ricorsi collettivi e che pone una serie di problematiche, con riferimento ad esempio al ruolo del terzo finanziatore e del possibile abuso da parte di questi, nonché della possibilità che la remunerazione del terzo finanziatore risulti calcolata sull'importo del risarcimento.

Altri temi che andrebbero regolati, e che forse destano maggior interesse, attengono alla compatibilità con il quadro nazionale sul compenso degli avvocati, coordinando la questione del compenso nelle azioni risarcitorie con il tema del calcolo del compenso su base percentuale e la distinzione con il c.d.

³⁴² A. Saja, *La Raccomandazione della Commissione Europea sui ricorsi collettivi e l'impatto sull'ordinamento italiano*, in *Note e Studi*, Assonime, 2014, n. 2.

patto di quota lite³⁴³ che, come noto, è vietato nel nostro ordinamento.

Segnalate le principali lacune della legislazione nazionale rispetto al modello della Raccomandazione, interessante risulta anche il confronto con il modello statunitense.

Gli elementi di sensibile differenziazione rispetto al modello di *class action* d'oltreoceano sono soprattutto di natura procedurale³⁴⁴, tra cui spicca la tipologia di modello di adesione che, al contrario di quanto previsto nel modello statunitense, adotta il meccanismo di *opt-in*, in base al quale gli effetti dell'azione proposta e della sentenza non sono estesi automaticamente a tutti i membri della classe, ma soltanto a coloro, tra questi, che abbiano espressamente aderito all'azione di propria iniziativa o tramite associazioni o comitati secondo il modello della rappresentanza processuale.

A parte le differenze strutturali tra le due azioni, emerge però sicuramente il comune intento di fondo consistente nella finalità di fornire una forma di tutela ad interessi collettivi³⁴⁵, al pari dell'azione collettiva prevista dalla Raccomandazione. Posto comunque che anche quest'ultima, come visto, non riflette il modello americano di *class action*, l'adozione del Pacchetto europeo sul risarcimento del danno in Italia, che in ipotesi contempli anche un adeguamento alla Raccomandazione, non dovrebbe avere un significativo impatto da questo punto di vista, in quanto ciò non comporterebbe l'introduzione di elementi che possano avvicinare la *class action* italiana, rimodellata sulla base europea, a quella d'oltreoceano.

Ciò che rileva è, invece, il possibile ampliamento dell'ambito applicativo e delle conseguenze sul piano risarcitorio dell'azione collettiva italiana ove la Raccomandazione venisse seguita. Si avrebbe infatti in questo caso la possibile introduzione del *collective redress* come vera e propria azione risarcitoria, cosa

³⁴³ Consistente nel patto che prevede che l'avvocato percepisca come compenso, in tutto o in parte, una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa nell'accordo (per una definizione e spiegazione si veda R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Giuffrè, 2015, 96 ss.) ed espressamente vietato dall'art. 25, comma 2, del Codice deontologico forense, pur con tutti i dubbi interpretativi sollevati da tale divieto e dalla poco chiara distinzione con quanto invece ammesso dal comma 1 della medesima disposizione, che considera leciti i "compensi a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare al destinatario della prestazione, non soltanto a livello strettamente patrimoniale".

³⁴⁴ A. Santa Maria, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro Bianco e legge Italiana*, cit., 2.

³⁴⁵ *Ibidem*, 3.

che non è al momento nel sistema italiano di azione di classe: ciò che il privato può ottenere con l'azione *ex art. 140 bis* è una decisione che accerta le illegittimità, dovendosi però poi agire, in base a tale titolo esecutivo, con separata e apposita azione risarcitoria o restitutoria per ottenere personale ristoro, posto che l'azione di classe italiana prevede solo la possibilità di un diritto al risarcimento che sorge in capo agli aderenti all'azione e che la sentenza liquida equitativamente il danno, oppure ne fissa i criteri per la liquidazione, in favore di tutti gli aderenti³⁴⁶.

Posto quanto descritto sulla base di un confronto, con riguardo all'impatto del recepimento del Pacchetto europeo, tra tutti gli aspetti che riguardano la possibile dialettica tra sistema europeo e sistema nazionale di azione collettiva sembra di maggior interesse il rapporto che può instaurarsi tra l'azione di classe e l'istruttoria dell'Agcm.

Anche l'azione collettiva, ove riguardi illeciti anticoncorrenziali, al pari delle azioni individuali, può farsi rientrare, a seconda delle circostanze, nella categoria delle azioni *stand alone* o in quella delle azioni *follow on*, dovendosi quindi svolgere le osservazioni fatte sul recepimento della Direttiva con riferimento a queste due tipologie di azioni, anche con riguardo alla forma collettiva di azione risarcitoria.

Ebbene, prendendo in considerazione il sistema attualmente in vigore, sembra porsi qualche problema nel caso in cui l'azione poggia su un preventivo accertamento o si intrecci con l'azione dell'Autorità.

E' interessante rilevare come la Raccomandazione, con specifico riferimento alle azioni *follow on*, espressamente indichi che le azioni collettive dovrebbero essere avviate solo a conclusione del procedimento amministrativo, ove questo risulti già instaurato: sembrerebbe quindi istituire un rapporto di consequenzialità, se non addirittura una condizione di procedibilità – al limite della pregiudizialità amministrativa – introducendo inoltre l'indicazione di un divieto per il giudice di emettere decisioni in contrasto³⁴⁷, secondo la regola del

³⁴⁶ M. Scuffi, *Le implicazioni della direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, Genova, 20 novembre 2015.

³⁴⁷ Ai sensi del considerando 33 della Raccomandazione “*Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché, nei settori del diritto in cui a un'autorità pubblica è conferito il potere di adottare decisioni che accertano l'avvenuta violazione di norme dell'Unione, le azioni di*

carattere vincolante delle decisioni definitive sull'infrazione previsto in generale dalla Direttiva³⁴⁸ (la quale evita tuttavia di fare diretto riferimento al contrasto tra decisioni³⁴⁹).

Su tale aspetto, a dire il vero, l'art. 140 *bis* sembra già allineato con la Raccomandazione: nell'indicare la possibilità per il giudice, nell'ambito dello scrutinio di ammissibilità dell'azione, di sospendere il giudizio qualora “*sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*”³⁵⁰, il legislatore sembra aver tenuto conto della necessità di evitare possibili contrasti, al pari della Raccomandazione. Naturalmente, però, e in linea con la non – legislativamente – affermata vincolatività dei giudizi dell'autorità di concorrenza, non si tratta di un obbligo ma di una mera facoltà del giudice di sospendere il giudizio.

Tuttavia, va osservato, come avrà modo di vedersi in dettaglio più avanti con riferimento specifico al rapporto tra giudizio amministrativo e azione risarcitoria incardinata davanti a un tribunale italiano, che la sospensione legata all'attesa dell'esito del procedimento amministrativo non appare praticabile, in quanto non sembra potersi far rientrare in nessuna delle ipotesi contemplate dal Codice di procedura civile agli articoli 295 (che regola la sospensione necessaria) e 296 (che regola la sospensione volontaria)³⁵¹, sebbene vi sia chi intraveda un margine di applicazione dell'una o dell'altra norma al fine di prevenire il possibile contrasto tra decisioni nel caso di specie³⁵². Diverso il discorso per il processo di impugnazione che, al contrario, sembra potersi fare

ricorso collettivo siano, di regola, avviate solo dopo che l'eventuale procedimento dell'autorità pubblica, aperto prima dell'inizio dell'azione privata, si sia definitivamente concluso. Se il procedimento dell'autorità pubblica è aperto dopo l'inizio dell'azione di ricorso collettivo, il giudice dovrebbe evitare di emettere una pronuncia che contrasti con la decisione contemplata dall'autorità pubblica. A tal fine il giudice può sospendere l'azione di ricorso collettivo sino alla conclusione del procedimento dell'autorità pubblica”.

³⁴⁸ M. Scuffi, *Le implicazioni della direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, cit., 4.

³⁴⁹ Si rinvia sul punto al capitolo II.

³⁵⁰ Art. 140 *bis*, comma 6, del Codice del consumo.

³⁵¹ I. Pagni, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in A. Catricalà, E. Gabrielli (a cura di), *I contratti della concorrenza*, UTET, 2011, 523 ss., 546.

³⁵² V. Mosca, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle telecomunicazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 2, 14.

rientrare quantomeno nella fattispecie prevista dall'art. 295 c.p.c.³⁵³.

La sospensione ha, peraltro, trovato applicazione in uno dei pochi casi di azioni collettive annoverabile nell'esperienza nazionale, nonché unico caso riguardante specificamente illeciti anticoncorrenziali³⁵⁴.

Nel caso *Moby*³⁵⁵, relativo al cartello dei traghetti accertato con provvedimento dell'Autorità³⁵⁶, poi annullato con sentenza del TAR, confermata dal Consiglio di Stato³⁵⁷, che ha escluso la sussistenza nel caso di specie di profili anticoncorrenziali, l'azione di classe promossa da una associazione di consumatori per conto di un consistente numero di passeggeri delle compagnie coinvolte, è stata infatti sospesa dal Tribunale di Genova, presso cui era stata incardinata, in attesa dell'esito del giudizio pendente in sede amministrativa. L'azione è poi stata "travolta" dall'accertamento negativo compiuto dal Consiglio di Stato, essendo venuti meno i presupposti della stessa, vagliati nel giudizio di ammissibilità da parte del Tribunale.

Ciò posto, occorre rilevare che, in Italia, l'utilizzo dell'azione collettiva risarcitoria è stato sinora piuttosto esiguo, ancor più se riferito agli illeciti anticoncorrenziali, se si considera che il caso *Moby* appena menzionato è l'unico noto. Le azioni non sembrano sufficientemente incentivate e, oltretutto, si risolvono nella maggioranza dei casi in un giudizio preliminare di inammissibilità, spesso dovute a errori procedurali degli stessi promotori³⁵⁸.

Questa circostanza, considerando che obiettivo primario della Direttiva e del Pacchetto sul risarcimento del danno, ivi inclusa quindi la Raccomandazione, sarebbe quello di facilitare (ed incrementare) l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dei privati, e che l'azione collettiva italiana non si discosta, nei suoi tratti fondamentali, da quanto contenuto nella Raccomandazione, sembra che sotto il punto di vista dell'incentivazione delle

³⁵³ Sul punto si rinvia più nel dettaglio al successivo paragrafo 3.

³⁵⁴ Traccia dell'incardinamento di azioni collettive è tenuta su www.consumatoridirittimercato.it

³⁵⁵ Per una descrizione chiara del caso, si rimanda a G. Afferni, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2012, n. 2, 118 ss.

³⁵⁶ provvedimento n. 24405 del 11 giugno 2013, I743 *Traghetti da/per la Sardegna*

³⁵⁷ Consiglio di Stato, n. 4123/2015.

³⁵⁸ Un quadro riassuntivo delle cause dell'inammissibilità è dato su <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/perche-le-azioni-di-classe-vengono-dichiarate-speso-inammissibili/>

azioni collettive il recepimento del Pacchetto possa anch'esso non incidere in maniera significativa, al pari delle altre misure della Direttiva qui analizzate.

L'azione di classe italiana, sebbene non perfettamente aderente al modello disegnato dalla Commissione, ne condivide i tratti essenziali e, quindi, se già adesso il sistema delle azioni collettive stenta a decollare, non molto ci potrà attendere dall'eventuale trasposizione dei principi contenuti nella Raccomandazione (così come nella Direttiva), che poco sembrano aggiungere al modello nazionale. Come già osservato con riferimento alla Direttiva, quindi, ciò che ci si potrebbe attendere dall'adozione di tali principi è solo un effetto di armonizzazione, ma non un mutamento sostanziale che porti, anche attraverso il *collective redress*, al reale rafforzamento del *private antitrust enforcement*.

Pare necessario a questo punto riferirsi alla prospettiva futura del diritto interno delle azioni collettive. E' infatti attesa l'approvazione della nuova normativa, in cantiere da oltre un anno, che modificando il Codice di procedura dovrebbe introdurre la nuova *class action*, abrogando espressamente l'art. 140 bis del Codice del consumo³⁵⁹. La proposta di legge presentata nel 2015 alle camere³⁶⁰, approvata alla Camera dei deputati e adesso passata al vaglio del Senato³⁶¹, contempla l'introduzione nel Codice di procedura civile dei nuovi articoli 840 bis -840 sexiesdecies che dovrebbero apportare una disciplina ridisegnata dell'azione collettiva.

L'azione manterrà il modello *opt-in* – e su ciò era lecito attendersi che non sarebbe stata accolta la possibilità di fare un salto ulteriore verso il sistema di *opt-out*, sulla scorta di quanto fatto, invece, nel Regno Unito – ma con una sostanziale novità: in base al disegno di legge, sarà infatti possibile, come avviene tipicamente nei sistemi di *opt-out*, aderire anche a seguito dell'emissione della pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe e che indica i presupposti oggettivi per l'inserimento nella classe.

L'azione potrà essere esperita per la tutela dei “diritti individuali

³⁵⁹ Per un primo commento si veda <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/dal-140-bis-cod-cons-all840-bis-c-p-c-la-possibile-svolta-dellazione-di-classe/>

³⁶⁰ Proposta di legge n. 1335 recante “*Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 2062.*”

³⁶¹ Si rimanda, per una completa analisi, al dossier del Centro Studi del Senato <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00955250.pdf>

omogenei” (ma non più anche degli “interessi collettivi”, venendo quindi assorbita l’estensione operata nel 2012 con il Decreto liberalizzazioni, dal dubbio valore aggiunto e piuttosto confusionario) da ciascun componente della classe, nonché dalle associazioni o comitati preposti alla tutela di tali diritti.

L’azione avrà ad oggetto l’accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in termini generali, non essendo quindi più ristretta, come è invece attualmente, ad ipotesi tassative, mantenendo invece un carattere aperto.

Si prevede, inoltre, che il giudizio di ammissibilità debba essere definito entro trenta giorni dalla prima udienza, e il giudice competente sarà il tribunale delle imprese, optandosi quindi anche in questo caso per la devoluzione alla corte specializzata.

Ancora, al fine di garantire pubblicità all’azione (cosa alquanto opportuna visto lo scarso utilizzo del mezzo), si prevede che tutti gli atti salienti della stessa (ivi compreso l’atto di citazione) saranno pubblicati a cura della cancelleria sul sito web del Ministero della Giustizia.

Il testo della riforma, non ancora definitivo, potrà essere meglio commentato se e quando sarà definitivamente approvato. Un rilievo però appare opportuno, con riferimento al fatto che nel testo della proposta di legge non sembra esservi alcun riferimento alla gestione della contemporanea pendenza del procedimento, o del giudizio amministrativo avente ad oggetto condotte anticoncorrenziali, e della *class action*.

Tale mancanza potrebbe attribuirsi alla circostanza che, nella proposta di riforma, viene meno la tipicità delle situazioni soggettiva a base dell’azione, sicché è forse parsa superflua ogni menzione dei procedimenti amministrativi o impugnazioni dei provvedimenti emessi al loro esito. Certo è che il problema potrebbe in ogni caso porsi e, a quel punto, sarà inevitabile la ricerca di una soluzione che, ove fosse basata sui precedenti giurisprudenziali o dovesse rifarsi alla normativa attuale, pur se abrogata, probabilmente considererà l’applicazione dell’art. 295 c.p.c. ai fini della sospensione dell’azione collettiva in attesa dell’esito dell’istruttoria o del giudizio. In tal modo, tuttavia, forzando l’utilizzo dell’istituto della sospensione e promovendo la subordinazione dell’azione civile all’accertamento amministrativo, se non addirittura il carattere

pregiudiziale dello stesso.

2.2.3 *L'utilizzo del passing on nelle azioni risarcitorie innanzi le corti italiane*

Ulteriore tema d'interesse nella prospettiva dell'analisi dell'impatto della trasposizione della Direttiva è l'ammissibilità dell'eccezione del *passing on* e la legittimazione degli acquirenti indiretti nell'azione per danni da illecito antitrust.

Come si è avuto modo di illustrare nel Capitolo II, la Direttiva si occupa espressamente del tema, riconoscendo la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti dell'*infringer*. Al contempo, si ammette la proposizione dell'eccezione di *passing on* da parte dell'impresa convenuta.

In Italia, il tema del *passing on* non è nuovo, essendo stato trattato, sebbene in pochissimi e non molto recenti casi, ove il tema è venuto in considerazione principalmente sotto il profilo difensivo, essendo stata sollevata da parte della società convenuta l'eccezione di traslazione del danno subito da parte dell'attore sui propri acquirenti.

Nel caso *Juventus FC*³⁶², risalente al 2000, incardinato innanzi la Corte di appello di Torino, la società attrice lamentava di essere vittima di un abuso di posizione dominante, posto in essere dalla società calcistica convenuta, nel mercato della vendita di biglietti per un evento calcistico³⁶³.

In quell'occasione, la corte territoriale, anticipando in un certo senso la giurisprudenza *Courage* della Corte di Giustizia, ha riconosciuto la legittimazione attiva tanto dei soggetti equiordinati all'impresa che ha posto in essere la violazione, tanto dei soggetti in posizione subordinata³⁶⁴.

³⁶² App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a.*, in Danno e resp. 2001, 46.

³⁶³ Nel caso di specie, l'attrice lamentava l'abuso da parte della società calcistica consistente nell'imposizione, tra le altre cose, di acquistare i biglietti per una trasferta internazionale insieme con altri servizi quali il trasporto aereo ed il pernottamento in albergo. Secondo la Corte d'Appello di Torino, questi costi ulteriori sarebbero stati traslati integralmente sui tifosi acquirenti finali del pacchetto da parte di *Indaba*, la quale aveva quindi integralmente recuperato le somme versate alla *Juventus FC*.

³⁶⁴ M. Carpagnano, *Le difese dell'impresa convenuta e il passing on*, in L. F. Pace, *Dizionario sistematico della concorrenza*, cit., 305

Su tale presupposto, che segna un'apertura nei confronti dei potenziali legittimati, la corte torinese ha affermato che spetta la legittimazione attiva esclusivamente al “*soggetto che [ha] concretamente subito un danno*”, ritenendo al contrario privo di legittimazione attiva “il “*soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali*”.

E' interessante notare il presupposto su cui si basa la decisione: la corte infatti intravede una compartecipazione all'illecito da parte della stessa attrice per il fatto dell'avvenuta traslazione, facendone derivare la legittimazione da parte degli acquirenti finali del prodotto. Afferma infatti la corte che “*poiché la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era latente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del danno [...]*» dovendosene ricavare il sostanziale dolo dell'attrice e escludere di conseguenza il diritto della stessa al risarcimento del danno³⁶⁵.

Il tema del *passing on* di danni antitrust è stato affrontato anche nel caso *Geasar*³⁶⁶, nel quale la società *Unimare* lamentava di essere stata vittima di un abuso di posizione dominante da parte di *Geasar*, concessionaria esclusiva del servizio di *handling* aeroportuale dei passeggeri presso l'aeroporto di Olbia³⁶⁷.

La corte territoriale, con osservazioni parzialmente diverse rispetto a quelle svolte dalla Corte d'appello di Torino per fondare il difetto di legittimazione attiva – basate sull'indistinta incidenza della condotta su più soggetti, e non solo su *Unimare*, nonché sulla mancanza del nesso di causalità tra il danno e la condotta³⁶⁸ – ha concluso tuttavia in egual maniera, negando il

³⁶⁵ G. Afferni, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale ed europeo*, cit. 495.

³⁶⁶ App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 346.

³⁶⁷ Nel caso di specie, l'impresa convenuta avrebbe indebitamente imposto sull'attrice prezzi monopolistici per consentirle di svolgere alcuni servizi di trasporto dall'aeroporto di Olbia all'isola della Maddalena a favore della base militare statunitense. Secondo la Corte d'Appello di Cagliari, che ha rilevato anch'essa il difetto di legittimazione attiva dell'attrice, questi maggiori costi sopportati da *Unimare* sarebbero stati traslati integralmente sui clienti statunitensi, recuperandoli integralmente.

³⁶⁸ Ha osservato la corte che “[...] *l'aumento delle tariffe aeroportuali operato dalla Geasar S.p.a. non ha inciso direttamente sugli interessi della Unimare S.r.l. Infatti, da un lato le nuove tariffe hanno colpito indistintamente tutti i soggetti interessati nella gestione dell'aeroporto di Olbia Costa Smeralda e non solo l'attrice. Per altro verso, dato il particolare tipo di rapporto esistente tra la Unimare S.r.l. ed il Naval Service Order, gli aumenti dei costi di gestione sono andati a gravare unicamente sull'ente statunitense, che, come è pacifico in causa, provvedeva al rimborso delle spese vive sopportate dalla sua intermediatrice. [...] Per cui appare evidente la mancanza di un nesso di causalità diretta tra gli aumenti tariffari in questione ed i danni lamentati dall'attrice*”.

diritto dell'attrice ad agire ai fini del risarcimento del danno lamentato, in quanto i costi sopportati erano di fatto stati recuperati attraverso le tariffe praticate alla clientela.

I due casi citati hanno riguardato esclusivamente l'utilizzo dell'eccezione di *passing on* (quindi, in chiave difensiva). Per quanto riguarda l'ammissibilità del *passing on* anche ai fini dell'esercizio dell'azione, ossia al fine di legittimare l'azione di un acquirente indiretto dell'*infringer*, cenni si riscontrano nella presunzione del trasferimento del maggior prezzo a valle della catena commerciale fino al consumatore finale espressa dalla Cassazione nell'ambito della consultazione pubblica relativa al Libro Bianco³⁶⁹.

Nella giurisprudenza, si registrano al momento pochissimi casi che vedono l'utilizzo del *passing on* in chiave offensiva: si ricorda, in particolare, il caso *International Broker*³⁷⁰, e il recente caso che ha visto coinvolte Roche e Novartis³⁷¹.

Nel giudizio *International Broker*, relativo alla fissazione di prezzi del bitume da parte di alcune società operanti nella raffinazione del petrolio, queste ultimesono state convenute in giudizio, a fini risarcitori, da una società di intermediazione commerciale del settore, che non aveva avuto alcun contatto diretto con le stesse, avendo acquistato le miscele da un rivenditore, e alla quale è stata riconosciuta la legittimazione ad agire³⁷².

Nel più recente caso *Avastin/Lucentis*, riguardante un'azione *follow on* che seguiva l'accertamento del cartello relativo alla vendita dei due farmaci³⁷³, un consumatore ha convenuto in giudizio le due imprese farmaceutiche produttrici (Roche e Novartis) lamentando il maggior costo sostenuto a causa del trattamento oculistico effettuato con l'impiego di Lucentis, più costoso

³⁶⁹ Corte di Cassazione, documento 11 luglio 2008, disponibile sul sito www.ec.europa.eu

³⁷⁰ App. Roma, ord. 31 marzo 2008, *International Broker*, in *Il merito*, 29, 2008.

³⁷¹ Trib. Torino, 31 marzo 2015, in *Contratti*, 2015, 1109.

³⁷² M. Scuffi, *Risarcimento del danno ed ampliamento dei meccanismi liquidatori nel private enforcement del diritto antitrust*, intervento alla "4th Lear Conference on the Economist and the Judge" in tema di "Private litigation and damages assessment in antitrust and IPRs cases", Roma, 23-24 giugno 2011.

³⁷³ Agcm, provv. n. 24823 del 27 febbraio 2014, confermato da Tar Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168, impugnata con ricorso in Consiglio di Stato, attualmente pendente in attesa della decisione della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale richiesto dalle due imprese farmaceutiche.

rispetto ad Avastin. In questo caso la legittimazione attiva è stata pacificamente riconosciuta, non avendo le controparti, né la corte, effettuato alcun rilievo teso a negare che si fosse in presenza di un caso di traslazione del sovrapprezzo sul consumatore finale, ossia il paziente.

Ciò nonostante, le richieste dell'attore non sono state accolte, ritenendo la corte non provata la relazione causale tra la condotta anticoncorrenziale e la prescrizione del farmaco più costoso, così ponendosi apparentemente in contrasto con i precetti contenuti nella Direttiva in tema di presunzione della traslazione del danno, nonché con i principi espressi dalla Corte di Cassazione in merito all'utilizzo dei poteri istruttori del giudice³⁷⁴.

A parte quest'ultimo rilievo circa i possibili contrasti tra giurisprudenza di merito e (futura) regolazione, emerge da quanto descritto che quello della traslazione del danno da illecito antitrust non è comunque un tema nuovo al nostro ordinamento e che l'ammissibilità dell'azione e dell'eccezione su di essa basate pare pacificamente accolta. Il tema del *passing on* non è, peraltro, esclusiva delle azioni risarcitorie di diritto antitrust.

Recenti esempi dell'utilizzo a fini difensivi dell'eccezione di traslazione sono i contenziosi relativi alle *airport fees*, che vedono contrapposte numerose compagnie aeree ad altrettanto numerose compagnie petrolifere ai fini del risarcimento o della restituzione delle somme corrisposte dai vettori a titolo di tariffe aeroportuali, pagate alle compagnie petrolifere. In tali giudizi, quasi tutte

³⁷⁴ La corte torinese, in particolare, ha ritenuto non provato il nesso causale tra condotta e danno, nella misura in cui l'attore non avrebbe fornito alcuna prova del fatto che la prescrizione del farmaco più costoso effettuata dal medico fosse in qualche modo riconducibile all'intesa accertata dall'Agcm e non ad una sua libera determinazione circa la soluzione terapeutica da adottare (non avendo peraltro l'attore formulato una richiesta di assegnazione di termini ex art. 183, comma 6 c.p.c. per la produzione di ulteriori prove ed essendosi limitato ad allegare il provvedimento dell'Agcm e la prova dell'acquisto del farmaco da parte della clinica). A questo riguardo, è significativo quanto rilevato in dottrina (si veda in commento alla sentenza in esame F. Mezzanotte, *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, in *Contratti*, 2015, 1109), circa la potenziale incidenza sul caso di specie dei principi stabiliti dalla Direttiva, essendosi rilevato che le condizioni previste dalla Direttiva ai fini della presunzione della traslazione del danno prodotto dalla condotta sarebbero state rispettate e che, comunque, si tratterebbe di un caso di danno da cartello in relazione al quale la Direttiva stessa prevede una presunzione di sussistenza del nesso di causalità. Si è, inoltre, richiamato l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nel caso *Cargest* (su cui *infra*) circa l'impiego dei mezzi istruttori da parte del giudice in "soccorso" delle parti. L'applicazione di tali principi, come correttamente osservato, di fatto ribalterebbe le conclusioni raggiunte dalla corte territoriale, sicché non è da escludere che sorgano in futuro possibili contrasti a Direttiva implementata.

le compagnie petrolifere hanno sollevato l'eccezione di *passing on* delle somme richieste dai vettori sui passeggeri di questi ultimi, attraverso l'inclusione nel prezzo del biglietto aereo, di solito sotto la voce di *fuel surcharge*. Le decisioni non definitive sinora assunte in tali procedimenti – molti dei quali ancora in fase istruttoria – mostrano che il tema è stato preso in considerazione dalle corti, essendo la verifica dell'avvenuta traslazione espressamente ammessa ai quesiti rivolti nella consulenza tecnica d'ufficio.

Ciò considerato, può ritenersi che anche con riferimento al tema del *passing on*, almeno per l'ordinamento italiano, l'implementazione della Direttiva non avrà un impatto innovativo. Può, al più, attendersi che la trasposizione delle nuove norme renda attori e convenuti maggiormente consapevoli del tema e della possibilità di utilizzo in giudizio del fenomeno economico della traslazione.

2.3. *L'efficacia dei provvedimenti dell'Agcm nei giudizi risarcitori per danni antitrust nella prassi decisionale delle corti italiane: onere probatorio dell'attore, difesa del convenuto e pregiudizialità.*

Come negli altri Stati membri e a livello comunitario, anche in Italia è stata accolta, nell'ambito del contenzioso avente ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti da illecito antitrust, la distinzione tra azioni *stand alone* e azioni *follow on*³⁷⁵. Con riferimento a queste ultime si pone il problema del coordinamento tra le due sfere dell'*enforcement* con riguardo al valore probatorio da attribuire all'accertamento dei fatti compiuto dall'Agcm (o dalla Commissione), tenendo anche conto che, sul punto, la legge non fornisce alcuna indicazione³⁷⁶.

L'unica disposizione dell'ordinamento che considera lo strumento risarcitorio in ambito *antitrust*, (oltre al già menzionato l'art. 140 bis del Codice del consumo), ossia l'art. 33 della l. 287/90, non contiene infatti riferimento al

³⁷⁵ A. Trotta, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, L.F. pace (a cura di) *Dizionario sistematico della concorrenza*, cit., 361 ss.

³⁷⁶ *Ibidem*, 363.

rapporto tra l'accertamento in sede amministrativa e il susseguente giudizio risarcitorio incardinato dal soggetto danneggiato.

Ciò sembra porre un problema di coordinamento, stante il fatto che, contrariamente, per i provvedimenti assunti a livello comunitario vi è una disposizione chiara e di diretta applicazione (il già analizzato articolo 16 del Regolamento 1/2003) che attribuisce efficacia vincolante alle decisioni della Commissione, sebbene con non pochi problemi di inquadramento sistematico (in primis di natura costituzionale)³⁷⁷.

In assenza di una norma di pari valore riferita alle decisioni delle autorità nazionali, tanto a livello comunitario che nazionale, si è reso necessario comprendere che valore probatorio possano avere tali decisioni nel giudizio risarcitorio, stante l'impossibilità di ignorarne l'influenza.

Il tema ha ricevuto grande attenzione da parte della giurisprudenza civile, sia di merito che di legittimità, investita del contenzioso risarcitorio in materia antitrust e che, si direbbe, è giunta a conclusioni che hanno di molto anticipato le previsioni della Direttiva, pur assumendo una posizione meno radicale, ma non per questo meno problematica, nella valutazione sistematica complessiva del valore probatorio da attribuire in sede civile alle decisioni dell'Agcm.

La giurisprudenza italiana si è posta sin da subito il problema, sia nel noto filone di azioni risarcitorie che hanno fatto seguito all'accertamento del cartello nel settore assicurativo³⁷⁸, che ha in un certo senso dato il via all'analisi di gran parte delle questioni qui analizzate in sede giurisprudenziale³⁷⁹, sia nei casi riguardanti altri settori, dove si è per la prima volta fornita una concreta qualificazione del valore probatorio da attribuire alle decisioni, poi

³⁷⁷ Si rinvia sul punto al capitolo II.

³⁷⁸ da ultimo, Corte di Cassazione, 6 luglio 2015, n. 13890; id. ordinanze del 11 settembre 2015, nn. 17996 e 17998

³⁷⁹ Il punto di partenza è Corte di Cassazione 2305/2007, che però non ha affrontato espressamente il tema della valenza probatoria del provvedimento, ma ha semplicemente constatato che “ [...] *all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità Garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività) o la relativa ingiustizia nei termini (già specificati) di lesione del proprio interesse alla trasparenza e competitività del mercato stesso [...]*”.

mantenuta³⁸⁰.

Con la nota decisione resa nel caso *Inaz Paghe*³⁸¹ la Corte ha affermato la natura di *prova privilegiata* da attribuirsi alla decisione dell'Agcm, affermando che “*E' indubbio che la decisione dell'Autorità Garante o dei Giudici amministrativi, che definitivamente confermano o riformano tale decisione, riveste un ruolo significativo nell'accertamento dell'intesa, della pratica concordata o dell'abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso*”. A tale orientamento si sono conformate le successive decisioni rese sia in sede di merito che di legittimità.

Sulla qualificazione del provvedimento quale prova “privilegiata”, categoria entro la quale la Corte include l'accertamento dell'infrazione contenuto nella decisione dell'Autorità, si è discusso a lungo e la voce della giurisprudenza direttamente coinvolta nella valutazione delle questioni risarcitorie antitrust precisa che, con “prova privilegiata”, non si è inteso creare una nuova categoria di prova, diversa dalle prove tipiche conosciute dal nostro ordinamento, bensì semplicemente riconoscere una particolare valenza probatoria al provvedimento, che si inserisce nell'ambito della valutazione discrezionale data dal giudice circa il peso da attribuire ad un determinato elemento di prova, chiarendo che il valore privilegiato è attribuito in ragione dell'autorevolezza e degli ampi poteri istruttori – ben più ampi di quelli dell'autorità giudiziaria – dell'autorità emanante il provvedimento³⁸².

Ciò è quanto emerge dalle stesse parole della Corte nelle sentenze che hanno affrontato il tema, chiarendo anche i limiti di tale valenza probatoria privilegiata.

Un primo aspetto precisato è quello della distinzione dalla categoria della prova legale, chiarendosi che il provvedimento costituisce soltanto una prova di particolare forza avverso la quale è ammessa la prova contraria, essendo a tal riguardo consentito al professionista fornire la prova contraria dei fatti

³⁸⁰ Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro – ANCL c. Inaz Paghe s.r.l.*; da ultimo id. 4 giugno 2015, n. 11564; 28 maggio 2014, n. 11904; 23 aprile 2014, n. 9116; 30 maggio 2013, n. 13667.

³⁸¹ Cass. civ. n. 3640/2009, cit.

³⁸² *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit., 12

accertati, senza che sia tuttavia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio, od alle stesse argomentazioni, già prestato o disattese in sede amministrativa³⁸³. Il convenuto è quindi ammesso alla prova contraria e, per ciò solo, sembrerebbe non potersi parlare nel caso di specie di prova legale.

Può però parlarsi di presunzione *iuris tantum*, come precisa la stessa Corte, secondo la quale “[...] *la prova acquisita in quella sede [di accertamento istruttorio dell’Autorità] è in grado di esonerare, ove questi se ne voglia avvalere, il danneggiato dalla reiterazione degli accertamenti di fatto o della valutazione degli elementi già operata in sede di procedimento amministrativo e di giudizio avverso il provvedimento di accertamento dell’infrazione ed irrogazione della sanzione: ed in tal senso può parlarsi allora di prova privilegiata (se non di vera e propria presunzione iuris tantum o comunque di elemento di prova fondato, come accennato, sulla teoria della c.d. prova atipica), benché non già di prova legale, essendo chiuso il numero dei casi in cui il giudice è vincolato alla valenza probatoria di un particolare elemento*”. Ciò in quanto “*La finalizzazione dell’attività di istruzione ed accertamento di fatti compiuta, con mezzi di gran lunga maggiori di quelli normalmente a disposizione del singolo utente o consumatore, dall’Autorità Garante integra quindi - in piana applicazione delle elaborazioni di teoria generale del processo in punto di rilevanza delle prove cosiddette atipiche o raccolte in processo separato ma anche solo in parte connesso - una sorta di stadio avanzato o preliminare di quelle devolute istituzionalmente al singolo giudice civile, investito delle ordinarie azioni risarcitorie fondate sui medesimi*

³⁸³ Così Cass. civ. 9116/2014, cit. La Corte richiama la propria precedente pronuncia del 2011 (n. 11610) in cui si è espresso il principio della prova contraria, e dove si precisa, con riferimento a un caso che – ancora una volta – interessava il mercato assicurativo – che “[...] *la compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento dei danni deve essere sempre ammessa a fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità (Cass. civ. 2305/2007), per quanto concerne sia la sussistenza del nesso causale fra l’illecito concorrenziale e il danno, sia l’entità del danno medesimo. Ma, si ribadisce, la prova contraria non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo - quanto ai costi gravanti su tutte le imprese a causa delle truffe, degli adeguamenti imposti dalle Direttive comunitarie, ecc. - ed in particolare le medesime circostanze che l’AGCM ha tenuto presenti nel formulare il suo giudizio, e che ha ritenuto irrilevanti al fine di escludere il collegamento fra i comportamenti collusivi e la lievitazione dei premi*”.

fatti”³⁸⁴.

La tesi della “prova privilegiata” fa quindi perno, essenzialmente, sulle qualità attribuite all’accertamento dell’accertamento tecnico sui fatti svolto dall’Autorità, ritenuto sostanzialmente superiore a quello che potrebbe svolgere la corte civile nella propria, discrezionale, valutazione dei fatti allegati dalle parti, se non altro in ragione della disponibilità di maggiori strumenti istruttori. Preso atto della valenza probatoria attribuita dalla giurisprudenza, ci si è chiesti se ciò sia opportuno o necessario. Sul punto, si concorda con quella parte di dottrina che sottolinea che il provvedimento dell’Agcm non può essere considerato irrilevante per il giudice e che questi debba attenersi all’accertamento contenuto nel provvedimento dell’Agcm, in quanto autorità dotata in via esclusiva di competenza amministrativa nel settore, osservando anche che tale provvedimento andrebbe considerato “*in linea di principio vincolante in sede di giudizio*”³⁸⁵. Pretermettere la considerazione dell’accertamento dell’Agcm in sede civile corrisponderebbe a ignorare irragionevolmente l’accertamento empirico dell’esistenza della condotta su cui l’azione risarcitoria.

Si evidenzia, peraltro, come secondo la stessa dottrina, quando in un giudizio civile sia posta a fondamento della domanda una fattispecie già accertata dall’Agcm con provvedimento e su tale provvedimento penda l’impugnazione in sede contenziosa amministrativa, il giudice ordinario dovrà sospendere *ex art. 295 c.p.c.*, e decidere in conformità al giudicato amministrativo. Contrariamente, quando a pendere in contemporanea siano il giudizio civile e il procedimento istruttorio dell’Autorità, non si avrà causa per una sospensione *ex art. 295 c.p.c.* in quanto l’Autorità non è un’autorità giudiziaria (come richiesto esplicitamente dell’art. 295), chiamata a risolvere una questione pregiudiziale da cui dipende il giudizio in sede civile³⁸⁶.

Si ritiene di poter concordare anche su questo punto, anche alla luce di quanto osservato con riferimento all’azione di classe si cui all’art. 140 *bis* del Codice del consumo e la ivi prevista sospensione del processo che, come già

³⁸⁴ Cass. civ. 9116/2014.

³⁸⁵ M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 5, 1998, 649 ss.

³⁸⁶ *Ibidem*, 652.

osservato, non appare coordinata con le vigenti disposizioni processualciviltiche in tema di sospensione del processo³⁸⁷.

Non può non evidenziarsi come, tuttavia, nell'orientamento della giurisprudenza vi sia un'impostazione dei rapporti tra le due sfere nelle azioni *follow on* tale da rendere abbastanza dubbio quale sia il confine tra la prova privilegiata e la presunzione assoluta (o prova legale). Ciò in quanto, pur essendo pacificamente ammessa la prova contraria da parte del convenuto, è lecito chiedersi di quali mezzi l'impresa condannata in sede amministrativa effettivamente disponga al fine rendere controvertibile, e ribaltare, l'allegazione dell'accertamento amministrativo da parte dell'attore e, quindi, espungere sostanzialmente il provvedimento dall'azione risarcitoria.

Quello che sembra è che, a fronte di una astratta difendibilità dell'impresa avverso il provvedimento nel giudizio civile, il convenuto sia in realtà sprovvisto di mezzi per privare sostanzialmente di efficacia il provvedimento nel giudizio risarcitorio.

Ebbene, è interessante ripercorrere a questo riguardo, brevemente, le “tappe” delle osservazioni della Corte sull'ambito ed estensione della prova contraria, rilevando come nel processo di definizione della valenza probatoria da attribuirsi al provvedimento dell'Autorità sembra essersi giunti ad un sistema in cui la possibilità di difesa del convenuto appaia solo un principio, difficilmente attuabile nella pratica, al punto da far definire tale difesa “disarmata”³⁸⁸.

In una delle sue prime decisioni in materia, relativa al filone assicurativo, emessa nel 2007, la Corte aveva lasciato un margine di valutazione piuttosto ampio al giudice circa la prova contraria ammissibile, rilevando che “[...] *il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall'assicuratore per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno*”³⁸⁹.

³⁸⁷ Si rinvia sul punto al paragrafo 1.2 del presente capitolo.

³⁸⁸ Si permetta la citazione diretta del termine utilizzato in A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2013, 429 ss.

³⁸⁹ Cass. civ., n. 2305/2007, cit.

In questa prima fase, la Corte assume un approccio non restrittivo nei confronti della prova contraria e, soprattutto, non fornisce alcuna specifica limitazione riferita all'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità. Nelle successive pronunce, tuttavia, l'approccio muta, imponendo restrizioni, anche significative, alla prova contraria che il convenuto è ammesso a produrre, giungendo a circoscrivere in maniera marcata l'ambito della difesa dell'impresa convenuta.

Ciò è avvenuto *in primis* con le pronunce degli ultimi anni, successive al 2011³⁹⁰, in cui si registra un primo vero restringimento dei confini della prova contraria, affermando che la prova contraria fornita dall'impresa convenuta deve consistere in prove specifiche relative alla singola impresa e relative al singolo rapporto contrattuale con il danneggiato (in quel caso, riguardanti la singola polizza assicurativa)³⁹¹.

Particolare portata restrittiva ha un'ordinanza del 2013³⁹², ove la Corte fornisce addirittura un elenco (sempre con riferimento al settore assicurativo) delle prove ammissibili, escludendo quelle "bruciate" in quanto attinenti ad aspetti e fatti già passati al vaglio dell'Autorità. Si è giunti, sostanzialmente, a blindare l'accertamento compiuto dall'Agcm, con un atteggiamento definibile ai limiti del protezionistico nei confronti della decisione assunta in sede amministrativa, attraverso la circoscrizione dell'ambito della prova contraria che l'impresa convenuta è ammessa a produrre.

Tale impostazione pone alcune fondamentali questioni di non facile risoluzione. La prima questione è comprendere quale sia in effetti il margine di difesa lasciato all'impresa convenuta nella azioni *follow on* e se possa confermarsi l'impressione che si tratti di una difesa, come è stata definita, "disarmata". A tale questione si collega l'ulteriore aspetto della posizione dell'attore: pur accettando la vincolatività del provvedimento e la correlata limitazione della prova contraria, occorre comprendere cosa ciò voglia dire esattamente ai fini dell'azione dell'attore, tenendo in considerazione che la prova della condotta è solo un aspetto, pur importante e preliminare,

³⁹⁰ Cass. civ. 11610/2011, *Allianz c. Tagliaferro*, cit.

³⁹¹ A. Frignani, *La difesa disarmata nella cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit. 431.

³⁹² Cass.civ., ordinanza del 15 gennaio 2013, n. 5327.

dell'azione, ma che altri elementi sono necessari, segnatamente la prova del nesso causale. Su quest'ultimo punto è necessario capire se la prova, come sostenuto, risulti aggirata³⁹³, estendendo al nesso causale l'efficacia vincolante del provvedimento.

Ulteriore tema, di carattere più generale, attiene invece alla legittimità dell'impostazione assunta dalla Cassazione e, di riflesso, del carattere vincolante che ci si appresta a conferire alla decisione amministrativa con la trasposizione della Direttiva, alla luce del principio che nega, nel nostro ordinamento, la pregiudizialità amministrativa.

Prima di analizzare tali ulteriori aspetti, è però interessante ripercorrere brevemente le varie tesi avanzate in dottrina sul carattere vincolante del provvedimento dell'Autorità nel giudizio risarcitorio che ne hanno, in maniera gradata, accettato o escluso la vincolatività.

Tra queste, la tesi più "forte" è quella che attribuisce valore vincolante alla decisione dell'Autorità. A tale prospettiva si affianca, con le dovute differenze, la teoria della "prova privilegiata", come visto enunciata, approfondita e riempita di contenuto dalla Cassazione e dalle corti territoriali.

Le principali critiche alla tesi del valore vincolante si rintracciano nelle opinioni, rimaste minoritarie, di chi esclude *tout court* la rilevanza dei provvedimenti dell'Agcm nel processo civile³⁹⁴, ovvero di chi ne afferma l'efficacia vincolante salvo disapplicazione da parte della corte civile³⁹⁵.

³⁹³ A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro Italiano*, 2011, 2685.

³⁹⁴ In questo senso, M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza davanti al giudice civile*, Giappichelli, Torino, 2006; A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, AGR, Campobasso, 2009. La tesi dell'irrilevanza di fonda essenzialmente sulla necessità di considerare la piena autonomia, financo supremazia, del giudizio civile rispetto al procedimento amministrativo. Questa tesi mette completamente da parte la considerazione di una serie di ragioni che, si ritiene giustamente, hanno portato invece a ritenere l'efficacia vincolante o, comunque, la rilevanza del provvedimento nel processo civile e, segnatamente, la certezza del diritto e l'alleviamento dell'onere probatorio (come si vedrà meglio nel presente Capitolo).

³⁹⁵ In questo senso, M. Libertini, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, I, 147 ss.; *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.* 1998, I, 649 ss. Questa tesi fa perno sull'applicazione dell'articolo 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), che prevede il potere del giudice di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo. Come è stato osservato (M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 296 ss., 312) tale

A tali approcci che, di fatto, portano – sebbene con opposte conclusioni – a limitare l’efficacia dei provvedimenti delle autorità nazionali nel giudizio risarcitorio, si è opposta la considerazione della necessità di certezza giuridica, dell’economia dei mezzi processuali, nonché dell’effettività della tutela del danneggiato³⁹⁶.

In particolare, a sostegno della tesi dell’efficacia vincolante, si è individuata l’esigenza di garantire la certezza del diritto sotto il profilo della salvaguardia dell’affidamento che gli interessati possono riporre nell’applicazione delle norme (di concorrenza) da parte delle varie autorità chiamate ad applicarle e la correlata esigenza di evitare un contrasto tra “giudicati” (sebbene il giudicato sia propriamente solo quello del giudice civile o quello di impugnazione in sede amministrativa), che risponde a un immanente principio di non contraddizione del potere statale rinvenibile nel nostro ordinamento e che si è ritenuto dover farsi valere anche per gli atti, amministrativi o giudiziali, di attuazione del diritto astratto attraverso la decisione dei casi concreti, anche in assenza di una disposizione esplicita come quella di cui all’art. 16 del reg. 1/2003³⁹⁷.

Se appare ragionevole l’individuazione di tale principio come fondamento della natura vincolante del provvedimento, va però evitato il parallelismo, già criticato, tra la norma che va ad attribuire l’efficacia vincolante alle decisioni delle autorità nazionali (art. 9 della Direttiva) e l’art. 16 Reg. 1/2003 che conferisce efficacia vincolante alle decisioni della Commissione, per le già menzionate differenze tra efficacia attribuita ai provvedimenti della Commissione in base all’art. 16 del Regolamento 1/2003 ed efficacia attribuita

disapplicazione appare complicata nel nostro ordinamento in quanto, *in primis*, la questione dell’illegittimità dovrebbe formalmente qualificarsi come questione pregiudiziale in “senso tecnico” (in osservanza del principio affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nella propria decisione del 25 gennaio 2006, n. 1373, secondo cui tra le attribuzioni del giudice ordinario la cognizione incidentale sull’atto amministrativo e il potere di disapplicazione dell’atto illegittimo tutte le volte in cui esso venga in rilievo non già come causa della lesione del diritto soggettivo dedotto in giudizio, ma solo come mero antecedente, sicché la questione venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico), e ciò appare lasciato un po’ troppo alla discrezionalità del singolo, con il rischio di forti discrepanze da un giudizio all’altro.

³⁹⁶ Si veda, ad esempio, P. Fabbio, *L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss.

³⁹⁷ *Ibidem*, 200.

ai provvedimenti delle autorità nazionali³⁹⁸.

Tra le tesi richiamate, appare preferibile quella che sostiene il carattere vincolante del provvedimento fondandolo sull'esigenza di uniformità di applicazione delle norme, nonché sul riconoscimento dell'autorevolezza dell'organo che ha emesso il provvedimento e sul riconoscimento della disponibilità ed uso da parte dello stesso organo di mezzi e strumenti istruttori di cui il giudice civile difficilmente può disporre³⁹⁹.

La tesi del carattere vincolante si avvicina molto, per quanto visto, a quella della prova privilegiata sposata dalla giurisprudenza nazionale ed è, comunque, quella che riceverà attuazione in via legislativa in sede di trasposizione della Direttiva, concordemente al disposto dell'art. 9.

In ogni caso, vista la portata della tesi della prova privilegiata, così come disegnata dalla Corte di Cassazione anche con riferimento alla possibilità di offrire prova contraria da parte dell'impresa convenuta, l'attribuzione diretta di efficacia vincolante al provvedimento nelle azioni *follow on* non pare destinata a stravolgere l'attuale assetto dei rapporti tra istruttoria amministrativa e giudizio risarcitorio posto che, nei fatti, il valore attualmente attribuito al provvedimento conferisce a quest'ultimo le sembianze di una prova vincolante per giudice civile, sollevando alcune criticità che si passa a descrivere.

Tuttavia, come si avrà modo di precisare in seguito, nonostante il cambiamento non appaia di grande impatto, esso pare auspicabile al fine, quantomeno, di fare chiarezza sulla effettiva portata probatoria del provvedimento e, possibilmente, sull'estensione di tale efficacia.

2.3.1. La difesa dell'impresa convenuta e l'estensione della valenza probatoria del provvedimento al nesso causale

Per quanto riguarda le perplessità legate alla possibilità attribuita all'impresa convenuta di difendersi nel giudizio risarcitorio di tipo *follow on*,

³⁹⁸ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, cit. 313.

³⁹⁹ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit.

non sembrano del tutto infondate le critiche di chi sostiene che la convenuta risulti sostanzialmente messa all'angolo, dubitando che in tali cause possa ancora parlarsi di sussistenza di un effettivo diritto di difesa⁴⁰⁰.

Tale opinione è riferita nello specifico all'ordinanza del 2013 appena richiamata, laddove si rileva che le richieste di prova da parte della Cassazione si risolvono in preclusioni probatorie, ovvero nella richiesta di prove che l'impresa convenuta non può nei fatti fornire, oppure, ancora, in prove inutili ai fini della decisione.

Sul contenuto specifico delle richieste di quell'ordinanza può concordarsi con l'opinione appena richiamata. Non sembra tuttavia possibile operare una generalizzazione, traendo dalle preclusioni rilevate la conclusione che l'impresa convenuta parta in principio svantaggiata e che le sue possibilità di difesa risultino svilite.

In primo luogo, al di là dello specifico caso, non sembra che quanto richiesto dalla Corte nel complesso delle proprie decisioni in materia, ponga realmente nel nulla il diritto di difesa del convenuto, togliendo allo stesso ogni ragionevole spazio per sovvertire l'accertamento dell'Agcm.

Come è stato rilevato⁴⁰¹, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è in generale ammesso il tentativo di sovvertire sia la ricostruzione dei fatti compiuta dall'Autorità, sia la valutazione giuridica degli stessi compiuta in sede amministrativa, seppur con il limite della impossibilità di utilizzare in sede civile le prove utilizzate dall'Agcm per la propria ricostruzione, nonché le argomentazioni proposte dall'impresa in quella sede per difendersi. Dunque, sarebbe possibile sovvertire la ricostruzione dei fatti, in sede civile, sulla base di evidenze nuove e/o diverse da quelle passate al vaglio dell'Autorità⁴⁰².

Ciò posto, è sulla disponibilità di altre e diverse prove che ci si deve semmai interrogare. Ossia su cos'altro ha a disposizione l'impresa convenuta per confutare l'esistenza della condotta illecita nel giudizio civile che faccia seguito ad un accertamento dell'Autorità.

A ben vedere, poco. E' infatti plausibile che quanto nella disponibilità

⁴⁰⁰ A. Frignani, *La difesa disarmata nella cause follow on per danno antitrust*, cit. 445.

⁴⁰¹ L. Vasquez, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, 3, 449 ss.

⁴⁰² *Ibidem*, 453.

dell'impresa – sia come materiale probatorio, che come argomentazioni logico-giuridiche ed economiche – per confutare l'accertamento della condotta sia stato usato e quindi “bruciato” nel procedimento istruttorio condotto dall'Agcm, sicché riesce piuttosto difficile comprendere cos'altro possa apportare nel giudizio civile l'impresa convenuta per difendersi sui medesimi fatti.

Ciò che di nuovo e diverso potrebbe, però, costituire la base della difesa dell'impresa convenuta è il materiale probatorio e le argomentazioni riferite alla posizione individuale dell'attore. Partendo dalla considerazione che l'accertamento della condotta da parte dell'Agcm è riferito alla situazione del mercato nel complesso, indistintamente, e non agli effetti generati dalla condotta sul singolo soggetto, l'impresa convenuta potrebbe in sede civile divincolarsi dagli effetti del provvedimento dimostrando che, al di là di quanto accertato dall'Autorità con riferimento al mercato, la condotta non ha interessato, o non ha avuto ricadute sul singolo e specifico rapporto portato in giudizio dall'attore.

Da questo punto di vista, appare quindi plausibile che l'impresa convenuta possa evitare di replicare quanto dedotto in sede amministrativa, contestando gli aspetti specificamente inerenti la situazione specifica dell'attore, che non dovrebbe aver formato l'oggetto dell'accertamento dell'Agcm.

La considerazione delle eventuali restrizioni della – *rectius*, delle particolari richieste alla – difesa dell'impresa convenuta va peraltro vista alla luce della tipologia di attore e di abuso posto in essere, nonché dell'estensione effettiva dell'accertamento svolto dall'Autorità e della partecipazione di soggetti terzi al procedimento. Nelle varie e diverse circostanze, infatti, può sembrare opportuno richiedere all'impresa convenuta di fornire elementi molto dettagliati e precisi – aggravandone la posizione – circa il proprio rapporto con l'attore, al fine di sovvertire quanto accertato con il provvedimento, ovvero ammettere deduzioni di più generale portata richiedendo, al contrario, all'attore una maggior definizione dello svolgimento della condotta illecita nei propri confronti⁴⁰³.

⁴⁰³ Nel determinare l'ampiezza del diritto di difesa del convenuto appare opportuno, in definitiva, distinguere tra le diverse situazioni che possono presentarsi, evitando generalizzazioni circa lo svilimento della posizione dell'*infringer* nel giudizio civile. Ove ad

A parte ciò, fondamentale è considerare il peso attribuito agli altri elementi – *in primis* in nesso di causalità tra condotta e danno– su cui l’attore è ordinariamente chiamato a fornire prova nell’azione risarcitoria: la prova di questi aspetti, non coperti dall’accertamento amministrativo, da parte dell’attore è tutt’altro che agevole. Pertanto, non essendo sufficiente ai fini dell’ottenimento del ristoro la prova della condotta e richiedendosi la prova di ulteriori aspetti non di facile dimostrazione, non sembra potersi affermare in principio che la difesa del convenuto sia svilita per il solo fatto dell’efficacia vincolante dell’accertamento compiuto in sede amministrativa.

Questo aspetto, si ritiene, è di cruciale importanza nel valutare le effettive ricadute e implicazioni del carattere privilegiato o vincolante del provvedimento in termini di effettiva agevolazione e/o sacrificio del diritto di difesa e azione delle parti.

Il ruolo fondamentale è giocato, in questo contesto, dalla prova del nesso di causalità.

La Direttiva non si preoccupa di chiarire cosa l’estensione dell’efficacia vincolante del provvedimento dell’autorità nazionale nel giudizio risarcitorio, limitandosi a precisare, in punto di regolazione della quantificazione del danno (all’art. 17, comma 2), che sussiste una presunzione relativa della sussistenza del nesso causale tra cartello e danno ad esso correlato.

esempio la condotta anticoncorrenziale sia rappresentata da un cartello, e il danno sia lamentato dal consumatore, il singolo rapporto dell’impresa con il cliente/consumatore sembra quasi necessariamente affetto dalla violazione e per questo appare, forse, ragionevole che la Cassazione imponga al convenuto una *probatio quasi diabolica* circa il singolo rapporto con il reclamante al fine di scardinare l’efficacia probatoria del provvedimento allegato (come nel caso dell’ordinanza del 2013). Al contrario, nel caso dell’abuso di posizione dominante e dell’azione *follow on* avviata da un concorrente, la descrizione della condotta e delle sue ricadute sulla propria posizione andrebbe maggiormente circostanziata dall’attore, al di là di quanto accertato dall’Agcm e allegato in giudizio. Ciò in quanto l’impresa dominante ben potrebbe aver abusato della propria posizione di mercato nei confronti di alcuni soltanto dei propri concorrenti, sicché il concorrente in ipotesi non colpito dall’abuso non avrebbe titolo per la richiesta risarcitoria. Ancora, dovrebbe considerarsi il caso in cui, ad esempio, l’attore-concorrente abbia preso parte con proprie prove e documentazione al procedimento istruttorio (caso in cui si ritiene debbano esservi pochi dubbi sulla possibilità di calare l’accertamento dell’Agcm sulla posizione singola). Le ipotesi sono le più varie e, come si vedrà anche in seguito in punto di presunzioni probatorie, la fattispecie che gode, dal lato dell’attore, del più ampio supporto dal punto di vista probatorio è quella del cartello nell’azione *follow on* avviata da consumatori, per la presunta diffusa incisività della condotta illecita. Al contrario, nel caso di abuso di dominanza sembra richiedersi un maggiore sforzo all’attore. E’ evidente quindi che non possono operarsi generalizzazioni e che l’imposizione di stringenti limiti probatori sull’impresa convenuta, nel fornire la prova contraria, possa trovare ragione proprio nella considerazione delle peculiarità della fattispecie concreta.

Nella giurisprudenza nazionale, tale aspetto è stato affrontato in maniera poco chiara dalla Corte di Cassazione, mentre maggiori certezze si rinvencono nella recente giurisprudenza di merito. Ancora una volta, appare necessario operare distinzioni con riferimento alle singole fattispecie.

E' interessante in primo luogo rilevare come la stessa Cassazione – nell'ordinanza del 2013 pocanzi citata – abbia rilevato che ove la decisione dell'Agcm determini e quantifichi sulla base dell'analisi condotta il nesso di causalità tra l'intesa illecita e il peggioramento delle condizioni contrattuali della clientela, vi è un chiaro indizio della sussistenza del danno in capo a quest'ultima. Pertanto, almeno con riferimento all'ipotesi del cartello l'onere della prova (contraria) grava sull'impresa convenuta, la quale sarà chiamata a interrompere la catena del nesso causale che si presume sussistere tra il danno e la condotta ⁴⁰⁴.

La Corte fa però espresso riferimento alla circostanza che è l'analisi svolta dall'Autorità a coprire determinati aspetti da cui può ricavarsi l'esistenza del nesso di causalità. Non può quindi parlarsi di un automatismo, ma della possibilità di presumere l'esistenza del nesso causale in presenza di un'istruttoria particolarmente approfondita e che abbia riguardato le specifiche ricadute dell'illecito.

Sembra potersi concludere, quindi, che la Corte, con il proprio inciso, non abbia inteso estendere anche al nesso causale la copertura probatoria fornita dal provvedimento dell'Agcm, bensì precisare che, al ricorrere di alcune circostanze (i.e. di un accertamento molto approfondito delle ricadute della condotta sul mercato) vi siano chiari indizi della sussistenza del danno come derivazione dalla condotta medesima e che quindi, in termini generali, il provvedimento sia destinato a fornire la prova solo ed esclusivamente della condotta illecita, e non di tutti gli altri elementi. Dall'altro lato, come dimostrano i recenti commenti ma anche la prassi applicativa, anche la valutazione degli effetti ha grossi limiti quanto a portata probatoria nel giudizio civile e, comunque, l'analisi degli effetti, occorre ricordarlo, è sempre riferita al mercato nel suo complesso e la proiezione sul singolo in automatico non pare

⁴⁰⁴ L. Vasquez, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, cit., 466.

opportuna, tranne in particolari casi.

A questo riguardo occorre rilevare come, spesso, le decisioni dell'Agcm tendano a estendere l'accertamento anche ad aspetti ulteriori rispetto all'infrazione, attraverso il c.d. *market test*. Ciò avviene in primo luogo con riguardo agli effetti della condotta e alla gravità della stessa⁴⁰⁵. Sotto questo punto di vista, quindi, l'analisi degli effetti di una condotta anticoncorrenziale da parte dell'Autorità può potenzialmente sovrapporsi alla dimostrazione del nesso causale nel giudizio risarcitorio. Quest'ultima dimostrazione, tuttavia, ha un'estensione più ampia e potrebbe non essere sufficiente basarsi sull'analisi dell'Autorità per dedurre la sussistenza del nesso causale anche con riferimento al singolo caso di specie⁴⁰⁶.

In realtà, l'efficacia della valutazione degli effetti compiuta dall'Autorità ai fini del supporto probatorio degli altri elementi dell'azione risarcitoria oltre la prova della condotta, è stata di recente messa in dubbio. Si è infatti osservato che la valutazione degli effetti condotta dall'Agcm può al più fornire una prima indicazione al giudice, ma non potrà che essere riferita agli effetti della condotta sul mercato, mentre il giudice sarà chiamato a valutare gli effetti della condotta sull'attore, accertando non solo che il danno sia effettivamente esistente, ma anche se esso sia riconducibile, secondo un rapporto di causalità, al comportamento sanzionato dall'Autorità⁴⁰⁷.

A prescindere dal valore che si voglia attribuire al *market test* compiuto dall'Agcm, comunque, in sua assenza non sembra possibile applicare qualsivoglia meccanismo presuntivo sulla sussistenza del nesso causale⁴⁰⁸.

In definitiva, come anche la giurisprudenza di merito recente ha avuto modo di chiarire “[...] *l'ambito di efficacia della decisione dell'AGCM va delimitato, escludendo che lo stesso valore possa essere attribuito all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni a*

⁴⁰⁵ V. Mosca, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi.it*, 2, 2015.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, 11.

⁴⁰⁷ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, intervento al XII Convegno Antitrust su “*Private enforcement e risarcimento dei danni dopo la Direttiva 2014/104/UE*”, Treviso, 19-20 maggio 2016.

⁴⁰⁸ L. Vasquez, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, cit. 467, nota 38.

favore delle vittime. Tali ulteriori elementi possono essere schematizzati nel paradigma: sussistenza dei danni, nesso di causalità rispetto al comportamento sanzionato, individuazione degli elementi necessari alla quantificazione del risarcimento (overcharge, margin squeeze, passing on), analisi delle diverse componenti del danno, che a seconda dei casi possono essere raffrontati alle tradizionali categorie del danno emergente, lucro cessante, perdita di chance, danno all'immagine, e quindi valorizzazione economica di tali voci, in via cumulativa o alternativa, anche mediante l'attribuzione di rivalutazione ed interessi"⁴⁰⁹.

A tale inciso sembra non esservi nulla da aggiungere. Tuttavia, anche in questo caso, le generalizzazioni vanno evitate.

Si è già richiamata la presunzione relativa della sussistenza del nesso di causalità stabilita dalla Direttiva all'articolo 17.2 con riferimento al danno da cartello. Su questa direzione, e a dispetto delle più circostanziate pronunce in precedenza citate, sembra di recente essersi messa la stessa Corte di Cassazione.

In una recente controversia relativa al filone RC auto⁴¹⁰, la Corte è tornata sul tema con una decisione che ha sollevato qualche riserva, che si ritiene di condividere.

Prendendo le mosse da una rivendicazione dell'autonomia del *private enforcement* dal *public enforcement* e dalla considerazione della necessaria complementarità tra essi, la Corte, con riferimento alla prova del nesso causale, giunge ad affermare quanto segue: “[...] il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del garante nel giudizio civile [...]. In tale prospettiva assume rilievo anche l'evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità”, concludendo che “dal fatto che la condotta anticoncorrenziale trova il suo momento di realizzazione nell'adesione del

⁴⁰⁹ Trib. Milano, 3 marzo 2014, *Brennercom c. Telecom Italia*

⁴¹⁰ Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, con nota di R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Il Foro It.*, I, 2014, 1735 ss.

consumatore finale al contratto predisposto dall'impresa sanzionata consegue che il provvedimento del garante consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un danno ai consumatori, ma anche, in via presuntiva, che tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori”.

La Corte sembra assumere, dal un lato, che i danni del cartello incidano con probabile certezza soltanto sui consumatori, escludendo altre categorie dalla presunzione; dall'altro lato, sovrappone la situazione collettiva (i consumatori in generale) alla situazione del singolo che, a ben vedere, richiederebbe un'analisi individuale dell'incidenza del cartello⁴¹¹. In buona sostanza, la Corte giunge a proiettare in automatico il danno riferito al mercato (alla complessità dei consumatori), sul piano individuale ritenendo aprioristicamente e presuntivamente la sua ricaduta anche sul singolo, deducendo quindi che l'accertamento compiuto dall'Agcm valga a provare in questo caso anche la sussistenza di un nesso di causalità.

Le motivazioni della Corte sembrano ancorate esclusivamente alla necessità di facilitare l'azione civile del consumatore, per garantire l'efficacia dell'applicazione delle regole⁴¹². La Corte, peraltro, non sembra richiamare il precedente orientamento che fondava l'estensione dell'efficacia del provvedimento alla prova del nesso causale, sulla presenza di un'approfondita analisi degli effetti sul mercato condotta dall'Autorità che appare, pur con le riserve già espresse, comunque preferibile rispetto all'introduzione di presunzioni, seppur relative.

Nella propria decisione la Corte sembra quindi aver cristallizzato il principio per cui, almeno per il danno da cartello, la sussistenza del nesso causale vada presunta. Tuttavia, tale assunzione sembra limitata al danno causato ai consumatori. Resterebbero quindi escluse altre categorie di potenziali vittime, tra cui, ad esempio, le imprese concorrenti non facenti parte del cartello?

Operando un confronto con la Direttiva, quest'ultima, pur restringendo la

⁴¹¹ R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, cit. 1736.

⁴¹² *Ibidem*, 1737.

presunzione al danno da cartello, fa riferimento soltanto alla tipologia di danno e non alla tipologia di soggetto danneggiato. Pertanto, laddove la Direttiva opera una restrizione, sembrerebbe, solo di tipo oggettivo, la giurisprudenza nazionale sembra invece affiancarvi la restrizione soggettiva della presunzione al danno lamentato da clienti finali/consumatori, per ragioni di asimmetria informativa.

Con riferimento alla posizione assunta dalla Corte, a motivare la scelta dell'introduzione della presunzione sembrano essere esclusivamente le non secondarie difficoltà che incontra il privato nella propria azione di risarcimento danni antitrust. Tale giudizio potrebbe essere condivisibile, anche considerando che, come è stato osservato, in molti casi, se non operasse tale presunzione l'esercizio dell'azione sarebbe praticamente impossibile⁴¹³. Tuttavia, non pare potersi negare il pericoloso avvicinamento, in tal modo, al riconoscimento di un *danno in re ipsa*⁴¹⁴ ove non risulti superata dal convenuto la prova di resistenza⁴¹⁵, che non pare agevole al pari del ribaltamento della prova della condotta basata sull'accertamento compiuto dall'Agcm.

La predetta presunzione sembra peraltro creare delle indebite disparità, sia per l'apparente esclusione delle imprese concorrenti o comunque di soggetti che non siano "consumatori", sia per la (tacita) esclusione del caso del danno derivante da abuso di posizione dominante⁴¹⁶.

⁴¹³ A dimostrazione di ciò, efficace appare la ricostruzione di R. Pardolesi in *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 317 ss. Come spiega l'Autore, l'applicazione della regola civilistica tradizionale della causalità giuridica alla dimostrazione dell'esistenza del nesso causale tra condotta anticoncorrenziale e danno è tutto fuorché semplice, di fatto apprendo, di per sé, alla ricerca di scorciatoie come è quella della presunzione relativa: *"In presenza di un cartello operativo, occorre allora dimostrare che il prezzo pagato dal cliente/consumatore, più elevato di quello che si sarebbe corrisposto in assenza della violazione antitrust, non può essere spiegato da fattori diversi dall'intervenuta concertazione. Il percorso è apparentemente semplice. Ma l'impressione superficiale è presto smentita dall'analisi dei passaggi richiesti per approdare all'apprezzamento eziologico. A fronte di un dato, per così dire storico, bisogna comunque «costruire» quello controfattuale. E, quindi, in prima approssimazione andrebbe aggiunta la componente individuale ipotetica. Solo la sommatoria delle due voci fornisce, infatti, il parametro corretto su cui misurare il sovrapprezzo cartellistico. Sennonché, la componente individuale ipotetica non può essere computata in astratto, perché l'effetto individuale, per definizione, non è sistematico e non si presta ad esser determinato in modo non arbitrario. Ciò significa che la traiettoria tradizionale è, sul piano della coerenza teorica, impercorribile. O, per meglio dire, lascia spazio solo a scorciatoie che ne tradiscono i presupposti logici"*.

⁴¹⁴ Intravede questo rischio R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, cit., 1739.

⁴¹⁵ R. Pardolesi, *Note minime in tema di nesso di causalità*, cit., 318.

⁴¹⁶ Tale esclusione è peraltro taciuta soltanto nella sentenza cui ci si riferisce, essendo al contrario stata esplicitata dalla giurisprudenza di merito. Nella già citata sentenza *Brennercom*,

Se la scelta è fondata soltanto sulla condivisibile volontà di togliere la parte danneggiata dalle difficoltà probatorie, non sembra però opportuno assumere *tout court* – e tacitamente – che soltanto il consumatore incontri tali difficoltà, ben potendo essere in tale posizione anche le imprese concorrenti, anche se in principio considerate in una posizione di maggior favore a livello informativo rispetto al consumatore finale.

A ciò potrebbe obiettarsi che proprio la limitazione della presunzione al danno da cartello subito dal consumatore finale faccia da contraltare all'introduzione di una presunzione piuttosto forte la quale, ove di applicazione generalizzata, difficilmente sfuggirebbe a censure di illegittimità.

Tale giustificazione non sembra tuttavia sufficiente a motivare l'introduzione di una presunzione che aggrava ulteriormente la posizione del convenuto, a fronte della già prevista efficacia vincolante del provvedimento rispetto alla prova della condotta.

Se, infatti, in una causa *follow on* può giustificarsi il particolare valore probatorio attribuito al provvedimento dell'autorità di concorrenza con riferimento all'illecito anticoncorrenziale, ritenendosi che non si aggravi in tal modo irragionevolmente la posizione dell'impresa convenuta, non sembra potersi dire altrettanto per il tentativo di “tirare la coperta” fino a coprire anche il nesso causale, e anche se solo con riferimento a ipotesi circoscritte (danno da cartello subito da consumatori).

Al contrario, proprio con riferimento a tale ulteriore estensione dell'efficacia probatoria dell'accertamento amministrativo può a ragione ritenersi che la difesa del convenuto sia effettivamente “disarmata”: nella già

la Corte milanese, rifacendosi all'insegnamento di legittimità, nonché la Proposta di Direttiva (al tempo ancora in discussione), ha precisato che l'inversione dell'onere della prova con riferimento anche al nesso di causalità “[...] si fonda su una presunzione che, ad avviso di chi scrive, può essere considerata valida limitatamente al caso dei cartelli. La stessa proposta di Direttiva già richiamata, infatti, limita la presunzione relativa al nesso di causalità fra comportamento concordato e danni a tale ultima fattispecie (art. 16.1). Nel caso dell'abuso di posizione dominante, quale quello in esame, una serie di ragioni (che non mette conto qui esaminare, ma che come si è detto non hanno determinato neppure la Commissione a proporre un'analoga presunzione) impediscono di stabilire in termini generali una simile presunzione”. La Corte non ha però escluso totalmente per il caso dell'abuso di posizione la possibilità di ricorrere a presunzioni, osservando che in tal caso “[...] si deve fare riferimento alle regole generali in tema di onere probatorio (art. 2697 c.c.) e porre a carico della parte che propone l'azione risarcitoria l'onere di fornire la prova degli elementi costitutivi della propria pretesa. E' evidente che un simile onere, in base ai principi generali, può essere assolto anche per il tramite di presunzioni”.

quasi impossibilità di provare a contrario l'inesistenza della condotta così come accertata dall'Agcm, spezzare il nesso causale appare compito ancor più arduo. Come è stato osservato⁴¹⁷, infatti, le *chance* di sovvertire l'esito del giudizio risarcitorio risultano davvero esigue se si considera che, tenuto conto dell'evoluzione dell'orientamento della Corte – e, si aggiunge, con la alquanto laconica disposizione della Direttiva –, l'onere della prova sul nesso causale spostato sul convenuto non potrà essere soddisfatto da elementi di prova generali, rendendosi necessario per l'impresa convenuta fornire elementi attinenti al rapporto con il singolo presunto danneggiato, mentre ogni elemento che faccia riferimento alla condizione generale del mercato, esaminata in ipotesi nel *market test* svolto dall'Autorità, non avrà alcun peso ai fini della prova contraria fornita.

Non si concorda quindi con chi ha ritenuto che anche nel caso del danno da cartello il nesso di causalità manterrebbe una propria rilevanza, in ragione esclusivamente del carattere relativo della presunzione⁴¹⁸: la controprova non pare affatto agevole e, quindi, l'estensione dell'efficacia probatoria appare eccessiva, sacrificando oltre quanto ragionevole il diritto di difesa dell'impresa convenuta.

Pare, in definitiva, che la previsione contenuta nell'art. 17.2 della Direttiva e il concorde (e sembrerebbe più esteso) orientamento della giurisprudenza italiana possano portare ad un sostanziale aggiramento dell'onere della prova sul nesso causale già preconizzato in dottrina, passando da quella che dovrebbe essere una prova privilegiata o vincolante, alla costruzione di un "reticolo impenetrabile"⁴¹⁹ che, se così impostato, rischia di sacrificare eccessivamente il diritto di difesa dell'impresa convenuta, laddove l'obiettivo di facilitare l'esercizio dell'azione da parte del privato sembra invece sufficientemente e proporzionalmente garantito dalla accertata prova della condotta in sede amministrativa.

⁴¹⁷ A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, cit., 2689.

⁴¹⁸ L. Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti concorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 1049 ss.

⁴¹⁹ A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, cit., 2690.

2.3.2. Problematiche di carattere costituzionale: pregiudizialità o subordinazione dell'azione risarcitoria e del potere decisionale del giudice all'accertamento dell'Autorità?

Se quelle appena riportate sono le criticità principalmente rilevabili sul piano strettamente civilistico e processuale in riferimento all'efficacia attribuita al provvedimento emesso dall'Autorità, è possibile evidenziare anche alcune problematiche di carattere più generale, quasi costituzionale, sotto il profilo della pregiudizialità delle decisioni amministrative nel giudicato civile, nonché sotto il profilo del diritto di difesa garantito all'impresa nel procedimento amministrativo, già richiamate con riferimento alla Direttiva⁴²⁰ e che qui occorre approfondire per gli aspetti di diritto interno.

Per quanto concerne il problema della garanzia del diritto di difesa dell'impresa, convenuta in sede civile, nell'istruttoria condotta dall'autorità, avente carattere tipicamente inquisitorio, l'aspetto problematico è costituito dal fatto che, una volta ammessa l'utilizzabilità e il carattere vincolante del provvedimento dell'Autorità in sede civile, l'eventuale carenza sotto il profilo del diritto di difesa nel procedimento amministrativo rischia di non essere bilanciata da altri mezzi o elementi a disposizione del convenuto che sopperiscono al deficit di difesa.

Come si è precisato, l'accertamento svolto dall'Autorità ha carattere prettamente inquisitorio, distinguendosi in ciò dal giudizio risarcitorio, avente carattere tipicamente accusatorio. Pertanto, almeno in principio, il procedimento istruttorio condotto dall'Agcm sembrerebbe porre l'impresa in una posizione difensiva alquanto limitata. Ove poi l'accertamento condotto in sede amministrativa vada a costituire prova vincolante, che non ammette la prova contraria, nel processo civile, il diritto di difesa dell'impresa sanzionata potrebbe risultare svilito o sacrificato nella misura in cui l'impresa potrebbe di fatto essere impossibilitata a difendersi, tanto nel procedimento amministrativo, quanto nel giudizio civile.

Peraltro, un vero e proprio rimedio al deficit sotto il profilo difensivo del

⁴²⁰ Si rinvia sul punto al capitolo II.

procedimento istruttorio non può nemmeno rinvenirsi alla possibilità di impugnazione del provvedimento innanzi alle corti amministrative, stante il fatto che l'impugnazione è soltanto eventuale e stante, peraltro, l'accertamento "debole" svolto dalle corti amministrative su aspetti tecnici e "opinabili", ma che sembrano cruciali nell'ambito dell'azione antitrust (come, ad esempio, la definizione del mercato rilevante).

Lungi dall'affermare che il giudice non debba esplicitare un approfondito scrutinio sulle statuizioni dell'Autorità, i giudici hanno infatti a più riprese affermato che gli accertamenti tecnici caratterizzati da un certo margine di opinabilità non possono sostanzialmente essere intaccati in sede giurisdizionale, creando quindi una sorta di baia protettiva alla discrezionalità tecnica dell'Autorità. Uno di questi elementi è in particolare il mercato rilevante, la cui ricostruzione sembra sfuggire al potere di sindacato delle corti.

E ciò sebbene le stesse corti amministrative insistano nel ritenere che il sindacato da esse compiuto sui provvedimenti dell'Agcm non possa considerarsi debole⁴²¹. In realtà, il Consiglio sembra contraddirsi laddove afferma

⁴²¹ Pur non essendo questa la sede per un approfondito esame del tema, preme tuttavia riportare il quadro fatto dal Consiglio di Stato, secondo il quale: *"il giudice amministrativo [...] può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato [...] Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'A.g.c.m., individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità".* In ciò tuttavia richiamando l'insegnamento della Corte di Cassazione secondo cui *"il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che*

chiaramente che di fronte a determinati aspetti tecnici della decisione dell'Autorità il sindacato del giudice amministrativo, di fatto, si arresta, in ragione del “margine di opinabilità” che li caratterizza, potendo soltanto valutarne la logicità e ragionevolezza.

Sembra quindi che possano esservi pochi dubbi sul fatto che un limite allo scrutinio venga posto e che su alcuni – fondamentali – aspetti il sindacato possa essere considerato “debole”, a dispetto di quanto affermato dal Consiglio⁴²². Con ciò non intendendosi rilevare l'inopportunità dell'approccio tenuto dalla giurisprudenza amministrativa, bensì evidenziarne quella che sembra essere la sua vera natura⁴²³ (di sindacato debole, appunto), che ha delle

in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità Garante” (così, da ultimo, Consiglio di Stato, 10 dicembre 2014, n. 6050).

⁴²² Il quale peraltro, a supporto della propria tesi, richiama il principio generale per cui l'unico limite al sindacato giurisdizionale deriva dal divieto di sostituirsi all'esercizio del potere amministrativo, come se ciò fornisse una spiegazione al mancato esame sostanziale di aspetti tecnici della decisione, se non per i profili di logicità e ragionevolezza (con riferimento al rapporto tra margine di opinabilità e divieto di sostituzione all'esercizio del potere amministrativo si veda, da ultimo, Consiglio di Stato, 16 luglio 2015, n. 3561 del, la quale a sua volta richiama il concetto di margine di opinabilità, rifacendosi a un precedente sul tema – Consiglio di Stato, 838/2014 – che ha stabilito che *“la valutazione tendente a verificare nel merito scientifico se le pubblicazioni di un candidato dimostrino il possesso da parte dello stesso di una maturità scientifica tale da giustificare un giudizio favorevole di idoneità a ricoprire il ruolo di professore associato è, del resto, una valutazione per sua natura opinabile, che la legge, proprio in ragione di tale opinabilità, demanda alla commissione esaminatrice sul presupposto che questa, in ragione delle competenze tecniche specifiche di cui dispone mediante i suoi componenti, sia l'organo che si trova nelle congrue condizioni per poterla compiere. Ipotizzare che, con riguardo a simili valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a negare nel merito il giudizio reso dalla commissione e preferirvi una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Amministrazione stessa, significherebbe, in lesione del principio della separazione dei poteri, negare la ragion d'essere della funzione amministrativa della commissione”*).

⁴²³ In senso contrario, però, P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 206. Secondo l'Autore, la pretesa debolezza del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm (da cui si fa desumere l'insufficienza e inadeguatezza del sindacato stesso), risulterebbe oggi ampiamente superata dall'evoluzione del diritto vivente, il quale ammette ormai un controllo “pieno” (cioè non limitato all'illogicità manifesta e ad altri vizi radicali del provvedimento, ma esteso anche all'inadeguatezza istruttoria, alle carenze di motivazione, ecc.) sugli atti dell'Autorità, sia pure nei limiti di un sindacato che rimane di annullamento e non consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'autorità amministrativa nell'emanare il provvedimento finale. Sull'efficacia di tali osservazioni al fine di superare le critiche nei confronti della portata vincolante del giudizio si nutre qualche dubbio. In particolare, come evidenziato nel presente paragrafo, perplessità sorgono con riguardo all'effettivo approfondimento che il sindacato amministrativo nei fatti raggiunga: la lettura delle sentenze del Tar, così come quelle del Consiglio di Stato, tendenzialmente suggerisce un

inevitabili ricadute nell'ambito delle azioni risarcitorie, sotto il profilo della garanzia del diritto di difesa dell'impresa convenuta.

Considerando infatti il valore vincolante attribuito dalla Direttiva ai provvedimenti delle Autorità nazionali, e il valore di prova privilegiata già ad essi riconosciuti in Italia, sembra potersi confermare quanto già rilevato in precedenza, e cioè che il problema della compatibilità del sistema al rispetto dei diritti fondamentali, tra cui è appunto quello di difesa, potrebbe riproporsi, in termini simili a quelli presentatisi nel già menzionato caso *Menarini*⁴²⁴.

Ciò posto, e aldilà dell'incisività dello scrutinio garantito dalle corti amministrative, per comprendere se, in generale, un reale sacrificio del diritto di difesa del convenuto sussista, occorre fare un passo indietro e chiedersi se effettivamente il procedimento condotto dall'Autorità risulti carente dal punto di vista della possibilità di difesa dell'impresa sottoposta a istruttoria.

Come evidenziato già con riferimento al tema dell'onere probatorio⁴²⁵, la questione del deficit difensivo derivante dal carattere tipicamente inquisitorio dell'istruttoria amministrativa sembra in realtà più un tema di principio che di sostanza.

Come è stato osservato, infatti, non solo il procedimento davanti all'Agcm – tenendo conto in particolare delle sue dinamiche reali nello svolgimento dell'istruttoria e nel confronto con le parti – sembra offrire garanzie procedurali ampie ed adeguate tanto da farne parlare in termini di “contraddittorio rafforzato”. Il procedimento istruttorio dell'Autorità prevede infatti un forte e continuo coinvolgimento delle parti (sia l'impresa sanzionata che altri soggetti) con la presentazione di memorie difensive, audizioni con le direzioni dell'Autorità incaricate dell'istruttoria che, si ritiene, garantiscono un sufficiente confronto e margine difensivo all'impresa che dovesse, in ultima istanza, essere sanzionata.

approccio delle corti amministrative alquanto timido sugli aspetti tecnici dell'accertamento svolto dell'Autorità, e proprio tali accertamenti tecnici possono giocare un ruolo fondamentale ai fini dell'accertamento della condotta, non ultima la definizione del mercato rilevante, più volte indicata come uno di quegli aspetti coperti dal velo del “margine di opinabilità” che di fatto ostacola un intervento del giudice.

⁴²⁴ Sul punto di rinvia al capitolo II.

⁴²⁵ In particolare, con il riferimento fatto all'insufficienza della prova della condotta a far ottenere il risarcimento, essendo comunque l'attore onerato di ben difficili carichi probatori, segnatamente con riferimento al nesso di causalità.

Peraltro, l'analisi condotta dall'Agcm spesso raggiunge un grado di approfondimento che difficilmente potrà essere eguagliato nel giudizio civile, anche in ragione della dialettica che si instaura tra l'Autorità e le imprese, ciò che porta a ritenere che forse proprio il procedimento istruttorio è la sede in cui l'impresa può meglio e più puntualmente difendersi⁴²⁶.

Pertanto, almeno le criticità sollevate circa la carenza del diritto di difesa del procedimento "inquisitorio" davanti l'Autorità, e la correlata mancata garanzia del medesimo diritto ove il provvedimento venga ritenuto vincolante nel giudizio civile, sembrano nei fatti superabili tenendo conto di come, nella realtà, si svolgono i procedimenti istruttori. Dubbi permangono, invece, sulle garanzie offerte dal sindacato successivo all'istruttoria (peraltro meramente eventuale nel caso in cui l'impresa sanzionata non rimanga inerte a fronte dell'irrogazione della sanzione), dubbi che, tuttavia, se si accetta l'adeguatezza sotto il profilo difensivo dell'istruttoria, dovrebbero passare in secondo piano, considerato che lo svolgersi del giudizio amministrativo è stato evocato proprio a titolo di "rimedio" alle carenze del procedimento amministrativo condotto dall'Autorità⁴²⁷.

Altra questione critica è quella della compatibilità a livello costituzionale, segnatamente con riferimento al tema della pregiudizialità amministrativa nel processo civile.

Occorre richiamare innanzitutto, sul punto, quanto affermato dalla Corte di Cassazione sul tema, nella nota sentenza n. 500/1999, in cui è stato chiarito che "[...] *non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. [...] Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa [...]*

⁴²⁶ P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 205.

⁴²⁷ Appunto, nel già citato caso *Menarini*.

non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c."⁴²⁸.

Ove quindi si ponga una questione di condizionamento o subordinazione dell'esercizio dell'azione risarcitoria al previo accertamento amministrativo, si avrebbe una illegittima compressione dei poteri di accertamento del giudice, nonché del diritto o interesse del soggetto leso.

Ciò posto, e con riferimento al risarcimento dei danni da illecito antitrust, occorre chiarire, in primo luogo, che il richiamo al tema della pregiudizialità, pur fatto da alcuni, appare inconferente⁴²⁹. Il tema della pregiudizialità dell'accertamento dell'autorità rispetto all'azione risarcitoria, a ben vedere, non attiene al carattere vincolante del provvedimento (cui pur lo si ricollega), bensì alla considerazione dell'accertamento amministrativo come *condicio sine qua non* dell'azione risarcitoria.

In quest'ottica, quindi, si concorda con chi ritiene fuorviante (per non dire errato) il richiamo al tema della pregiudizialità con riferimento al rapporto tra provvedimento amministrativo e giudicato civile risarcitorio, considerando che, allo stato, l'accertamento in sede amministrativa non è – né per la Direttiva, né per la giurisprudenza nazionale e comunitaria – condizione di procedibilità dell'azione risarcitoria⁴³⁰.

⁴²⁸ Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500.

⁴²⁹ Fa un parallelo esplicito tra il carattere vincolante della decisione amministrativa e il tema della pregiudizialità P. Corder, *Il CSM di fronte al tema del private enforcement antitrust*, in G. A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di) *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Atti del III Convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011.

⁴³⁰ I. Pagni, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, cit., 544. Secondo l'Autrice, la non pertinenza del richiamo al tema della pregiudizialità amministrativa emerge in particolare dalle seguenti circostanze: (i) l'accertamento della violazione può essere compiuto anche dal giudice civile; (ii) nell'effettuare tale valutazione, il giudice civile non soggiace ad un vincolo derivante dal provvedimento amministrativo e (iii) la decisione del giudice amministrativo che accerta la legittimità del provvedimento non ha efficacia condizionante nel giudizio civile. Ebbene, seppur alla luce delle disposizioni della Direttiva almeno i punti (ii) e (iii) possono essere messi in dubbio (stante i vincoli sull'accertamento della condotta derivanti al giudice civile ove la violazione sia accertata con provvedimento definitivo dell'Autorità), si ritiene comunque che il richiamo alla questione della pregiudizialità resti fuorviante, in quanto l'unico aspetto che potrebbe far sorgere la questione sarebbe l'impossibilità o inammissibilità dell'azione senza il previo accertamento della condotta in sede

Con riferimento specificamente all'esperienza italiana, appare poi significativo che l'idea, originaria, di inserire in via legislativa una forma di pregiudizialità nella formulazione dell'art. 33 della Legge 287/90 sia stata poi abbandonata. Con il c.d. "Progetto Rossi"⁴³¹ si prevedeva infatti, al comma 2 dell'art. 33, la subordinazione dell'azione risarcitoria all'esistenza dell'esame della fattispecie da parte dell'Autorità⁴³². Tale novella non ha tuttavia visto la luce e, si ritiene, solo in tale modifica si sarebbe potuto scorgere un tema di pregiudizialità, posto che neanche nella giurisprudenza vi sembra essere traccia della ritenuta necessità del previo accertamento della condotta in sede amministrativa a fini risarcitori.

Ove così non fosse, peraltro, non sarebbero di fatto ammesse le azioni *stand alone*, in cui è il giudice civile ad accertare la sussistenza dell'illecito antitrust.

Ciò risulta confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴³³, la quale ha più volte affermato l'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, nonché dalla più recente giurisprudenza di merito, intervenuta proprio in materia antitrust, che ha negato la possibilità di sospendere il processo risarcitorio in attesa della conclusione del giudizio di impugnazione sul provvedimento sanzionatorio dell'Agcm⁴³⁴, significativamente estendendo la non-pregiudizialità non solo al provvedimento, ma anche al sindacato amministrativo sullo stesso (in ciò, escludendo quindi anche l'applicazione dell'istituto processualcivilistico della sospensione⁴³⁵).

In definitiva, sembra potersi escludere, almeno sotto il profilo della

amministrativa e, di riflesso, l'impossibilità di accertamento dell'illecito antitrust da parte del giudice civile (ipotesi sub i). Ciò, però, come detto, non risulta imposto né dalla Direttiva, né dalla prassi decisionale. Esclusa tale circostanza, non si ritiene quindi corretto richiamare il tema della pregiudizialità rispetto agli altri aspetti che, semmai, attengono al tema della prova.

⁴³¹ Progetto di legge n. 1202 della X Legislatura.

⁴³² G. Alpa, *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Torino, 2016, 174.

⁴³³ Cass. Civ. 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro It.*, 2010, I, 1901 e Cass. Civ. 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro It.*, 2011, I, 1724, con nota di Palmieri e Cass. Civ., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro It.*, 2014, I, 1729 con nota di Pardolesi.

⁴³⁴ Trib. Torino, 31 marzo 2015, nella causa promossa avverso le società Roche e Novartis con riferimento al noto caso *Lucentis/Avastin* (Agcm, provv. n. 24823 del 27 febbraio 2014, confermato dal Tar Lazio con sentenza 5 novembre 2014, su cui pende attualmente l'appello innanzi al Consiglio di Stato, che ha rimesso alcune questioni pregiudiziali, sollevate dalle parti, alla Corte di Giustizia).

⁴³⁵ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit.

“propedeuticità” del provvedimento amministrativo rispetto all’azione risarcitoria un problema di compatibilità costituzionale delle norme della Direttiva.

Tuttavia, problemi di “pregiudizialità” potrebbero presentarsi nel contesto di azioni civili con istruttorie amministrative pendenti contemporaneamente. Come si è visto in precedenza con riferimento alle azioni di classe e alle norme sulla sospensione del processo civile risarcitorio, pare che l’eventuale necessità o obbligo di sospensione dell’azione risarcitoria rischi di istituire una sorta di pregiudizialità, quantomeno se prevista con riferimento al provvedimento istruttorio dell’Autorità. Appare quindi opportuno che non sia introdotta alcuna previsione che imponga la sospensione del processo risarcitorio in pendenza dell’istruttoria da parte dell’Autorità sulla medesima fattispecie posta a fondamento della richiesta in sede civile⁴³⁶, pur se giustificata dall’esigenza di evitare un contrasto decisionale⁴³⁷.

A parte la questione della contemporanea pendenza, con eventuale sospensione, del processo civile e dell’istruttoria, si ritiene tuttavia che un vero e proprio problema di pregiudizialità sotto il profilo dell’indipendenza del giudicato civile dall’istruttoria amministrativa non sia rinvenibile nel conferimento di efficacia vincolante alle decisioni dell’Autorità, per le ragioni innanzi evidenziate che, al momento, portano ad escludere che l’accertamento compiuto in sede amministrativa sia condizione di procedibilità del *private enforcement*.

2.3.3. L’impatto della Direttiva circa l’efficacia vincolante del provvedimento dell’Agcm nei giudizi risarcitori

Posto quanto sin qui considerato, con cui si è cercato di evidenziare e

⁴³⁶ Discorso parzialmente diverso vale invece con riferimento alla contemporanea pendenza del giudizio di impugnazione sul provvedimento amministrativo, laddove una tale circostanza potrebbe, a ben vedere, essere considerata “pregiudiziale” rispetto alla decisione in sede risarcitoria, con applicazione dell’istituto della sospensione di cui all’art. 295 c.p.c.

⁴³⁷ Sul punto di rinvia a quanto osservato in relazione al contenuto del Pacchetto sul risarcimento danni antitrust in tema di sospensione del processo risarcitorio con riferimento alle azioni di classe (Raccomandazione) e al tema della prescrizione dell’azione (art. 10 della Direttiva).

analizzare le principali criticità (più o meno fondate) rilevate con riferimento all'attribuzione di efficacia vincolante al provvedimento dell'Agcm nel giudizio risarcitorio, occorre a questo punto comprendere quale possa essere l'impatto della Direttiva nel nostro ordinamento, sotto questo profilo.

Come è stato osservato⁴³⁸, all'atto pratico, l'attribuzione di efficacia vincolante e la considerazione del provvedimento quale prova privilegiata, dovrebbero portare gli stessi risultati almeno nella generalità dei casi.

Come si è visto, infatti, in entrambi i casi, la parte “vincolante” o “privilegiata” altro non è – sembra ormai potersi affermare – che la prova della condotta (fatta eccezione, per quanto visto, in alcuni casi, per la prova del nesso causale). Inoltre, la prova contraria avverso l'accertamento dell'Agcm circa l'esistenza della condotta appare, sì, superabile dal convenuto (ammesso a fornire la prova contraria), ma con non poche difficoltà soprattutto laddove si estenda l'ambito dell'efficacia probatoria del provvedimento, con il risultato finale di rendere l'accertamento della condotta quasi incontrovertibile in sede civile.

Sembrerebbe quindi non cambiare nulla. Tuttavia, sul piano sia pratico che teorico qualche differenza intercorre.

Da un lato, potendo comunque il giudice discostarsi dall'accertamento della condotta effettuato dall'Agcm, la sentenza civile dovrà comunque contenere una motivazione alquanto solida, complessa e articolata che “regga” il confronto con l'accertamento tecnico dell'Autorità tale da far ritenere che, sulla base di quanto (poco) adducibile dal convenuto nel giudizio⁴³⁹, la condotta risulti, rispetto al privato danneggiato, non sussistente. A ben vedere, dovrà riuscire a sostenersi o che la condotta lamentata non corrisponde a quella accertata dall'Autorità, o che quest'ultima non ha in alcun modo coinvolto l'attore. Di converso, il giudice dovrà argomentare in maniera alquanto articolata il discostamento, evidentemente sulla base di quanto dedotto dall'impresa convenuta che, come già osservato, ci si aspetta che possa

⁴³⁸ P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 207.

⁴³⁹ A. Frignani, *La difesa disarmata nella cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., 431.

difficilmente ribaltare il punto dell'accertamento della condotta.

Inoltre, sul piano puramente teorico, la tesi della prova privilegiata, puro compromesso tra istanze privatistiche e pubblicistiche, sembra un tentativo incompiuto di attribuire una certa rilevanza al ruolo dell'Autorità che, però, non è raggiunto totalmente. Tale risultato è ottenibile solo rendendo definitivamente vincolante il provvedimento. Ciò però si scontra, nella realtà dei fatti, con l'impossibilità di introdurre in via giurisprudenziale una prova legale, in ragione del rispetto del principio di tipicità di tale tipologia di prove⁴⁴⁰, per cui si richiede un intervento legislativo.

In tale contesto, l'utilizzo di una "figura ibrida"⁴⁴¹ alquanto fuorviante e di difficile – nonché altalenante e variegata⁴⁴² – interpretazione di un principio alquanto fuorviante, piuttosto che la definizione del contesto direttamente sul piano legislativo, senza attendere la Direttiva⁴⁴³, appare esser stata una mossa poco felice e che solo parzialmente porta ad ottenere l'effetto sperato, cioè agevolare l'avvio di azioni risarcitorie (ciò che è dimostrato dal numero comunque esiguo di azioni avviate, almeno in Italia).

Pertanto, la soluzione di cui alle previsioni dell'articolo 9 della Direttiva e di necessaria futura trasposizione a livello nazionale, non solo sembra preferibile rispetto all'utilizzo di figure ambigue come quella della prova privilegiata, ma addirittura auspicabile: l'attribuzione chiara e diretta dell'efficacia vincolante al provvedimento dell'Autorità divenuto definitivo ed inoppugnabile, pur che le critiche che possano muoversi a tale impostazione,

⁴⁴⁰ Come chiarito dalla stessa Corte di Cassazione (Corte di Cassazione 9116/2014, cit.)

⁴⁴¹ C. Osti, *Un approccio pragmatico all'attuazione delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 294.

⁴⁴² Come dimostra la stessa evoluzione giurisprudenziale sul tema.

⁴⁴³ Ciò è quanto avvenuto, ad esempio, in Germania e nel Regno Unito. Non essendo la presente ricerca volta ad un'analisi comparatistica, si permetta soltanto un inciso in questa sede sulle soluzioni adottate nelle principali altre giurisdizioni dell'Unione. Soluzioni simili a quella italiana, che attribuiscono una particolare valenza probatoria ai provvedimenti sanzionatori adottati dalle rispettive autorità di concorrenza nazionali, sono state adottate in Francia e Spagna, dove sino ad ora la via giurisprudenziale è stata preferita o, meglio, non è stata seguita dall'intervento legislativo. Diversamente, come accennato, in Germania con riforma adottata nel 2005, non solo ai provvedimenti del Bundeskartellamt, ma persino alle decisioni emesse dalle altre autorità nazionali dei paesi dell'Unione, è stata conferita efficacia vincolante nei giudici risarcitori. In UK, dal 2002, le decisioni del Competition Appeal Tribunal (CAT) e delle autorità di settore sono anch'esse vincolanti per le corti chiamate a giudicare delle richieste risarcitorie (si veda, in proposito, J. Riffault-Silk, *The binding effect of national competition authorities decisions – Observations on article 9 of the Commission proposal of Directive on damages actions*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 548 ss.).

appare infatti l'unico modo di modellare chiaramente i contorni del rapporto tra procedimento civile e provvedimento dell'Autorità, anche nel rispetto della già richiamata necessità, a fondamento della stessa tesi del valore vincolante, di garantire l'uniformità con il diritto europeo, la coerenza sistematica e un minimo di certezza del diritto⁴⁴⁴.

Ciò considerato, occorre comprendere come potrà essere calata nel nostro ordinamento in via legislativa la previsione di cui all'art. 9 della Direttiva, al fine di istituire definitivamente nel nostro ordinamento una (nuova) prova legale. Alcune problematiche sono state evidenziate a questo riguardo.

In particolare, si è rilevato⁴⁴⁵ che l'ordinamento giuridico italiano necessiterà di un imprescindibile adeguamento legislativo per assicurare la *compliance* rispetto alla Direttiva e, in particolare, rispetto al suo art. 9, in quanto l'ordinamento non conosce istituti simili all'efficacia vincolante del provvedimento dell'Agcm con riferimento ai possibili vincoli esterni che possono condizionare l'accertamento da parte del giudice civile, fatta eccezione per il vincolo del giudicato *ex art. 2909* del Codice civile che, come è noto, stabilisce che il giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi e aventi causa, introducendo il principio del c.d. giudicato sostanziale (o "cosa giudicata sostanziale"), riferito agli effetti del passaggio in giudicato di una sentenza⁴⁴⁶.

Con riferimento all'efficacia vincolante dei provvedimenti dell'Agcm, si osservato che, innanzitutto, dovrà introdursi una norma che imponga specificamente ai giudici il vincolo rispetto al provvedimento definitivo dell'Autorità (o perché confermato in sede di impugnazione o perché divenuto inoppugnabile), prevedendo l'obbligo per la corte di ritenere accertata la violazione del diritto della concorrenza constatata dall'Autorità stessa, limitando però espressamente tale efficacia vincolante al solo giudizio risarcitorio⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 207.

⁴⁴⁵ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit.

⁴⁴⁶ Sul tema della cosa giudicata si rimanda a quanto trattato diffusamente da E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza (e altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, Giuffrè, 1983.

⁴⁴⁷ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit.

Si suggerisce, inoltre, di esplicitare nella nuova normativa sia l'effettivo valore vincolante del provvedimento definitivo dell'Autorità sia, dall'altro lato, l'eventuale efficacia attribuita a decisioni non vincolanti, nonché il regime da applicarsi alle decisioni di altri Stati membri⁴⁴⁸.

Sul "dove" inserire la disposizione di recepimento, sulla scorta dell'avviso generale, riferito a tutta la Direttiva, di collocare le norme preferibilmente nell'ambito di una riforma della l. 287/1990 (piuttosto che prevedere un testo normativo *ad hoc* che compendi tutte le norme di trasposizione), è stato suggerito tale approccio anche con riferimento all'efficacia vincolante dei provvedimenti dell'Agcm⁴⁴⁹.

Il suggerimento circa la collocazione della nuova normativa si rifà all'esperienza in materia di proprietà industriale, nel cui Codice di settore, dopo le disposizioni sostanziali, è stato inserito un capo dedicato specificamente alla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale. Sulla scorta di tale soluzione si è quindi suggerito di inserire le modifiche nella L. 287/90.

Questa soluzione appare la più congeniale e, peraltro, in linea con quanto già sperimentato in altre giurisdizioni, ancor prima che si ponesse l'esigenza di trasporre la Direttiva. Così, infatti, sia in Germania⁴⁵⁰ che nel Regno Unito⁴⁵¹, la portata vincolante delle decisioni delle rispettive autorità di concorrenza è stata riportata direttamente nella legge nazionale in materia antitrust.

Per quanto riguarda invece eventuali rapporti di interazione da giudizio civile e istruttoria amministrativa o giudizio amministrativo sul provvedimento, come già visto, sembra doversi escludere, anche e soprattutto in ragione dell'esclusione di qualsivoglia pregiudizialità, l'obbligo o il potere del giudice di sospendere *ex art. 295 c.p.c.* il giudizio risarcitorio in attesa della definizione dell'istruttoria da parte dell'Agcm o del giudizio da parte delle corti amministrative. Sicché, ove si volesse contemplare esplicitamente un obbligo o potere di sospensione, questo andrebbe espressamente previsto tramite la modifica delle norme esistenti, non ritenendosi possibile l'applicazione

⁴⁴⁸ G. Bruzzone, A. Saja, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, cit., 262

⁴⁴⁹ G. Bruzzone, A. Saja, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, cit., 260.

⁴⁵⁰ Si veda il §124 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

⁴⁵¹ Si veda il *Competition Act 1998*, s. 58A.

analogica dell'istituto della sospensione del processo civile, come attualmente regolato, alle fattispecie contemplate dalla Direttiva.

Da quanto sin qui evidenziato, emerge, in definitiva, che la scelta di rendere vincolante il provvedimento dell'Autorità, pur entro certi limiti, appaia quella più idonea a risolvere una serie di problematiche applicative e interpretative sin qui postesi e che hanno reso la materia alquanto controversa.

Come visto, questa soluzione non sembra porre seri e reali problemi sotto il profilo della garanzia dei diritti di difesa e dell'indipendenza del giudice civile, problemi che sembrano in realtà più di principio che di sostanza. Inoltre, anche l'impatto a livello di implementazione non sembra essere incisivo e, anzi, potenzialmente destinato a restare circoscritto nell'ambito dei testi legislativi già esistenti.

2.4. Il termine di prescrizione dell'azione per risarcimento danni antitrust: tempi e individuazione del dies a quo nell'esperienza nazionale.

Quello della fissazione del termine di prescrizione dell'azione e dell'individuazione del termine iniziale (*dies a quo*) da cui far decorrere il tempo per la prescrizione è uno dei punti che più ha pagato le incertezze legate al valore da attribuire alla decisione dell'Autorità e alla differente tipologia di soggetti coinvolti nell'azione in veste di attori.

Come si è visto⁴⁵², la Direttiva, all'articolo 10, lascia gli Stati membri liberi di regolare la materia, dettando però dei principi cardine e, segnatamente, che il termine di prescrizione non potrà essere inferiore a cinque anni, che il *dies a quo* è legato al momento della conoscenza del danno da parte dell'attore e, infine, che in pendenza di istruttoria, il termine stesso è sospeso (o interrotto) e ricomincia a decorrere dopo la conclusione del procedimento innanzi l'Autorità.

Posto quanto già osservato sulle criticità che presentano, in termini

⁴⁵² Si rinvia sul punto al capitolo II, § 3.

generali, le previsioni contenute nel menzionato articolo 10, occorre guardare al contesto nazionale ove: (i) il termine di prescrizione risulta fissato in cinque anni, stante la natura extracontrattuale attribuita all'azione risarcitoria per danno antitrust; (ii) l'individuazione del *dies a quo* è stata influenzata, nelle varie decisioni, dalla considerazione della natura dell'attore, individuandosi termini diversi per professionisti e consumatori ed attribuendosi rilevanza, in varie istanze, ai provvedimenti dell'Agcm, non soltanto finali e (iii) non vi è alcun termine di sospensione "ufficiale", ma l'eventuale sospensione del termine è correlata anche alle valutazioni circa la rilevanza della decisione dell'Agcm con riferimento alla conoscenza dell'esistenza della condotta e del danno da essa derivante.

Per quanto riguarda il termine di prescrizione, l'Italia è già in linea con quanto richiesto dall'ordinamento comunitario e, in particolare, dall'art. 10 della Direttiva. Le norme interne che trovano applicazione al risarcimento di danni antitrust sono quelle dettate in materia di prescrizione dell'azione risarcitoria extracontrattuale e, quindi, innanzitutto l'art. 2947 del Codice civile il quale stabilisce la prescrizione quinquennale dell'azione. Ove dovesse discutersi di una diversa natura dell'azione – contrattuale – tale termine non farebbe comunque che allungarsi a dieci anni, risultando quindi conforme al dettato della Direttiva⁴⁵³. Sotto questo punto di vista, quindi, non sembra necessario alcun intervento in sede di trasposizione della Direttiva.

Le complicazioni sorgono, però, con riferimento all'individuazione del momento da cui far decorrere il termine quinquennale predetto, ossia l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria⁴⁵⁴.

La determinazione della durata e della decorrenza del termine di

⁴⁵³ L'ipotesi non è da escludere, posto che una delle difese dell'impresa convenuta in questa tipologia di cause potrebbe essere relativa alla natura del danno e, quindi dell'azione, per ragioni, ad esempio, di designazione del foro competente a giudicare della causa o per ragioni di individuazione del *dies a quo*. Sul punto, che non è specifico oggetto della presente analisi, pare comunque d'interesse quanto recentemente espresso nella giurisprudenza di merito che, ha chiarito la natura prettamente extracontrattuale del danno da illecito antitrust, siccome riferito al mercato e appartenente ad una dimensione esterna rispetto allo specifico rapporto tra le parti e, quindi, anche rispetto ad un rapporto contrattuale in essere (Trib. Milano, 29 aprile 2015, n. 5374). Si precisa che sul punto risulta comunque attualmente pendente regolamento di competenza proposto innanzi la Suprema Corte.

⁴⁵⁴ M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit.

prescrizione è affidata, nel nostro sistema civilistico, al combinato disposto dell'art. 2947 con l'art. 2935, secondo il quale il termine inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Secondo la costante giurisprudenza sul tema, tale momento coincide con quello in cui il presunto danneggiato ha, o potrebbe avere avuto con l'uso dell'ordinaria diligenza, conoscenza del danno e della sua ingiustizia⁴⁵⁵.

In materia antitrust, sebbene sia intervenuta la Suprema Corte, più volte, a cercare di chiarire il tema dell'individuazione del termine di decorrenza, non si ha attualmente una visione condivisa. Le diverse interpretazioni circa l'individuazione del termine iniziale della prescrizione, peraltro, richiamano anche in questo caso la distinzione tra rapporti *business-to-consumer* e rapporti *business-to-business*.

Ripercorrendo brevemente le varie posizioni assunte in giurisprudenza sul tema, possono alcuni filoni decisionali, tutti riferite a casi *follow on*, che rappresentano l'assoluta maggioranza delle azioni proposte.

Secondo un primo orientamento, il *dies a quo* coinciderebbe con la data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio da parte dell'Autorità. Questa posizione è stata assunta dalla Corte di Cassazione nel *leading case* sul tema⁴⁵⁶. In particolare, la Corte ha fatto riferimento alla pubblicazione del provvedimento di comunicazione delle risultanze istruttorie come momento in cui il danneggiato può aver avuto conoscenza del danno e del suo collegamento con la condotta. Quindi non si è fatto esclusivo riferimento al provvedimento finale ma, comunque, si è pur sempre ancorato il momento della conoscenza ad un atto dell'Autorità dal quale chiaramente emergono i profili della condotta.

A questo orientamento se ne affiancano altri che fanno coincidere la decorrenza del termine della prescrizione con un momento diverso (anteriore o successivo) rispetto alla pubblicazione del provvedimento da parte dell'Autorità. Per un isolato – e superato – avviso di parte della giurisprudenza di merito, il

⁴⁵⁵ Così, in materia antitrust, Cass. Civ., 2305/2007 cit. In generale sul tema, da ultimo, Cass. Civ., sez. II, 03 maggio 2016, n. 8703 (riferita in particolare alla responsabilità del professionista); id. 14 marzo 2016, n. 4899. Sulla decorrenza del termine nel caso di manifestazione non immediata e di dubbio ricollegabilità eziologica, v. App. Lecce, 11 gennaio 2016, n. 18.

⁴⁵⁶ Cass. Civ. 10 maggio 2013, n. 11119, cit.; nello stesso senso, id. 28 luglio 2000, n. 9927.

dies a quo corrisponde con il momento in cui la decisione dell'Agcm è divenuta definitiva, poiché inoppugnabile o perché confermata dalle corti amministrative⁴⁵⁷. Questa tesi, ancorata ad una sorta di pregiudizialità dell'accertamento della condotta in sede amministrativa rispetto all'avvio dell'azione risarcitoria, è stata però respinta dalla Cassazione⁴⁵⁸.

Altre tesi fanno poi coincidere la decorrenza della prescrizione con la data di pubblicazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità⁴⁵⁹ o con il compimento della condotta che ha causato il danno, rapportandolo alle specifiche del caso⁴⁶⁰.

Se questa ultima tesi è stata fermamente respinta dalla Suprema Corte⁴⁶¹, la tesi che fa coincidere il *dies a quo* con la data dell'avvio del procedimento da parte dell'Autorità è stata invece mantenuta dalla giurisprudenza.

Le diverse interpretazioni vanno ricondotte all'attribuzione di rilevanza a differenti momenti in cui si ritiene che la vittima possa aver acquisito la conoscenza dell'inflizione del danno. Proprio sotto questo aspetto, intervengono significative differenze ove si faccia distinzione tra danneggiato-consumatore e danneggiato-professionista e, inoltre, ove si distingua per tipologia di condotta, in questo senso aderendo al più recente insegnamento della Suprema Corte sul tema della decorrenza della prescrizione, che opportunamente precisa la necessità di distinguere le diverse situazioni di "conoscibilità" dell'evento lesivo in relazione alle diverse circostanze fattuali, sia della tipologia di evento, sia della posizione del danneggiato⁴⁶².

⁴⁵⁷ App. Napoli, 3 maggio 2005.

⁴⁵⁸ Cass. Civ. 2305/2007, cit.

⁴⁵⁹ Trib. Milano, 1 ottobre 2013, *Teleunit/Vodafone*

⁴⁶⁰ App. Reggio Calabria, 11 settembre 2008; App. Roma, 29 maggio 2016.

⁴⁶¹ Rispettivamente nelle sentenze del 6 dicembre 2011, n. 26188 e 10 maggio 2013, n. 11119, cit.

⁴⁶² Cass. Civ. Sez. I, 7 luglio 2015, n. 14059. Secondo la Corte "[...] E' ben vero che in tema di risarcimento del danno da fatto illecito, il "*dies a quo*" dal quale la prescrizione comincia a decorrere va individuato nel momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto - o avrebbe dovuto avere, usando l'ordinaria diligenza - sufficiente conoscenza della rapportabilità causale del danno lamentato. (Cass. 1263/12). Ciò che però richiede una particolare valutazione è il criterio della ordinaria diligenza da applicare alle singole fattispecie. Vi sono infatti fattispecie in cui l'avvenuta produzione dell'evento lesivo è inizialmente occulta e si manifesta solo dopo un certo periodo di tempo in cui sussiste una situazione di impossibilità per il danneggiato di conoscerne l'esistenza prima della manifestazione esterna (...). Vi sono invece altre ipotesi in cui il danno si manifesta esteriormente nel momento della sua produzione nelle quali il danneggiato può trovarsi in diverse condizioni di conoscibilità dello stesso. (...) Possono esservi casi di conoscenza diretta

Sulla scorta di questo insegnamento generale appaiono quindi opportune le tesi che individuano diversi momenti per il *dies a quo*, con riferimento alla materia antitrust, distinguendo il caso della vittima consumatore dal caso della vittima professionista/concorrente, nonché la situazione del cartello da quella dell'abuso di posizione dominante in quanto il momento dell'acquisizione della conoscenza del danno e della condotta che lo ha generato varia nelle predette situazioni.

Partendo dal presupposto, ampiamente condiviso, che il danno antitrust appartiene alla categoria dei c.d. "danni lungolatenti"⁴⁶³ – per i quali si registra in genere un *gap* temporale tra il momento della condotta e il momento della sua conoscenza da parte del danneggiato e ai quali si applica, in tema di prescrizione, il combinato disposto degli articoli 2947 e 2935 c.c. – occorre fare delle distinzioni circa il momento, pur non coincidente con l'evento dannoso, in cui vi può essere effettiva conoscenza da parte del danneggiato della condotta e del danno, principio ormai pacificamente accolto anche dalla giurisprudenza di merito⁴⁶⁴.

ed istantanea, (...) ed altri, invece, in cui il danno pur manifestatosi, non perviene, per una serie variabile di circostanze, alla diretta ed immediata conoscenza dell'interessato (...). In siffatte situazioni il criterio applicabile è necessariamente quello della conoscibilità del danno da parte del soggetto passivo che usi l'ordinaria diligenza".

⁴⁶³ G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, commento a Trib. Milano, 15 ottobre 2014 n. 12043, in *Giur. It.*, 2015, n. 12, 2603 ss.

⁴⁶⁴ Si richiama, in proposito, Trib. Milano, 14 gennaio 2015: *"In tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno lungolatente per i giudizi antitrust, l'azione risarcitoria si prescrive, in base al combinato disposto degli art. 2935 e 2947 c.c., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza. Attesa l'autonomia dell'azione civile rispetto alle determinazioni dell'autorità garante in sede sanzionatoria ed esclusa sulla base dell'attuale sistema normativo qualsiasi ipotesi di pregiudiziale amministrativa, l'esordio della prescrizione non può essere collegato né al momento in cui l'accertamento dell'esistenza di illeciti anticoncorrenziali ha assunto la sua definitività in sede giudiziaria amministrativa, né nel momento in cui, secondo la stessa prospettazione dell'assicurato, fu cagionato il danno, consistito nel pagamento di un ingiusto aumento del premio. Va invece dato rilievo al momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto completa conoscenza del danno e della sua ingiustizia (con il corredo di tutte le circostanze e modalità del fatto), e cioè nel momento in cui si deve ritenere che egli è stato adeguatamente e ragionevolmente informato circa l'illiceità del fatto che ha cagionato il danno (ad esempio un'intesa vietata tra imprese, o un comportamento di abuso di posizione dominante). Poiché però tali fatti possono essere frutto – come le intese – di accordi riservati non facilmente conoscibili, il consumatore, situato nell'ultimo anello del mercato, ne rimane esposto in maniera ignara, finché attraverso proprie indagini e/o idonea pubblicizzazione di stampa e mezzi di comunicazione non ne venga reso edotto, mentre non è indispensabile che la conoscenza della quale si tratta derivi dalla pubblicizzazione delle indagini dell'Autorità Garante o del provvedimento di questa che abbia accertato la condotta illecita posto che l'illecito concorrenziale antitrust può essere*

In particolare, occorre rilevare che tutte le decisioni che hanno individuato un termine avanzato di decorrenza della prescrizione, sino alla data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio erano state pronunciate rispetto ad azioni promosse dal consumatore/cliente finale dell'*infringer*. Come affermato in origine dalla Suprema Corte in quei casi⁴⁶⁵, e come confermato in successive analoghe decisioni, nel caso di danni causati da comportamenti anticoncorrenziali la percezione degli effetti della condotta illecita (come ad esempio, l'aumento dei prezzi) non è di norma sufficiente al soggetto danneggiato per percepire il danno e la sua correlazione all'eventuale condotta anticoncorrenziale e, quindi, non sarà sufficiente ad esercitare l'azione risarcitoria, in quanto manca la conoscenza dell'ingiustizia del danno subito, che il soggetto danneggiato acquisisce nel momento in cui è stato adeguatamente e ragionevolmente informato che la perdita economica subita è conseguenza dell'illecito antitrust⁴⁶⁶.

Questa situazione di ritardata conoscenza è riconducibile all'asimmetria informativa che, in genere, viene attribuita al consumatore: se si condivide l'assunto per cui il consumatore versa, in termini generali, in una posizione inferiore in termini informativi rispetto all'*infringer*, in cui non versa – o versa in misura minore – un concorrente o, comunque, un'altra impresa che si assuma danneggiata, è allora condivisibile l'approccio adottato dalla Suprema Corte nel lungo filone decisionale relativo al settore assicurativo⁴⁶⁷ e, pertanto, nel caso di rapporti *business-to-consumer*, il *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust decorre dalla data di pubblicazione del provvedimento dell'Autorità con cui l'impresa è stata sanzionata, ove naturalmente di tratti di azioni *follow on*.

Come è stato osservato⁴⁶⁸, la diretta considerazione delle particolarità del

autonomamente accertato dal giudice ordinario anche in assenza di un corrispondente provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Sicché va valutato caso per caso, in relazione al grado di competenza e di effettiva conoscibilità proprio del soggetto danneggiato, in quale momento esso abbia avuto sufficiente ed adeguata informazione quanto alla sussistenza dell'illecito lamentato in tema di tutela della concorrenza".

⁴⁶⁵ Cass. Civ. 2305/2007, cit.

⁴⁶⁶ G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, cit. 2604.

⁴⁶⁷ Di cui l'ultima decisione è quella del 3 aprile 2013, n. 8110.

⁴⁶⁸ G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, cit. 2604.

danno anticoncorrenziale e la stretta correlazione della sua conoscenza rispetto ai diversi momenti dell'attività istruttoria e decisionale dell'Agcm, porta con sé la rilevanza del carattere in qualche modo vincolante del provvedimento o dell'azione dell'Autorità anche sotto il profilo della prescrizione dell'azione.

Ciò emerge chiaramente con riferimento alle azioni esercitate dai consumatori, dove alla pubblicità della condotta illecita resa dalla pubblicazione del provvedimento viene direttamente ricondotta la conoscenza necessaria e sufficiente per il consumatore finale ad esercitare l'azione. Diversa è, invece, la considerazione della prescrizione ove a esercitare l'azione sia un'impresa, per di più concorrente dell'*infringer*.

Sulla differente situazione informativa in cui versa il danneggiato-professionista/impresa concorrente fanno perno le decisioni, recentemente pronunciate dal Tribunale di Milano⁴⁶⁹, nelle quali si è chiaramente affermata la necessità di considerare diversamente la posizione di tale tipologia di vittima dell'illecito antitrust.

In particolare, si è ritenuto necessario valutare caso per caso, in relazione al grado di competenza e di effettiva conoscibilità proprio del soggetto danneggiato, in quale momento esso abbia avuto sufficiente ed adeguata informazione quanto alla sussistenza dell'illecito lamentato in tema di tutela della concorrenza.

Su questo presupposto, il Tribunale di Milano, richiamando i precedenti della Cassazione in termini, ha ritenuto che il consumatore, ultimo anello del mercato, rimane esposto alla condotta illecita in maniera ignara, finché attraverso proprie indagini e/o idonea pubblicizzazione di stampa e mezzi di comunicazione non ne venga reso edotto (non essendo comunque indispensabile che la conoscenza derivi dalla pubblicizzazione delle indagini dell'Autorità Garante o del provvedimento di questa, altrimenti si creerebbe una sorta di pregiudizialità).

Al contrario, con riferimento all'impresa danneggiata, la corte territoriale ha ritenuto, nel caso di specie, che l'attività delle parti attrici volta ad ottenere confronti su determinate condizioni contrattuali con la società poi sanzionata,

⁴⁶⁹ Trib. Milano, 18 aprile 2014 e 18 ottobre 2014.

rappresenti la prova che già prima della sanzione le imprese attrici erano consapevoli della situazione dannosa, dell'illecito e del collegamento tra essi.

Sebbene la corte milanese, in tali decisioni, non faccia espresso riferimento al differente grado informativo, un chiaro richiamo in questo senso si scorge nella menzione esplicita del “grado di competenza” che giustifica l'arretramento del momento della conoscibilità del danno e della condotta rispetto a quello della sua pubblicizzazione.

Ancora più chiaramente emerge quello che, ormai, sembra essere il consolidato avviso della giurisprudenza, dalle recenti decisioni della medesima corte territoriale riferita ad alcune azioni risarcitorie *follow on* esercitate a valle dell'accertamento da parte dell'Agcm di un abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni⁴⁷⁰.

In tali casi⁴⁷¹ si è avuta la contrapposizione in sede civile tra l'impresa il cui abuso di dominanza era stato accertato in sede amministrativa e alcune delle imprese concorrenti, di cui alcune avevano direttamente preso parte al procedimento istruttorio svolto dall'Autorità. In tutti i predetti casi, i giudici hanno ritenuto che il termine di decorrenza della prescrizione vada individuato in un momento antecedente alla pubblicazione della decisione finale e, precisamente, nel momento dell'avvio dell'istruttoria da parte dell'Agcm. La corte ha infatti ritenuto che le imprese che operano nel medesimo mercato dell'*infringer* acquisiscono una sufficiente conoscenza o, comunque, dovrebbero rendersi conto – si aggiunge, con l'uso dell'ordinaria diligenza – della sussistenza di una condotta illecita che potrebbe aver loro causato un danno.

La corte esclude che tale sufficiente grado di conoscenza sia acquisita dalle imprese danneggiate solo a seguito della pubblicazione o comunicazione del provvedimento finale, per due ragioni: da un lato, esse, in quanto concorrenti, possiedono una conoscenza delle dinamiche del mercato e del comportamento degli operatori che le mette in condizione di conoscere la condotta illecita prima di quanto astrattamente possibile per un cliente finale; inoltre, la tipologia di illecito (abuso di posizione dominante) non è tipicamente caratterizzato dalla segretezza, a differenza dei cartelli, sicché anche per tale

⁴⁷⁰ Agcm, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE2/TIM-VODAFONE-WIND*

⁴⁷¹ Trib. Milano 28 luglio 2015, 14 ottobre 2014 e 3 aprile 2014.

ragione il *dies a quo* si colloca in un momento antecedente alla pubblicazione del provvedimento sanzionatorio finale.

Su queste basi, si giunge quindi ad accantonare la correlazione tra conoscenza del danno e pubblicazione del provvedimento finale, dandosi comunque rilevanza ad uno dei momenti dell'azione dell'Agcm e, precisamente, a quello della comunicazione di avvio dell'istruttoria sulla presunta violazione, rivelando anche in questo la determinante influenza che l'attività dell'Agcm ha sul giudizio civile risarcitorio.

Sull'opportunità di tale "retrodatazione" del *dies a quo*, su cui potrebbe in principio concordarsi tenuto conto delle differenze che si ritiene sussistano, in punto di percezione dell'illecito, in relazione a certi abusi e a certe classi di vittime, emergono però dei dubbi, nella misura in cui, nei casi da ultimo menzionati, si attribuisce rilevanza ad una fase dell'istruttoria del tutto preliminare e, soprattutto, in cui non si ha alcun accertamento dell'illecito e che, peraltro, solo in ipotesi si concluderà con un accertamento positivo: l'avvio del procedimento, infatti, non fa che rilevare la possibile esistenza di un abuso, senza rappresentare l'esito di una valutazione chiara, approfondita e circostanziata di prove ed elementi che dimostrino l'esistenza della condotta.

Alla mancanza di valore probatorio della condotta è, infatti, ricollegata l'opinione di chi ritiene che al provvedimento di avvio dell'istruttoria non debba essere attribuita alcuna valenza anche con riferimento alla decorrenza del termine di prescrizione⁴⁷², ritenendo che il provvedimento in questione non costituisca un'informazione completa circa l'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza, né dell'ingiustizia dei danni derivanti dall'illecito.

Tale interpretazione è condivisibile nella misura in cui si consideri che, nella fase di avvio dell'istruttoria, ci si trova davanti ad una condotta dai contorni ancora sfumati e incerti, al punto tale da rendere del tutto dubbio e incerto per il concorrente che le proprie eventuali perdite effettivamente derivino da quella condotta, sino a quel momento solo presunta ma non ancora accertata.

Tuttavia, è possibile svolgere alcune osservazioni di senso contrario

⁴⁷² G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, cit., 2605.

rispetto a tali rilievi. In primo luogo, una cosa è affermare che il provvedimento di avvio dell'istruttoria non sia sufficiente a far decorrere la prescrizione poiché non fornisce un quadro informativo congruo alla vittima, altra cosa è invece richiamarne la mancanza di valore probatorio. I due aspetti vanno tenuti distinti, pena l'implicita affermazione che la conoscenza – sufficiente – della condotta possa sussistere solo ed esclusivamente previo accertamento della stessa da parte dell'Agcm, con tutte le conseguenze sul piano della pregiudizialità di cui si è già ampiamente riferito.

Inoltre, appare alquanto dubbio che l'impresa, diretta concorrente dell'*infringer*, non possa già scorgere, in maniera sufficiente ai fini dell'esercizio dell'azione, elementi che indichino l'esistenza della condotta illecita già in sede di avvio dell'istruttoria, al seguito della quale, conoscendo il mercato e le condotte tipiche degli operatori, la stessa impresa può probabilmente avere elementi sufficienti per riscontrare, con riferimento alla propria posizione, eventuali effetti della asserita condotta anticoncorrenziale.

Da ciò emerge la necessità, già segnalata, di distinguere con riferimento alla tipologia di fattispecie illecita e classi di vittime danneggiate dalla condotta.

Se, infatti, nella fase successiva all'avvio dell'istruttoria non v'è alcuna certezza circa la sussistenza e gli elementi concreti della condotta, sì da potersi ritenere giustificabile chi, pur a fronte dell'apertura dell'indagine da parte dall'Autorità, esita ad agire, attendendone la conclusione, ciò non appare opportuno o ammissibile in particolari casi in cui dal lato delle vittime stiano delle imprese (soprattutto se concorrenti dell'*infringer*) oppure l'abuso abbia particolari connotati che ne facilitano la percezione da parte della vittima (come ad esempio nel caso di intese verticali o in caso di abuso di dominanza da parte di un'impresa egemone⁴⁷³), in ragione della plausibile conoscenza anticipata (rispetto al suo accertamento) della condotta e dei suoi effetti da parte della potenziale vittima.

⁴⁷³ Come evidenziato da A. Palmieri (*Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, cit., 804), in questi casi è plausibile che vi sia una percezione anticipata dell'illecito. Può infatti rilevarsi come in queste e in simili fattispecie la vittima possa con maggiore facilità e immediatezza percepire l'abuso, a prescindere da una qualsiasi valutazione di un'autorità, e ciò per la sua vicinanza e/o comunanza dell'ambito di operatività con l'*infringer*, ovvero in ragione della posizione di quest'ultimo sul mercato, la quale può conferire un maggior risalto alla condotta e ai suoi effetti.

Appare, in definitiva, sensato in determinate circostanze attribuire rilevanza ad un momento quasi preliminare dell'istruttoria (quale quello del suo avvio, appunto) in considerazione della particolare natura della vittima e della condotta.

Ciò posto, quanto assunto dalla giurisprudenza nazionale con riferimento alla prescrizione dell'azione appare in linea con quanto richiesto dall'art. 10 della Direttiva e, anche sotto questo aspetto, le prospettive di intervento non dovrebbero includere stravolgimenti o significative modifiche della normativa interna.

Infatti, per quanto riguarda la durata minima del termine di prescrizione, questa, come visto, è già fissata in cinque anni, riflettendo il requisito imposto dalla normativa europea. Per quanto concerne la decorrenza del termine, la Direttiva non fissa invece il momento del *dies a quo* ma fa soltanto riferimento al criterio della conoscenza che, con le sfumature evidenziate, è il criterio già applicato già dalla giurisprudenza nazionale e che rimanda alle disposizioni già esistenti nel Codice civile, di applicazione generale.

Dubbi sull'impatto a livello normativo della Direttiva residuano con riferimento alla sospensione del termine di prescrizione, nella misura in cui essa stabilisce, come visto, che il termine prescrizionale dovrà restare sospeso (o dovrà interrompersi) durante lo svolgimento dell'istruttoria, prevedendosi, peraltro, la finestra di (almeno) un anno aggiuntivo oltre la conclusione dell'istruttoria dell'Agcm, affinché il termine sospeso ricominci a decorrere.

Con riguardo a questo aspetto, l'implementazione dell'art. 10 presenta alcune criticità con riferimento, in particolare, all'impugnazione del provvedimento dell'Autorità in sede contenziosa amministrativa. Sotto questo aspetto vengono in rilievo due diversi aspetti: (i) l'ipotesi dell'impugnazione da parte soltanto di alcune imprese nel caso in cui il provvedimento sanzioni più soggetti; (ii) l'impugnazione parziale del provvedimento⁴⁷⁴.

Con riferimento alla prima questione, ci si è chiesti se il termine per la proposizione della domanda risarcitoria – che riprende a decorrere, a seguito della sospensione, da quando la decisione è divenuta definitiva – ricominci a

⁴⁷⁴ G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, cit. 2605.

decorrere da momento della conclusione del processo amministrativo, con passaggio in giudicato della decisione, anche nei confronti di quelle imprese che non hanno impugnato il provvedimento.

Per rispondere a tale questione, la soluzione va ricercata nella considerazione generale degli effetti dell'impugnazione dei provvedimenti dell'Agcm.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa in tema di limiti soggettivi dell'impugnazione della decisione dell'Autorità, se un'impresa ritenuta partecipante ad un cartello omette di impugnare il provvedimento sanzionatorio, non possono ad essa estendersi gli effetti del successivo annullamento da parte del giudice amministrativo, in accoglimento del ricorso promosso da altri partecipanti al cartello⁴⁷⁵. Tale conclusione discende dalla ormai consolidata considerazione dell'atto di irrogazione della sanzione antitrust nei confronti di una pluralità di soggetti non come atto indivisibile, bensì quale atto plurimo⁴⁷⁶.

Alla luce dell'orientamento tenuto dai giudici nazionali, deve quindi ritenersi che, ove il provvedimento non sia impugnato da parte di una delle imprese sanzionate, nei confronti di questa il termine, per l'eventuale danneggiato, debba ricominciare a decorrere in funzione del consolidamento della decisione nei confronti della singola impresa. Questa è la soluzione adottata di recente nel Regno Unito, dove la *Supreme Court* ha stabilito espressamente che il termine di prescrizione inizia a decorrere nel momento in

⁴⁷⁵ Tar Lazio, 30 aprile 2015, n. 6241.

⁴⁷⁶ Da ultimo in questo senso, Consiglio di Stato, 29 gennaio 2016, n. 362 (conferma Tar Lazio 6241/2015, cit.). Secondo il Consiglio, che richiama la giurisprudenza, anche della Cassazione, antecedente “[...] le posizioni giuridiche dei vari destinatari di sanzioni amministrative pecuniarie applicate con i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità (...) sono autonome e differenziate. Questo carattere non viene meno per il mero fatto che alla base del provvedimento sanzionatorio vi sia un'intesa anticoncorrenziale, unica e complessa, tra le diverse società, di cui sia stata accertata giudizialmente l'inesistenza. Infatti, oggetto del provvedimento sanzionatorio restano le condotte delle singole imprese (...). Ciascuna impresa dunque è destinataria di sanzioni amministrative pecuniarie giuridicamente distinte, anche se connesse. (...) Perciò non si è in presenza di un atto indivisibile, concernente più soggetti unitariamente considerati (come l'atto collettivo), bensì di un atto plurimo, che riguarda una pluralità di soggetti, ciascuno titolare di situazione giuridica autonoma (conf. Cass., SS.UU., 30 settembre 2009, n. 20935, per cui è principio costante di diritto che, in presenza di condotta illecita di una pluralità di soggetti in concorso (l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 5), si genera una pluralità di rapporti autonomi a soggetto attivo unico, ciascuno con un diverso soggetto passivo. Si tratta dunque di una pluralità c.d. autonoma di rapporti nascenti dall'illecito in una situazione pur caratterizzata da identità del fatto generatore”.

cui la decisione è divenuta definitiva per la singola impresa convenuta, indipendentemente dalla pendenza di appelli promossi da altri soggetti sanzionati con il medesimo provvedimento⁴⁷⁷.

Altra questione è, invece, quella dell'impugnazione parziale del provvedimento. Ci si chiede infatti cosa accada con riferimento al termine di prescrizione, laddove l'impresa impugni il provvedimento soltanto su alcuni aspetti, come ad esempio il mero profilo sanzionatorio, andando a sindacare non l'esistenza della condotta, bensì il peso che alla stessa è stato attribuito dall'Autorità.

L'interrogativo non è fuori luogo in quanto la Direttiva non chiarisce se il termine rimane sospeso (o interrotto) sino a che il provvedimento è divenuto definito in tutte le sue parti, o se sia sufficiente che ad acquisire carattere definitivo sia l'accertamento della condotta. Non essendosi proposta la questione nel nostro ordinamento, intuizione risolutiva della questione può trarsi, ancora una volta, dall'ordinamento inglese, nel quale si è sostenuto che l'accertamento della violazione costituisce un capo distinto dal resto e, segnatamente, dal capo riguardante l'irrogazione della sanzione, ben potendo esso divenire definitivo autonomamente, con le logiche conseguenze in tema di decorrenza della prescrizione.

Tale orientamento appare compatibile con quanto stabilito nel nostro ordinamento, dove anche il provvedimento amministrativo, così come le sentenze, sono considerati contenere capi tra essi scindibili e impugnabili separatamente – con le ben note conseguenze sotto il profilo dell'acquiescenza⁴⁷⁸.

Sotto i due aspetti appena evidenziati, quindi, le questioni che si pongono appaiono ben risolvibili semplicemente aderendo a quanto sinora ritenuto dalla giurisprudenza nazionale, senza necessità di intervento in via legislativa.

Altra questione, più generale e di principio, è invece quella legata alla necessità

⁴⁷⁷ US Supreme Court, *Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc (formerly Morgan Crucible Co Plc)* [2014] UKSC 24. Per un commento a tale decisione si veda P. Akman, *Periods of limitation in follow on competition cases: the elephant in the room*, ESRC CCP Working Paper Series, 2013. Sul tema, *amplius*, P. Akman, *Periods of limitation in follow on competition cases: when does a 'decision' become final?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2.2 (2014), 389-421.

⁴⁷⁸ G. Scoccini, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*, cit. 2606.

di comprendere se la sospensione (o interruzione) del termine di prescrizione in pendenza dell'istruttoria - ed eventualmente del giudizio amministrativo di impugnazione – sia un modo per “far entrare dalla finestra” la tanto temuta pregiudizialità dell'accertamento rispetto al giudizio risarcitorio.

Su questo punto, è stato osservato⁴⁷⁹ che la sospensione non costituirebbe argomento a favore della pregiudizialità in quanto la Direttiva prevede la sospensione sia con riferimento ai procedimenti nazionali, sia con riferimento alle istruttorie avviate dalle autorità straniere, il cui accertamento definitivo non sarebbe comunque vincolante per i giudici italiani, andando a costituire una mera prova *prima facie* dell'esistenza della condotta anticoncorrenziale.

In realtà, pur condividendo la tesi per cui la sospensione non rischia di introdurre, velatamente e subdolamente, la pregiudizialità negli ordinamenti nazionali, si ritiene che il fondamento di tale assunto vada ricercato altrove. Come già osservato con riferimento alla presunta pregiudizialità del provvedimento dell'Agcm⁴⁸⁰, la pregiudizialità sussiste soltanto ove si affermi che non possa esservi azione risarcitoria senza previo accertamento della condotta da parte dell'Autorità. Se così è, la mera sospensione del termine di prescrizione – così come la “mera” vincolatività del provvedimento – non ha ragione di essere letta quale forma di pregiudizialità, poiché, a ben vedere, pure in presenza di un accertamento negativo il giudice civile potrebbe essere investito dell'esame dell'azione risarcitoria, senza che quest'ultima venga necessariamente travolta dall'esito dell'istruttoria.

In definitiva, così come per le previsioni contenute all'art. 9 della Direttiva, anche quelle in tema di prescrizione di cui all'art. 10 della medesima sembrano avere il solo scopo di coordinare – anche in termini temporali – le azioni (amministrativa e civile) al fine di evitare che per assurdo spiri il termine per l'esercizio dell'azione in pendenza dell'istruttoria così che risulterebbe di fatto vanificato l'effetto di rafforzamento del *private enforcement* rinvenibile nell'art. 9: il privato si troverebbe infatti, a termine già decorso, a non poter usufruire della presunzione probatoria discendente dal provvedimento

⁴⁷⁹ *Ibidem*

⁴⁸⁰ Si rinvia sul punto al §1.3 del presente capitolo.

sanzionatorio dell'Autorità, con l'ovvia conseguenza dello svuotamento dell'effetto della norma.

Semmai, se una incompatibilità di fondo si vuole riscontrare, questa potrà al più basarsi su quanto già rilevato con riferimento alla sospensione dei procedimenti in pendenza dell'istruttoria. Neanche questo, tuttavia, sembra un buon argomento, in quanto la semplice sospensione del termine civilistico della prescrizione non ha un impatto sul rapporto tra giudice civile e organo amministrativo – che invece ha la sospensione processuale – rilevando soltanto sotto il profilo temporale dell'esercizio del diritto dell'azione.

Si ritiene, in definitiva, che l'implementazione della Direttiva con riferimento alle misure in tema di prescrizione dell'azione risarcitoria non dovrebbe avere alcun significativo impatto, alla luce del quadro nazionale sul tema e che si è sin qui descritto, per cui pare non vi sia nemmeno necessità di regolamentazione che vada oltre un mero richiamo dei principi già applicati.

Altri temi, invece, quali quello del valore vincolante del provvedimento e degli oneri probatori a carico delle parti, richiederanno una espressa regolazione. Tra essi rientra il tema della *disclosure* delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, che ha presentato delle criticità anche nel nostro ordinamento.

2.5. La divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, tra rigidità e aperture.

Come illustrato in precedenza⁴⁸¹, la Direttiva contiene un gruppo di norme che regola specificamente il sistema della divulgazione e dell'accesso alle prove. In quella sede, si è rilevato il possibile permanere del contrasto rinvenibile tra quanto ci si attende che verrà implementato a livello nazionale, poiché stabilito a livello comunitario, e quanto sul tema stabilito dalla giurisprudenza comunitaria nei casi che hanno analizzato specificamente il tema⁴⁸², letti anche alla luce della giurisprudenza più generale sulle azioni

⁴⁸¹ Sul punto si rinvia al capitolo II.

⁴⁸² Casi *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, cit.

risarcitorie antitrust⁴⁸³.

Le valutazioni svolte con riferimento al contenuto della Direttiva non cambiano di molto se riferite al contesto vigente nel nostro ordinamento, ove si applicano sommariamente le medesime restrizioni che, oggi, la Direttiva impone negli articoli dedicati al tema della *disclosure*.

Dopo le iniziali ritrosie mostrate dall'Autorità nel consentire l'accesso al fascicolo dell'istruttoria a terzi, oggi l'Agcm pare aver assunto una posizione più aperta, rimettendo al giudice civile la valutazione di proporzionalità e adeguatezza nell'utilizzo delle prove ivi contenute nel giudizio risarcitorio.

Nel mantenere l'iniziale contegno negativo, l'Agcm faceva leva sul segreto d'ufficio e sul vincolo di scopo apposti alla documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio dalle disposizioni di settore e, segnatamente, dagli articoli 14, comma 3 della L. 287/90 e 12 del D.P.R. 217/98. Proprio sulla base di tali norme, l'Autorità in passato ha negato l'accesso alla documentazione contenuta nel fascicolo ai soggetti terzi rispetto al procedimento, respingendo anche le richieste provenienti dall'autorità giudiziaria.

Più di recente, l'Agcm ha rivisto il proprio orientamento sul tema, ritenendo di dover acconsentire alle richieste del giudice civile lasciando a questi la valutazione sull'uso ponderato ed opportuno della documentazione, anche con riferimento alla eventuale opportunità o necessità di superare il segreto d'ufficio e il vincolo di scopo, sembrerebbe conformandosi all'avviso della giurisprudenza comunitaria e nazionale sul tema⁴⁸⁴ che ha affermato, come già visto, la necessità di lasciare al giudice civile lo svolgimento della valutazione caso per caso sull'uso da compiere delle prove contenute nel fascicolo⁴⁸⁵.

L'approccio sul piano pratico adottato dall'Agcm è quello di trasmettere

⁴⁸³ Casi *Courage* e *Manfredi*, più volte qui citati.

⁴⁸⁴ R. Chieppa, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 279 ss.

⁴⁸⁵ Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, in particolare, a partire dalla sentenza del Tar Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, si è confermata la necessità di negare l'accesso alla documentazione istruttoria da parte di soggetti terzi rispetto alle parti del procedimento, affermando però che gli interessati possono proporre al giudice civile istanza per l'emissione di un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., potendo inoltre il giudice agire d'ufficio ex art. 213 c.p.c., sul punto quindi distinguendo il diritto di accesso esercitato direttamente dai soggetti interessati nei confronti dell'amministrazione dalle richieste di esibizione documentale rivolte dall'autorità giudiziaria

tutta la documentazione al giudice, trasmettendo in busta chiusa quella avente carattere riservato.

Se da questo punto di vista può quindi constatarsi un allineamento con i principi comunitari, dall'altro lato, però, le medesime perplessità sollevate con riferimento al trattamento da parte della Direttiva dell'accesso al fascicolo dell'Autorità nel caso di chiusura dell'istruttoria con l'accettazione di impegni, sembrano potersi riferire anche al caso italiano.

Pur non essendosi, ad oggi, ancora posto il problema, l'Autorità ha nondimeno accolto positivamente le soluzioni contenute nella Direttiva e, quindi, anche le restrizioni ivi contenute con riferimento ai documenti nella “*black list*” (dichiarazioni confessorie) e documenti contenuti nella “*grey list*” (ossia quelli non utilizzabili in pendenza dell'istruttoria).

A questo proposito, nella *Comunicazione sulla leniency*⁴⁸⁶, all'art. 10bis, l'Agcm ha infatti indicato regole minime sull'accesso alla documentazione da parte di terzi nell'ambito dei programmi di clemenza, distinguendo (i) per categorie di soggetti istanti e (ii) per oggetto dell'istanza di accesso, prevedendo, da un lato, che nel corso dell'istruttoria, ai soggetti terzi, anche se intervenuti nell'istruttoria, non sia consentito in alcun modo l'accesso alla documentazione; dall'altro lato, che la richiesta di accesso proveniente dai soggetti coautori, insieme al *leniency applicant*, della violazione sia. o possa essere, differita fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie. La richiesta è differita se riguarda la dichiarazione confessoria resa dai rappresentanti dell'impresa *leniency applicant*, mentre può (e non deve) esserlo se riguarda la documentazione che correda la dichiarazione confessoria e presentata dall'impresa richiedente la clemenza.

Singolare è che, nella propria Comunicazione, l'Autorità nulla dica sull'accesso dei terzi alla dichiarazione confessoria *dopo* la chiusura dell'istruttoria. Sul punto si ritiene corretta l'interpretazione che rileva

⁴⁸⁶ Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

l'implicita esclusione dei terzi dall'accesso a tale riservatissimo documento ⁴⁸⁷, sulla scorta di quanto stabilito sul punto dalla Commissione europea nelle proprie linee guida sulla *leniency* comunitaria⁴⁸⁸.

L'opinione dell'Autorità quindi, se è in linea con la giurisprudenza sovranazionale circa la necessità di lasciare al giudice civile la valutazione di proporzionalità, appare al contempo aderente alla Direttiva con riguardo alle preclusioni all'accesso⁴⁸⁹.

In ciò, quindi, l'approccio adottato a livello nazionale porta a riproporre tutte le critiche già sollevate con riferimento al potenziale contrasto tra il contenuto della Direttiva e l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, posto che la quest'ultima si è limitata a statuire contro l'introduzione di restrizioni assolute e a favore, invece, di una valutazione caso per caso compiuta dalle corti, chiamate a giudicare nel giudizio risarcitorio in base a criteri di proporzionalità e adeguatezza circa l'utilizzabilità della documentazione contenuta nel fascicolo.

Ciò considerato, l'attuale orientamento dell'Autorità, in ragione dell'aderenza a quanto prospettato dalla Direttiva, sembrerebbe non rendere necessario o indispensabile un intervento sul punto da parte del legislatore. In realtà, una migliore regolazione di questo aspetto con specifico riferimento alle richieste di accesso da parte di terzi nell'ambito di azioni risarcitorie appare opportuno, poiché quanto statuito nella Comunicazione non pare sufficiente a delimitare i confini del diritto di accesso dei soggetti terzi e, al contempo, dell'ambito della divulgazione delle prove del fascicolo.

⁴⁸⁷ C. Lo Surdo, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel processo civile alla luce della direttiva sul danno antitrust*, 2015, disponibile su <http://www.osservatorioantitrust.eu/>

⁴⁸⁸ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11). In particolare, al punto 33, la Comunicazione afferma che “L'accesso alle dichiarazioni ufficiali è accordato soltanto ai destinatari della comunicazione degli addebiti, purché s'impegnino — e insieme con loro i consulenti legali ai quali sia consentito l'accesso in loro rappresentanza — a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione contenuta nella dichiarazione ufficiale alla quale è loro consentito l'accesso e ad utilizzare le informazioni ottenute mediante la dichiarazione ufficiale unicamente per gli scopi indicati più oltre. Alle altre parti, quali i ricorrenti, non è accordato l'accesso alle dichiarazioni ufficiali. La Commissione considera che questa specifica protezione delle dichiarazioni ufficiali non è più giustificata dal momento in cui il richiedente rende noto a terzi il contenuto di dette dichiarazioni ufficiali”.

⁴⁸⁹ R. Chieppa, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, cit., 282.

Come visto, infatti, nulla dice la Comunicazione sulle sorti delle richieste di accesso alle dichiarazioni confessorie dopo la conclusione dell'istruttoria ma, soprattutto, non è chiaro se vi sia un trattamento differenziato per la documentazione a corredo delle medesime dichiarazioni. Con riferimento a tale documentazione, come già rilevato, la Direttiva sembra concedere – purché non si tratti dei documenti inclusi nella “*grey list*” – possibilità di accesso in qualunque momento (art. 6.9), senza imporre particolari preclusioni⁴⁹⁰.

Si renderà quindi quantomeno necessario regolare puntualmente le sorti delle richieste di accesso prima e dopo la conclusione dell'istruttoria da parte dell'Agcm e specificare per quanto possibile i limiti entro cui sarà possibile avere accesso alla documentazione accessoria rispetto alla dichiarazione, sia in termini temporali – ossia, specificando se anche in questo caso vi siano documenti cui il terzo non può accedere in pendenza d'istruttoria – sia in termini oggettivi, ossia specificando se altri documenti oltre la stessa dichiarazione confessoria siano meritevoli del medesimo trattamento di riservatezza.

Ciò che è certo, è che a prescindere dall'ampiezza dell'intervento del legislatore nazionale, l'interrogativo di fondo sulle necessità di limitazione dell'accesso alla documentazione della *leniency* resta, ponendosi il dubbio che l'esclusione della dichiarazione confessoria dai documenti accessibili e utilizzabili non sacrifichi eccessivamente e irragionevolmente le aspettative di tutela del privato, in nome della garanzia della funzione ed efficacia deterrente dello strumento⁴⁹¹.

Posto che sul piano interno sembra potersi rinvenire un orientamento di fatto conforme a quanto previsto dalla Direttiva, anche in questo caso può osservarsi, come fatto in riferimento alle preclusioni introdotte dalla normativa comunitaria in materia di accesso al fascicolo dell'autorità di concorrenza nazionale, che la disciplina della *disclosure* e, con essa, la regolazione della tensione tra pubblico e privato, sembra mettere in primo piano l'attività svolta dall'Autorità, rispetto alla quale le richieste di accesso ai documenti da parte dei

⁴⁹⁰ C. Lo Surdo, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel processo civile alla luce della direttiva sul danno antitrust*, cit.

⁴⁹¹ Si veda però quanto osservato *sub* nota 304.

privati per fini risarcitori potrebbe costituire un intralcio.

Per quanto riguarda, invece, più in generale, l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice previsto dalla Direttiva a supporto della raccolta delle prove per le parti del processo, il recepimento delle relative previsioni non dovrebbe rendersi necessario o apportare incisivi mutamenti, in ragione dell'esistenza, nella normativa processuale interna, di disposizioni che regolano la ricerca della prova attraverso l'attribuzione di specifici poteri al giudice civile, esercitabili d'ufficio o su istanza di parte⁴⁹².

Sull'esercizio dei poteri istruttori da parte della corte civile è, peraltro, di recente intervenuta la Corte di Cassazione, affermando che nell'ambito di azioni relative a illeciti anticoncorrenziali, specie se di tipo *stand alone* ove il supporto probatorio per l'attore è poco consistente, vanno valorizzati *“in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (...) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata (...)”*⁴⁹³, con ciò richiamando espressamente le disposizioni della recepita Direttiva e, inoltre, sostanzialmente confermando l'esistenza sul piano interno degli strumenti processuali necessari.

3. Conclusioni

Il presente capitolo ha avuto ad oggetto l'analisi della corrispondenza tra le misure introdotte dalla Direttiva, già esaminate nel capitolo II, e gli analoghi o simili strumenti introdotti in via legislativa o pretoria nel nostro ordinamento.

L'intento era, in primo luogo, quello di individuare l'esistenza stessa di figure corrispondenti, per poi verificarne l'aderenza o sovrapposizione con quanto prospettato dalla Commissione nella Direttiva.

⁴⁹² Il riferimento è, in particolare, agli articoli 118 e 210 e ss. c.p.c. che regolano rispettivamente l'ordine di ispezione che può essere emesso d'ufficio da parte del giudice e l'ordine di esibizione su istanza di parte.

⁴⁹³ Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, *Cargest*.

Il risultato che sembra esser stato raggiunto è quello di aver dimostrato che, pur con alcune sfumature proprie dell'esperienza nazionale, le misure in cui, si ritiene, si condensi la questione del confronto e della tensione tra *public* e *private enforcement* – qui ritenuta cruciale per la strutturazione di un sistema a due pilastri – sia regolata in Italia in maniera non dissimile da quanto previsto dalla Direttiva.

Su tali basi, sembra potersi giungere alla conclusione che, quantomeno nel nostro ordinamento, gli adattamenti richiesti in sede di recepimento della normativa europea non saranno significativi.

Come si è visto, infatti, non solo gli aspetti più puramente processuali (quali la prescrizione dell'azione e la questione dei poteri di *disclosure* affidati al giudice e alle parti) non si discosta molto da quanto già previsto nel nostro ordinamento processuale, ma anche le previsioni che, a una prima lettura, sembrerebbero poter introdurre uno *shock* sistemico, di fatto comportano soltanto un chiarimento, una precisazione dell'operatività di strumenti e figure già prese in considerazione dalla nostra giurisprudenza.

Così è, ad esempio, per l'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione, partendo dalla considerazione dell'esistenza di forme di *litigation* collettive (anche se, come visto, alquanto inadeguate, ma oggetto di possibile e auspicata riforma), alla considerazione della legittimazione degli acquirenti indiretti.

Così è, soprattutto, per l'efficacia dei provvedimenti dell'Agcm: come si è avuto modo di dire, infatti, la figura ibrida introdotta in via giurisprudenziale della "prova privilegiata" poco si discosta, nei fatti, da una prova vincolante. Non è formalmente vincolante soltanto perché una prova legale deve essere, per risultare legittima, introdotta in via legislativa. Purtuttavia, in considerazione delle oggettive difficoltà dell'impresa convenuta nel ribaltare l'accertamento della condotta, all'atto pratico il provvedimento esplica un effetto simile a quello che avrebbe ove fosse vincolante.

Se tutto ciò può da un lato rappresentare un bene, comportando il non stravolgimento dei principi vigenti in materia nel nostro ordinamento – nonché riducendo il rischio di un maldestro intervento del legislatore nel recepimento di disposizioni rivoluzionarie – non può tuttavia non constatarsi che, con

riferimento all'Italia – ma, come si vedrà nel prossimo capitolo, anche con riferimento a molti dei principali Stati membri – la prospettiva delle azioni risarcitorie muterà poco o nulla, con il conseguente affievolirsi delle aspettative di un effettivo rafforzamento del rimedio risarcitorio.

Da questo punto di vista, quindi, se cambierà poco o nulla rispetto allo *status quo*, sorgono molte perplessità sulla possibilità che la situazione del *private enforcement* italiano cambi, registrando un incremento delle azioni, per effetto del recepimento della Direttiva.

Inoltre, se potrà osservarsi un effetto di armonizzazione con gli altri Stati membri attraverso l'adozione di un modello fondato su principi cardine chiari e condivisi, dall'altro lato tuttavia difficilmente ci si potrà attendere che il sistema adottato a livello nazionale, e rivelatosi sinora poco prolifico, possa portare a una stravolgimento della condizione del *private enforcement* a livello europeo.

Su tale prospettiva ci si soffermerà più ampiamente nel capitolo conclusivo, anticipandosi sin d'ora che, comunque, nonostante l'attesa scarsa incisività del modello, la Direttiva non sembra rappresentare il risultato di un'occasione non colta dalla Commissione.

Piuttosto essa sembra il risultato della difficile e contrastata ricerca di un equilibrio tra le due sfere dell'*enforcement*, nel tentativo di coordinarle, che però difficilmente potrà portare alla creazione di un sistema di attuazione delle regole di concorrenza “a due pilastri”, essenzialmente in ragione della impossibilità di introdurre o proporre alcune misure (in primis quelle relative ai costi dell'azione e all'ampiezza della *disclosure*) che risulterebbero troppo impattanti a livello nazionale e quindi necessariamente respinte.

Ma, soprattutto, in quanto il motivo dello scarso successo sinora registrato dalle azioni risarcitorie e, in generale, dal *private enforcement* è di matrice preminentemente culturale e, su ciò, una Direttiva poco può fare, al di là della pura armonizzazione delle regole e dell'introduzione di misure che modifichino la struttura dell'azione al fine di agevolarne l'esercizio.

CAPITOLO IV

LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI ENFORCEMENT A DUE PILASTRI: RIVOLUZIONE O (SEMPLICE) ARMONIZZAZIONE?

Sommario: 1. Il tentativo di rafforzamento delle azioni risarcitorie nella Direttiva: *oltre il level playing field?*– 2. La riproposizione del modello nazionale e l’armonizzazione delle regole da parte della Direttiva: uno sguardo all’impatto della nuova normativa a livello nazionale.– 3. Conclusioni: il futuro (prossimo) del *private antitrust enforcement* in Europa.

1. Il tentativo di rafforzamento delle azioni risarcitorie nella Direttiva: oltre il level playing field?

Prendendo le mosse dall’esposizione dei rapporti tra *public* e *private enforcement* nell’Unione europea, si è tentato di evidenziare le ragioni che hanno portato alla creazione di un contesto, a livello nazionale e comunitario, in cui è nettamente predominante l’attuazione pubblica delle regole di concorrenza, e in cui il sistema privato di *enforcement* appare, ancora oggi, sottosviluppato.

Come si è avuto modo di osservare, il sottoutilizzo del *private enforcement* sembra dovuto, principalmente, ad un fattore culturale e, precisamente, alla scarsa diffusione di una vera e propria coscienza e cultura antitrust tra i cittadini e le imprese.

La mancanza di una rete di attuazione delle regole “dal basso”, all’interno dello stesso mercato, ha fatto sì che il sistema di *antitrust enforcement* risulti incentrato sulla sfera pubblica, trovando espressione nell’azione delle autorità di concorrenza e della Commissione. Lo stesso sistema di *public enforcement*, però, ha mostrato uno sviluppo e un’efficienza discutibili facendo emergere l’inadeguatezza di un sistema di *enforcement* che poggi esclusivamente su un unico pilastro – quello pubblico.

Nel constatare ciò, si è voluto approfondire la questione della opportunità

di un sistema a due pilastri, cercando di comprendere se il problema consistesse nell'affidamento dell'*enforcement* alla sola sfera pubblica o se, piuttosto, le criticità derivano dall'adozione di una struttura mono-pilastro in generale.

In quest'ottica, e non al mero scopo di individuare le inefficienze del sistema europeo, si è quindi operato un parallelo con il sistema statunitense di *enforcement* antitrust, sostanzialmente basato sulle azioni private, rilevandone le criticità e la non opportunità di considerarlo, *a priori*, un sistema di successo.

Il paragone svolto è quindi servito, più che altro, ad evidenziare come non sia corretto o possibile ritenere che una sfera operi meglio dell'altra e che, al contrario, è preferibile dirigersi verso l'adozione di un sistema a due pilastri, per quanto possibile complementari ed equiordinati.

Su queste basi è parso, quindi, almeno in principio, apprezzabile lo sforzo fatto dalla Commissione con la Direttiva, scegliendo di muoversi nella direzione della strutturazione di un sistema di *enforcement* in cui l'attuazione pubblica e privata delle regole di concorrenza si coordinino per l'efficace applicazione delle regole.

In quest'ottica, è parso in primo luogo opportuno richiamare l'attenzione sulla necessità, sostenuta da molti, di superare il preteso contrasto esistente tra le due sfere dell'*enforcement* – trattandosi di due diversi insiemi di strumenti i quali, ognuno con le proprie modalità, permette di raggiungere obiettivi di repressione e deterrenza – nonché la ritenuta differenza di interessi perseguiti.

Come si è visto, in questa prospettiva di “complementarità” si è posta la Commissione nel proprio tentativo di rafforzamento delle azioni private avverso condotte anticoncorrenziali, cercando di esaltare la doppia anima del *private enforcement*: quella della ricerca della piena compensazione dei danni subiti dal soggetto danneggiato e quella deterrente, cui anche mira il tentativo di rafforzamento dello strumento risarcitorio.

Nel far ciò, la Commissione ha cercato di regolare gli aspetti principali della azioni risarcitorie, con un occhio di riguardo ai punti di convergenza e attrito tra la sfera pubblica e quella privata.

Ciò era necessario in quanto, pur constatando l'inesistenza di una vera e propria contrapposizione tra *public* e *private enforcement*, sarebbe stato però poco aderente al reale non considerare l'esistenza di aree di conflitto, che

riguardano principalmente l'interazione tra processo civile e istruttoria amministrativa.

Superata la pretesa contrapposizione tra le due sfere dell'*enforcement* antitrust, ma nella consapevolezza della difficoltà della regolazione, la Commissione ha dovuto in qualche modo selezionare delle possibili misure di intervento ed è comprensibile che, nel far ciò, si sia guardato e attinto dalla prassi degli Stati membri e, in particolar modo, dalla prassi dei paesi in cui è effettivamente presente un sistema di *private enforcement*, pur se scarsamente sviluppato.

Tuttavia, almeno inizialmente, alla proposizione di misure più note o accettabili per gli Stati membri, si erano affiancate proposte più audaci che, però, hanno incontrato lo sfavore di più parti, così portando sostanzialmente al loro abbandono e, in definitiva, all'approvazione di un testo di compromesso che ha accolto le istanze nazionali, proponendo un modello che per molti aspetti ricalca e ripropone quello in vigore nei principali ordinamenti dell'Unione e che rappresenta per lo più un adattamento dei sistemi risarcitori interni (non dissimili tra loro) alle peculiarità del diritto antitrust.

Il problema è che, così facendo, sembra essersi ottenuta poco più che una sistematizzazione delle regole già osservate nei principali ordinamenti, nei quali però l'efficacia del *private enforcement* è quantomeno dubbia, se non altro per il non significativo numero di azioni avviate.

Prendendosi atto della scarsa innovatività del modello introdotto dalla Direttiva per un consistente numero di giurisdizioni e del fatto che tale modello ha, in esse, registrato sinora uno scarso insuccesso, sorgono alcuni interrogativi.

In primo luogo, ci si chiede se, a livello comunitario, sarà possibile attendersi una sorta di *shock* al sistema del *private enforcement* in seguito al recepimento della Direttiva, che vada oltre la semplice armonizzazione delle regole che inevitabilmente la trasposizione comporterà.

La risposta non è semplice né scontata e, ovviamente, richiederà un'analisi *ex post*, in prospettiva di alcuni anni, sull'incremento e sull'efficacia (compensativa e deterrente) delle azioni risarcitorie, se e ove collegabile all'implementazione della normativa europea.

In chiave pronostica, si ritiene per il momento di poter dubitare della

probabilità che al sistema del *private enforcement* venga data una scossa per effetto della sola trasposizione della normativa da parte di tutti gli Stati membri e tale dubbio sorge principalmente dallo scarso utilizzo che sinora si è fatto del rimedio risarcitorio in quei paesi in cui è attualmente in vigore il modello ripreso, con alcuni adattamenti, dalla Direttiva.

Guardando al solo dato normativo si dubita, in sostanza, che la riproposizione di un modello, sinora mostratosi poco efficace, possa apportare l'auspicato incremento delle azioni private: se, infatti, vi è l'indubbia introduzione di mezzi e strumenti che, in potenza, rafforzano e agevolano l'esercizio del diritto da parte dei privati, il loro scarso utilizzo registratosi sinora a livello nazionale porta a pensare che la situazione non possa mutare significativamente con la riproposizione di tali strumenti a livello europeo.

Oltre l'armonizzazione delle regole, oltre la costruzione di un *level playing field* per le azioni private, ci si attende poco dalla trasposizione della Direttiva in termini di effettiva incentivazione delle azioni risarcitorie.

Peraltro, sebbene molte delle misure introdotte sono effettivamente tese al rafforzamento dello strumento privato, non mancano aspetti critici (come la regolazione della *disclosure*) da cui traspare la persistente subalternità del *private enforcement* rispetto all'attuazione pubblica del diritto antitrust che, se così mantenuta, rischia di annullare in alcuni casi l'effetto di agevolazione altrimenti ottenibile.

Per queste ragioni appare quindi realistico attendersi che, oltre all'armonizzazione delle regole, poco ci si potrà attendere in termini di incentivazione delle azioni private, obiettivo questo che, se raggiunto, può far ritenere a ragione che il sistema di *private enforcement* poggi su due pilastri.

Quale ruolo può allora giocare la nuova normativa nel quadro della costruzione di un sistema?

Nel cercare di rispondere a quest'ulteriore quesito, non può non osservarsi, in primo luogo, che la sistematizzazione delle regole attraverso la Direttiva ha l'indubbio valore di compendiare in un testo normativo una serie di misure al fine di ottenere l'armonizzazione quantomeno dei principi chiave della disciplina, con il duplice obiettivo di garantire un minimo di certezza del diritto e di eguaglianza di trattamento nei vari Stati membri.

Peraltro, proprio l'armonizzazione delle regole costituisce il primo passo, anzi, il necessario presupposto del rafforzamento del sistema comunitario di *private enforcement*: è quasi superfluo evidenziare, infatti, che lo sviluppo degli strumenti privati di repressione delle condotte anticoncorrenziali risulti ostacolato dalle possibili, anche non incisive, differenze sussistenti da uno Stato all'altro, con tutto ciò che ne deriva in termini di carenza di tutela e incertezza delle regole applicate, nonché di *forum* e *law shopping*.

L'armonizzazione delle regole, quindi, oltre a costituire il risultato quasi ovvio dell'attuazione della Direttiva, ne rappresenta anche il presupposto per l'ottenimento del risultato finale, ossia del rafforzamento del *private enforcement*.

E', quindi, sostanzialmente questo il ruolo attribuibile alla Direttiva. Non si tratta, tuttavia, del ruolo principale sulla scena del rilancio del *private enforcement*.

Se così è, occorre allora chiedersi, all'esito di questo lavoro e dell'analisi degli aspetti principali, per molti versi critici, della nuova normativa, come avrebbe potuto la Commissione ottenere uno strumento che andasse oltre la semplice armonizzazione delle regole e che rendesse l'azione risarcitoria maggiormente appetibile ai privati, promovendone l'incremento.

Per rispondere a questa domanda, ci si deve prima chiedere quale sia la causa del sottosviluppo del *private enforcement* come conosciuto a livello statale, per comprendere se possa essere effettivamente un testo normativo la soluzione al problema.

Se si ritiene che tale sottoutilizzazione sia principalmente attribuibile a problemi strutturali del rimedio risarcitorio – come sostenuto da molti –, dovrà dedursene che l'introduzione di un modello condiviso di azione risarcitoria che ricalca grossomodo il modello dei principali Stati membri, ove il *private enforcement* ha sinora avuto scarso successo, difficilmente cambierà lo *status quo*.

Da questo punto di vista, sarebbe necessario porsi nell'ottica della ricerca di un modello alternativo o comunque in certa misura innovativo. Ove questo fosse l'obiettivo, ritenendo che il cambiamento della struttura del modello risarcitorio possa dare una scossa al *private enforcement* europeo, potrebbe

discutersi allora delle opportunità che si ponevano alla Commissione e che la stessa sembra aver mancato. Ossia, in primo luogo, l'introduzione di alcune previsioni Direttamente nel testo della Direttiva (anziché lasciarle al *soft law*), nonché la trattazione di alcuni aspetti, invero trascurati.

Sul primo punto, il riferimento chiaro è alla Raccomandazione sulle azioni collettive: l'utilizzo dello strumento della raccomandazione, di per sé non vincolante, può costituire una guida, un'ispirazione per i legislatori nazionali. Nulla più. Se vi sarà un'aria di riforma con riferimento alle azioni collettive, essa deriverà dalla mera iniziativa statale (come avvenuto per esempio di recente in Francia), senza alcuna pressione di scadenze e relative sanzioni per l'implementazione di un testo normativo obbligatorio.

Con riferimento al secondo punto, il legislatore comunitario ha scelto di non prevedere nulla sulla questione dell'allocatione dei costi dell'azione e sul finanziamento della stessa, entrambi aspetti la cui regolazione in maniera nuova o diversa rispetto al regime attualmente in uso nella maggior parte degli Stati membri probabilmente incentiverebbe l'esercizio dell'azione, ma che, tuttavia, incontrerebbero la probabile opposizione degli Stati membri, soprattutto ove si cerchi di superare principi radicati (quale ad esempio il *loser-pays principle*) o si introducano forme di finanziamento delle azioni da parte di terzi, con possibili rischi di azioni opportunistiche, comportando la necessità di significative modifiche sul piano interno.

Potrebbe inoltre osservarsi che, forse, scelte diverse avrebbero potuto farsi con riferimento all'interazione tra esigenze probatorie e tutela dell'efficacia del *public enforcement* che, come visto, incontra un punto di forte tensione nell'ambito delle richieste di accesso a fascicoli istruttori relativi a procedimenti cui accedano *leniency applications*. Con riguardo a questo aspetto, pur di non facile risoluzione per il bilanciamento di interessi che richiede, si osserva come sembri opportuno non limitare irragionevolmente le necessità di accesso alle prove dei privati, contrariamente a quanto fatto nella Direttiva.

Tutte queste osservazioni sono opportune e centrali ove si ritenga che la soluzione al problema dello scarso successo del *private enforcement* europeo possa derivare, in primo luogo, dalla ristrutturazione del modello di azione risarcitoria e dall'eliminazione degli ostacoli in esso insiti che, ovviamente,

passa per l'approvazione di testi normativi di riforma, meglio ancora se comuni e condivisi.

Se si adotta però, una prospettiva diversa che, al contrario, rinviene la principale ragione della sottoutilizzazione dei rimedi privati avverso le condotte anticoncorrenziali nel fattore culturale, consistente nella scarsa diffusione di una consapevolezza e cultura antitrust tra cittadini e imprese, la ricerca di un modello diverso o nuovo e la ricerca di un effetto ulteriore da parte della Direttiva (oltre a quello dell'armonizzazione dei principi) potrebbe passare in secondo piano, risultando meno giustificata o forse addirittura inutile.

L'adozione dell'una o dell'altra prospettiva è stata, indirettamente, oggetto dell'analisi svolta nel primo capitolo, laddove si è indagata la ragione della menzionata sottoutilizzazione, propendendosi per la seconda posizione riportata e che attribuisce le "colpe" del sottoutilizzo delle azioni private principalmente al fattore culturale, ritenendo che la preponderanza del *public enforcement* ne sia l'inevitabile conseguenza.

Da ciò deriva che, pur nella constatata scarsa incisività e riproposizione di un modello noto e di mediocre successo, appare eccessivo ritenere che la Direttiva rappresenti un'occasione mancata dalla Commissione per dare un'effettiva scossa al sistema.

Si ritiene, al contrario, che, con riferimento al modello proposto, forse poco più poteva farsi (senza suscitare e riproporre le già manifestate ritrosie nazionali ed europee). Inoltre, non può affermarsi con certezza che l'adozione di un modello "audace", più o vicino, ad esempio, a quello d'oltreoceano, possa servire a risolvere il problema dello scarso successo del *private enforcement* nostrano laddove la questione strutturale non sembra essere la (sola) causa dell'insuccesso delle azioni private.

2. La riproposizione del modello nazionale e l'armonizzazione delle regole da parte della Direttiva: uno sguardo all'impatto della nuova normativa a livello nazionale.

La sostanziale riproposizione, pur ragionata e sistematizzata, delle regole e dei principi a base del *private enforcement* delle principali giurisdizioni

dell'Unione appare supportata dai riscontri svolti con riferimento agli adeguamenti che l'ordinamento di tali paesi richiederà in sede di trasposizione della Direttiva⁴⁹⁴.

In un'Europa composta da quasi trenta paesi, si tratta di un piccolo gruppo di ordinamenti, generalmente considerati il nocciolo duro dell'Unione (Germania, Francia, Italia, Spagna, Belgio e pochi altri) e che, per quanto qui d'interesse, hanno conosciuto, chi più chi meno, un certo sviluppo del contenzioso risarcitorio per danni da illecito antitrust, la cui analisi ha permesso di enucleare l'esistenza di un sistema tra essi sostanzialmente condiviso e che, in larga parte, è riflesso e riversato nella Direttiva.

Guardando alle principali misure regolate o introdotte dalla Direttiva, alcune delle quali in precedenza analizzate, viene in considerazione innanzitutto la questione dell'efficacia vincolante del provvedimento delle autorità di concorrenza.

Tale previsione rappresenta, formalmente, una novità per quasi tutti gli Stati membri, essendo ben pochi quelli che già contemplan l'efficacia vincolante dei provvedimenti delle rispettive autorità nazionali nei giudizi risarcitori *follow on* (tra questi, come visto, Regno Unito, Germania, Austria e Bulgaria) o in cui si è attribuita in via giurisprudenziale una certa valenza probatoria al provvedimento, giungendosi ad affermarne (quasi) l'efficacia vincolante, sotto le mentite spoglie della prova *prima facie*, difficilmente sovvertibile da parte dell'impresa convenuta (così è, ad esempio, anche in Francia, in Belgio e in Spagna).

E' chiaro, quindi, che questa costituirà una novità dall'impatto più considerevole in quei paesi dell'Unione in cui, per la scarsissima diffusione del contenzioso *follow on* (un esempio è il Portogallo⁴⁹⁵), non sia sinora stata attribuita alcuna efficacia "speciale" ai provvedimenti delle autorità di concorrenza e, quindi, non sembrano nemmeno esser stati affrontati internamente i non facili temi di coordinamento che ciò pone.

⁴⁹⁴ Si veda, con riferimento alla Spagna, P. Hitchings, M. A. Malo, *Considerations concerning the implementation of the EU competition law damages directive in Spain*, in, *Concurrences*, 2015, n. 2, 29 ss.; con riferimento al Regno Unito, *ibidem*, F. Wagner-von Papp, *Implementation of the damages directive in England and Wales*, 22 ss.

⁴⁹⁵ Come riportato in AA.VV., *The private competition enforcement review*, ed. I. Knable Gotts, 2014.

Passando al tema della *disclosure*, la Direttiva cerca di imporre un minimo di regole condivise, introducendo un meccanismo comune di accesso e divulgazione delle prove.

Anche l'introduzione di tale meccanismo rappresenta una sostanziale novità per molti Stati membri, che non conoscono attualmente veri e propri meccanismi di *disclosure* e *discovery*. E' così, ad esempio, in Francia dove esistono meccanismi simili all'ordine di esibizione e agli altri poteri assegnati al giudice nell'ordinamento italiano, mentre in Germania il sistema procedurale prevede stringenti limiti alla *disclosure* delle prove da parte della controparte o di terzi. Nel Regno Unito, invece, l'introduzione della normativa – qualora non si prospettasse il futuro abbandono dell'Unione da parte di tale paese – avrebbe forse portato a una riduzione dell'ambito della *disclosure*, imponendo un maggior onere probatorio in capo al richiedente, rispetto a quanto attualmente ivi imposto⁴⁹⁶.

L'impatto da questo punto di vista comunque non sembra sarà significativo in termini di armonizzazione in quanto la Direttiva impone solo dei requisiti minimi (anche ad esempio con riferimento ai contenuti confidenziali dei documenti), lasciando ampio margine agli Stati membri, che presumibilmente continueranno ad applicare in gran parte quanto previsto dal proprio regime interno.

Pertanto, sebbene sia stata intravista l'assoluta novità per alcuni Stati membri dell'introduzione della *discovery* da parte della Direttiva, sulla scorta del sistema anglosassone, in realtà le misure previste non sembrano introdurre alcunché di rivoluzionario dal punto di vista strettamente normativo. Semmai, quanto richiesto dalla Direttiva potrà comportare un ripensamento dell'atteggiamento chiuso tenuto sinora in alcune giurisdizioni in cui, pur nell'esistenza dei mezzi civilistici che ricordano i meccanismi della *discovery*, le corti hanno mantenuto un atteggiamento molto cauto, ai limiti della negazione del diritto di accesso ai documenti e della divulgazione degli stessi (come è ad esempio in Germania).

Altro aspetto regolato e su cui l'effetto armonizzante potrebbe essere,

⁴⁹⁶ P. Roth, *Too much or too little? The EU initiatives to promote private redress*, Treviso, XI Convegno Antitrust, 15 maggio 2014.

invece, maggiormente incisivo è il termine di prescrizione. Su tale punto infatti si registrano ampie differenze tra i vari ordinamenti. Tuttavia, sono pochi quelli in cui il termine si situa al di sotto dei cinque anni (come ad esempio è attualmente in Germania), ossia il tempo minimo previsto dalla Direttiva. La garanzia del termine minimo di prescrizione richiederà quindi effettivo adattamento probabilmente a pochi Stati membri.

Per quanto riguarda invece la regolazione delle modalità di individuazione del *dies a quo* che, come visto, nella Direttiva è considerato con riferimento ai principi della sua individuazione, senza fissare un esatto momento di decorrenza della prescrizione, molto dipenderà dagli schemi attualmente in uso. Tuttavia, da quanto emerso dallo studio Ashurst in precedenza, sotto questo profilo sembra che molti dei paesi del continente seguano i principi generali richiamati dalla Direttiva e, quindi, l'adeguamento non dovrebbe occorrere o modificare radicalmente il regime diffuso.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva e l'ampliamento della platea dei potenziali attori, occorre distinguere.

L'ampliamento della platea degli attori considerando anche gli acquirenti indiretti non apporterà un significativo cambiamento in quanto in molti paesi, anche in mancanza di casistica o previsioni specifiche, è risultato che in principio il diritto di agire è riconosciuto a chi ha subito il danno, senza esclusione dell'acquirente indiretto. Alcune modifiche, da questo punto di vista, potranno aversi con riferimento al regime delle presunzioni introdotte dalla Direttiva con riferimento al trasferimento del sovrapprezzo, laddove in molti paesi il principio dell'onere probatorio in capo all'attore è strettamente applicato e non è spesso disponibile casistica che consideri la particolare posizione degli *indirect purchasers*.

Per quanto concerne invece i ricorsi collettivi, la *class action* è una realtà conosciuta a pochi ordinamenti dell'Unione, e negli stessi è peraltro poco (o per nulla) utilizzata. Tuttavia, come visto, con riferimento al *collective redress* si è scelto di intervenire attraverso un atto non vincolante (la Raccomandazione), sicché su questo punto gli Stati membri godranno della più ampia libertà di scelta di adeguamento. Come si è già notato, questo potrebbe essere proprio un punto debole del Pacchetto, tenendo conto delle necessità di rafforzamento dello

strumento risarcitorio.

In termini generali, sembra potersi ribadire quanto sin qui affermato, ossia che l'impatto atteso dalla trasposizione della Direttiva (e del Pacchetto sul risarcimento del danno) non pare essere significativo.

Molte delle misure introdotte sono già contemplate nelle principali giurisdizioni dell'Unione. Inoltre, se, come è abbastanza ovvio, esse costituiranno una sostanziale novità per quelle giurisdizioni in cui il *private enforcement* è quasi del tutto sconosciuto o inattivato, non sembra tuttavia che anche in tali ordinamenti la Direttiva possa dare un *boost* alle azioni private.

Ciò per due circostanze.

La prima riguarda la tradizione giuridica dei paesi dell'Unione: in termini generali, i principi base del diritto civile e, quindi, anche delle azioni risarcitorie sono, con alcune sfumature, molto simili e condivisi tra i sistemi del vecchio continente. Pertanto, tenendo conto che nel ristretto gruppo di ordinamenti in cui vi è stato un certo sviluppo delle azioni risarcitorie antitrust queste ultime costituiscono un adattamento del modello interno di azione risarcitoria, sembra eccessivo attendersi che la Direttiva possa avere un impatto dirompente negli altri ordinamenti, sia sotto il profilo dell'armonizzazione che dell'incentivazione delle azioni, posto che il modello giuridico di base non si differenzia di molto.

In poche parole, per questi paesi ci si può attendere, in termini generali, che l'introduzione dei principi della Direttiva avrà sostanzialmente l'impatto che l'adattamento del modello risarcitorio interno al diritto antitrust ha avuto negli ordinamenti che vantano una qualche tradizione di *private antitrust enforcement*.

In definitiva, quindi, attendersi un impatto incisivo negli ordinamenti in cui l'attuazione privata delle regole di concorrenza è pressoché sconosciuta appare eccessivo. Piuttosto, sembra che per questi ordinamenti il recepimento della Direttiva possa fungere da "acceleratore" dello sviluppo interno di un modello di azione risarcitoria antitrust, che tenga cioè conto di alcune peculiarità della materia e che sono trattate dalla Direttiva, senza dover attendere che ciò avvenga in via di prassi.

La seconda circostanza è legata alla ragione del debole sviluppo generale del *private enforcement europeo*, che sembrerebbe attribuibile, come si è

sostenuto, principalmente alla scarsa diffusione della cultura antitrust e che, come visto, sembra via via attenuarsi col trascorrere del tempo. Ciò sembrerebbe dimostrato proprio dall'esperienza dei paesi in cui il *private antitrust enforcement* si è sviluppato, laddove si registra un crescente numero di azioni negli anni dovuto probabilmente alla accresciuta consapevolezza di cittadini e operatori economici circa i mezzi di tutela a propria disposizione e, in generale, alla lenta ma progressiva diffusione dei principi del diritto della concorrenza, senza che su ciò abbia influito l'adozione di misure legislative.

Da questo punto di vista, la Direttiva, pur introducendo una serie di regole e principi in paesi che disconoscono o quasi il *private enforcement*, non potrà "curare" il problema di base, ossia la scarsa consapevolezza e conoscenza diffusa dei principi del diritto della concorrenza e dei correlati mezzi di tutela, ma, al più, il suo recepimento potrà svolgere una funzione propagandistica avvicinando maggiormente lo strumento risarcitorio, e i suoi meccanismi, al cittadino e alle imprese.

Resta comunque che, nel complesso, l'innovatività della Direttiva appare scarsa e ciò sia rispetto ai principi speciali della materia già sviluppati in un gruppo di ordinamenti (che, si è detto, la Direttiva sembra riprendere, rielaborare e sistematizzare), sia rispetto agli altri ordinamenti che non godono di un vero e proprio sistema o modello di *private enforcement*, in quanto da questi ci si sarebbe forse potuto attendere uno sviluppo interno non dissimile da quello svoltosi altrove, senza l'introduzione di misure legislative.

Pertanto se, come rilevato innanzi, la Direttiva non potrà giocare un ruolo nella risoluzione del problema culturale e se, come sembra da quanto appena detto e da quanto analizzato nel terzo capitolo, anche l'incisività della Direttiva sulla struttura del rimedio risarcitorio non è significativa, l'impatto complessivo della nuova normativa risulta esser stato sopravvalutato, vedendo in essa la possibilità della costruzione delle solide fondamenta del secondo pilastro dell'*enforcement* antitrust, pur dovendosi riconoscere che l'armonizzazione delle regole, ottenibile con la trasposizione della Direttiva, rappresenta l'indubbio primo e necessario passo verso la costruzione di tali fondamenta.

3. Conclusioni: il futuro (prossimo) del private antitrust enforcement europeo.

Nei precedenti capitoli e paragrafi si è cercato di mettere a fuoco il possibile impatto a livello nazionale della Direttiva al fine di comprendere se, e come, può dirsi che in seguito al recepimento della nuova normativa comunitaria, le misure introdotte, con particolare riferimento agli aspetti che riguardano il coordinamento tra sfera pubblica e privata dell'*enforcement* antitrust, potranno portare ad un effettivo rafforzamento dello strumento risarcitorio nell'ottica della creazione di un sistema basato su due pilastri tendenzialmente equiordinati.

L'analisi è stata incentrata sulle misure della Direttiva in cui, per vari motivi, sembra avvenire il confronto-coordinamento delle due sfere dell'*enforcement*. Ciò in quanto, tenuto conto della forte influenza che l'accertamento amministrativo della condotta anticoncorrenziale ha sull'azione privata, proprio tale coordinamento sembra essere uno dei punti chiave nell'ottica del rafforzamento del *private enforcement* della normativa a tutela della concorrenza.

Su questo presupposto, si è preliminarmente svolto un esame dell'impostazione dell'*enforcement* antitrust europeo e delle possibili ragioni della preponderanza della sfera pubblica e, al contempo, dello scarso utilizzo dei rimedi di natura privata.

Si è visto anche che le azioni private avverso condotte anticoncorrenziali hanno conosciuto un debole sviluppo, con un contenzioso in prevalenza di tipo *follow on*⁴⁹⁷, che lascia intendere come i mezzi di tutela privati siano di fatto poco incentivati, necessitando quasi sempre di un (presupposto) accertamento amministrativo della condotta illecita.

Come già ricordato, nel sondare le possibili ragioni dello scarso sviluppo

⁴⁹⁷ Il persistere di questo *trend* anche in tempi recenti è confermato dal *Working Paper* dell'OECD sul *private enforcement* recentemente pubblicato su <http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm> (si veda in particolare l'*Executive summary on the roundtable on the relationship between public and private antitrust enforcement*).

del *private antitrust enforcement*, si è ritenuto di condividere l'idea di chi individua il principale limite nel fattore culturale della mancata o scarsa consapevolezza e conoscenza – seppur basilare – dei principi del diritto della concorrenza e dei relativi mezzi di tutela, piuttosto che l'idea di chi sostiene la presunta maggior efficacia del *public enforcement* e la scontata e naturale preponderanza di quest'ultimo o, ancora, che il problema sia principalmente rintracciabile nei limiti strutturali del modello di azione risarcitoria.

Tenuto conto di ciò, si è svolta l'analisi di alcune tra le principali disposizioni della Direttiva, in cui il confronto-contrasto tra le due sfere dell'*enforcement* sembra venire maggiormente in considerazione. Successivamente, si è guardato al possibile impatto a livello nazionale – con particolare riferimento all'ordinamento italiano – della nuova normativa, per comprenderne l'innovatività e potenziale incisività.

L'analisi svolta, anche con rapido richiamo ad altre giurisdizioni, ha fatto emergere la sostanziale aderenza del modello di azione risarcitoria della Direttiva al modello in vigore nei principali Stati membri, seppur con precisazioni e aggiunte. L'esame ha peraltro portato a concludere che il fatto che tale modello sia proprio soltanto di un ristretto gruppo di Stati, non implicherà automaticamente che per tutti gli altri ordinamenti dell'Unione, che non conoscono un vero e proprio *private antitrust enforcement*, si avrà un impatto incisivo e decisivo a seguito del recepimento della nuova normativa.

Tuttavia, è sembrato opportuno non fermarsi alle apparenze, togliendo credito alla Direttiva (e al lavoro della Commissione) per il solo fatto della, tutto sommato, relativa innovatività e incisività del testo normativo.

Si è al contrario evidenziato che, da un lato, può ritenersi già un buon risultato l'approvazione della normativa che porterà, quantomeno, all'armonizzazione delle regole e principi di base delle azioni risarcitorie antitrust.

Inoltre, per il fatto stesso della sua approvazione ed imminente recepimento a livello nazionale – molti dei testi di trasposizione sono già disponibili e pubblicati sul sito della Commissione⁴⁹⁸ - la Direttiva potrà

⁴⁹⁸ Si veda al riguardo il sito internet della Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html

svolgere quantomeno un ruolo di “propaganda”, potenzialmente contribuendo alla diffusione della conoscenza dei mezzi di tutela a disposizione dei privati avverso condotte anticoncorrenziali.

L’analisi complessiva, tuttavia, ha portato a ritenere che, oltre all’effetto di armonizzazione delle regole statali sulle azioni risarcitorie per danni antitrust, pur con l’introduzione di regole che *prima facie* appaiono garantire e agevolare l’esercizio dell’azione da parte dei privati, l’effetto pratico sarà di per sé limitato, risultando utopistico attendersi che le azioni incrementeranno significativamente per il solo fatto del recepimento della Direttiva.

Ciò sia per un fattore strutturale, vista la poca audacia dimostrata nell’introduzione di regole e nel bilanciamento dei rapporti con l’azione pubblica di *enforcement*, sia soprattutto per il più volte richiamato fattore culturale che appare il principale limite all’incremento delle azioni private e su cui la sola normativa può incidere, si ritiene, in maniera limitata.

A questo riguardo, occorre ribadire che la creazione di un *level playing field* delle regole è l’indefettibile presupposto per il successo di un qualunque modello giuridico che interessa più ordinamenti. In particolare, la materia della concorrenza e le azioni risarcitorie ad essa correlate, soprattutto in ragione della mancanza di una diffusa cultura antitrust, necessitano dell’esistenza di regole certe ed il più possibile armonizzate, anche in considerazione del carattere sempre più transfrontaliero delle operazioni economiche che coinvolgono imprese e consumatori.

Tuttavia, se, come sin qui sostenuto, il motivo essenziale dello scarso sviluppo del *private enforcement* è di matrice culturale, derivando dalla scarsa diffusione di una cultura antitrust, la “cura” del problema non può risiedere in un testo normativo, più o meno incisivo e innovativo che esso sia.

Come da qualcuno sostenuto, si ritiene infatti che la crescita del *private enforcement* richieda, molto semplicemente, del tempo e ciò sembra dimostrato dalla stessa evoluzione che esso ha avuto negli ordinamenti in cui di *private enforcement* può di diritto parlarsi. In tali ordinamenti – tra cui l’Italia – sino a circa un decennio fa l’*enforcement* privato era praticamente insussistente, mentre negli ultimi anni è progressivamente aumentato anche grazie, probabilmente, alla lenta ma progressiva diffusione della conoscenza dei

principi di concorrenza. Non di certo ad alcun testo normativo che abbia inciso in qualche modo sulla struttura del modello di azione risarcitoria in uso.

L'introduzione di regole maggiormente incisive (che, come evidenziato, potrebbero riguardare innanzitutto i costi e il finanziamento delle azioni, la struttura della *class action* e alcuni aspetti della *disclosure*) potrebbe costituire un sostanziale incentivo all'esercizio dell'azione della tutela privata.

In quest'ottica, il modello proposto e che risulta aderente a quello delle principali giurisdizioni dell'Unione avrà, sì, l'effetto di armonizzazione, creando l'auspicato *level palying field* delle regole per l'esercizio della tutela risarcitoria, ma scontrerà probabilmente i limiti già incontrati a livello statale ed evidenziati nei precedenti capitoli.

In particolare, l'analisi di alcune delle principali disposizioni della Direttiva, in larga parte costituenti il riflesso dell'esperienza nazionale analizzata, sembra rivelare che la regolazione della tensione tra *public* e *private enforcement* riporti ancora le tracce di una sorta di resistenza sistemica alla diffusione del *private enforcement*, che emergono proprio nei punti critici di scontro tra le due sfere e, segnatamente, nella disciplina di divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità, improntata a garantire che le azioni private non intralcino l'azione pubblica.

Pertanto, pur nella concreta possibilità del miglioramento della situazione per effetto dell'armonizzazione delle regole, appare utopico attendersi che il recepimento della Direttiva possa determinare un decisivo cambio di passo nell'avvio delle azioni private, portando ad un loro sostanziale incremento.

Ciò non appare tuttavia sufficiente a screditarne l'utilità: la normativa europea di prossimo recepimento getta le basi per la costruzione della struttura del secondo pilastro, fornendo un quadro di regole armonizzate che, come evidenziato, costituisce il primo – seppur timido – passo in questa direzione.

Tuttavia, l'approdo ad una struttura a due pilastri del *private antitrust enforcement* non sembra potrà derivare direttamente dall'implementazione della Direttiva, ma dovrà al contrario attendersi il tempo, non facilmente quantificabile, che richiederà la diffusione in misura significativa di una cultura antitrust che sembra l'unica reale possibilità di incremento del *private*

enforcement, al di là di ogni intervento legislativo e della sua incisività, nonché il tempo che richiederà l'auspicabile cedimento degli ostacoli frapposti all'avanzamento del *private enforcement* e legate a pretese necessità di garanzia dell'efficacia dell'azione pubblica, riportata espressamente dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza e riemersa in occasione della regolazione dei punti di conflitto delle due sfere dell'attuazione delle regole di antitrust.

In questo processo, che richiede attesa, si può comunque riporre speranze, giacché la progressiva diffusione della cultura e consapevolezza delle regole a tutela della concorrenza e delle loro implicazioni pratiche sembra testimoniata dall'incremento, negli ultimi anni, delle azioni risarcitorie in alcuni Stati membri. L'auspicato *change of mentality* da parte di operatori economici e consumatori sembra quindi in atto⁴⁹⁹ e ciò potrà portare, anche se lentamente, al rafforzamento, per così dire, endogeno del *private enforcement* europeo.

Se al rilancio delle azioni risarcitorie contribuirà effettivamente anche la Direttiva resta da vedere, ma l'armonizzazione delle regole costituisce sicuramente il primo passo in questa direzione. E ciò sebbene le soluzioni adottate risultino, nel complesso, poco incisive e non sciolgano alcuni nodi problematici della regolazione delle azioni private e dei rapporti di queste con la sfera pubblica dell'attuazione delle regole di concorrenza, portando a ritenere che, pur nel dichiarato intento di una ristrutturazione dei rapporti tra *public* e *private enforcement* in chiave di complementarità e (forse) equiordinazione, il sistema proposto resti pur sempre incentrato sul primo.

Concludendo, ciò che ci si attende nel futuro (prossimo) è che la struttura del modello risarcitorio per danni antitrust – conosciuto da alcuni ordinamenti tra cui l'Italia, e vicino ai principi osservati in altri – non muterà in maniera significativa per l'agevolazione e incremento dell'esercizio della tutela privata ma che, tuttavia, l'armonizzazione delle regole, anche se svolta in maniera per certi aspetti criticabile, potrà portare quantomeno ad un minimo di certezza

⁴⁹⁹ Si tenga conto al riguardo di quanto riportato da P. Corruble a proposito della accresciuta consapevolezza delle imprese circa le conseguenze sul piano risarcitorio delle violazioni del diritto antitrust, nel proprio intervento alla conferenza su "*L'impatto della direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement. Profili applicativi di diritto della concorrenza e problemi aperti*" (Genova, 20 novembre 2015) (disponibile all'indirizzo <http://www.ddg.unige.it/index.php/news-ed-eventi/2015/1347-15-11-20-conferenza-l-impatto-della-direttiva-104-2014-sul-private-antitrust-enforcement>).

giuridica e di parità di trattamento che paiono requisiti essenziali per garantire l'efficacia del sistema.

L'effettivo rafforzamento ed incremento del *private antitrust enforcement* europeo, tuttavia, dipenderà essenzialmente dal venir meno dei limiti culturali nei confronti della disciplina della concorrenza propri del Vecchio continente. In questo contesto, le carenze di un testo normativo che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto rivoluzionare la struttura dell'*enforcement* privato paiono mitigate, sebbene rimanga insoddisfatta la curiosità di conoscere le potenzialità che l'adozione di misure più audaci avrebbe potuto mostrare nell'ottica del rilancio dell'esercizio della tutela privata.

Bibliografia essenziale

AA.VV., *The private competition enforcement review*, ed. I. Knable Gotts, 2014.

G. Afferni, La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale ed europeo, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2009, 493 ss.

G. Afferni, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2012, n. 2, 118

P. Akman, *Periods of limitation in follow on competition cases: the elephant in the room*, ESRC CCP Working Paper Series, 2013.

P. Akman, *Periods of limitation in follow on competition cases: when does a 'decision' become final?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2.2 (2014), 389 ss.

G. Alpa, *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Torino, 2016, 174.

A. Andreangeli, *Collective redress in EU competition law: an open question with many possible solutions*, in *World competition law and economics review*, 2012, 35.

B. Baer, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, Department of Justice of the US, Febbraio 2014, disponibile su www.justice.gov

C. Bankes, P. Broadhurst, P. Boylan, T. Woodgate, *Radical new private litigation regime enacted in the UK*, 1 aprile 2015, disponibile su www.elexica.com

R. Baratta, *Disclosure of leniency corporate statements and settlement submissions*, in *Italian Antitrust review*, 2015, n. 2, p. 62 ss.

M. Barcellona, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impr.*, 2008, 120 ss.

H. Batiffol [et al.], *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, Commissione CEE, Collana Studi, serie Concorrenza, n.1, Bruxelles, 1966.

J. Basedow (a cura di), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law Int., 2007, 4;

S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia*

e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione, in *Mercato Concorrenza e Regole*, Giuffrè, II, 2006, 322 ss.

S. Bastianon, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011;

M. Bellia, G.A.M. Bellomo, *Tutela cautelare antitrust e prospettive europee: il contributo del giudice ordinario*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 247 ss.

G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Università degli Studi di Trento, Scienze giuridiche, Quaderni del Dipartimento, 2007, n. 67.

G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *Atti del Convegno di studio sul "Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali"*, Trento, 8-9 maggio 2009.

G. A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di) *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Atti del III Convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011.

M. Bergström, M. Iacovides, M. Strand (a cura di), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016.

M. Bona, P. Buzzelli, C. Consolo, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, IPSOA, 2008.

G. Bruzzzone, A. Saja, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement nel diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 256 ss.

F.W. Bulst, *Private Antitrust Enforcement at a Roundabout*, in *European Business Organization Law Review* (EBOR), 2006.

F.W. Bulst, *Of Arms and Armour - The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law*, 2008, *Bucerius Law Journal*, 81-95.

E. L. Camilli, P. Caprile, R. Pardolesi, A. Renda, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato, concorrenza e regole*, Giuffrè, II, 2008, 229 ss.

E. Caminiti, *La deroga alla giurisdizione nell'azione di risarcimento per danno da illecito antitrust derivante da cartelli tra società aventi sede in più Stati membri. Il caso Provimi-Aventis*, Tesi di Master, Libera Univ. Internaz. di

Studi soc. "G. Carli" (LUISS), Roma, 2009.

R. B. Cappalli, C. Consolo, *Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry*, 6, *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 217 (1992)

M. Carpagnano, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04, Manfredi*, in *Competition Law Review*, Dicembre 2006, Vol. 3, n. 1, 47-72.

M. Carpagnano, *Le regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 273 ss.

M. Casoria, R. Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, 2015, I, 2752.

L. Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti concorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 1049 ss.

A. Catricalà, E. Gabrielli (a cura di), *I contratti della concorrenza*, UTET, 2011, 523 ss.

R. Chieppa, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 280 ss.

R. Cisotta, *Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union*, in *The Competition Law Review*, 2014, Vol. X, 1, 81-105.

M. Colangelo, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2008, 655.

G. Cottino (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, II, Padova, 2001.

L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2010

R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Giuffrè, 2015, 96 ss.

S. Eichholtz, *Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, 2002.

P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss.

F. Fioretti, M.R. Raspanti, *Proporzionalità e deterrenza nell'applicazione delle Linee Guida dell'Agcm sulle sanzioni alle società mono-prodotto. Un primo commento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, n. 4, (in corso di pubblicazione).

A.A. Foer, E.P. Schultz, *Will Two Roads Still Diverge? Private Enforcement of Antitrust Law is Getting Harder in the United States. But Europe May be Making it Easier*, in *Global Competition Litigation rev.*, 2011, 3.

A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2013, p. 429 ss.

R. Gaudet, *Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience*, in *European Comp. Law. Rev.*, 2009, n. 30, 107 ss.

A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005.

D. Geradin, *Collective redress for antitrust damages in the European Union: is this a reality now?*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2015, Vol 22:5, 1079 ss.

D. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 232 ss.

A. Giuliani, *Le radici romanistiche della dottrina italiana della concorrenza*, in *Per un diritto della concorrenza* (Quaderni di ricerca giuridica – Banca d'Italia, n. 46 pubblicato nel mese di dicembre 1996), 127 ss.

A. Guarnieri, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite*, in *Resp. Civile e Prev.* 2005, 433.

P. Hitchings, M. A. Malo, *Considerations concerning the implementation of the EU competition law damages directive in Spain*, in, *Concurrences*, 2015, n. 2, 29 ss.;

K. Hüschelrath, H. Schweitzer, *Public e Private Enforcement of Competition Law in Europe. Legal and Economic Perspectives*, Springer, 2014.

J. Imgrund, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Nomos,

Baden-Baden, 2011.

S. Iannello, *La violazione delle regole di concorrenza ed il risarcimento del danno subito dai consumatori*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Macerata, 2012.

P. Iannuccelli, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement nel diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 74 ss.

R. Inderst, F.P. Maier-Rigaud, E. U. Schwalbe, *Umbrella Effects*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, 10(3), 739 ss.

A. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, pp. 117-118

R. H. Lande, J.P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, *Brigham Young University L. Rev.*, 2011, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1565693>;

R. H. Lande, J.P. Davis, *The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: a reply to Werden, Hammond and Barnett*, in *Antitrust L. Bull.*, 2013, 173 ss.

M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 5, 1998, 649 ss.

M. Libertini, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del convegno della Società Italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castel Gandolfo, 20-23 marzo 2003.

M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni*, relazione al convegno su “*Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*” (Catania, 5-6 ottobre 2007).

M. Libertini, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, I, 147 ss.

E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza (e altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, Giuffrè, 1983.

C. Lo Surdo, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel processo*

civile alla luce della direttiva sul danno antitrust, 2015, disponibile su <http://www.osservatorioantitrust.eu/>

V. Mangini, G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000.

F. Marini Balestra, R. Tremolada, *Il rapporto tra public e private enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il Foro Amm.*, 2015, fasc. 3, 781 ss.

C. Matranga, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. Civ. Contemporaneo*, 2015, n. 1.

M. Maugeri, *Private enforcement e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, intervento al convegno "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", Roma, 17 maggio 2007.

M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Mulino, Bologna, 2009, p. 57 ss.

V. Meli, *Autonomia Privata, Sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.

V. Meli, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2007, 201.

P. Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 99 ss.

F. Mezzanotte, *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, in *Contratti*, 2015, 1109.

A. Minuto Rizzo, *Disclosure of leniency evidence: an overview of ECJ's Pfleiderer and UK's National Grid cases in the light of the recently adopted Damages Directive*, in *Italian Antitrust Review*, 2015, 2n. 2, 124 ss.

V. Mosca, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle telecomunicazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 2, 14 ss.

G. Muscolo, *Disclosure and standard of proof innovations*, in *Italian Antitrust Review*, 2015, n. 2, 54 ss.

G. Muscolo, *Il danno antitrust. Profili giuridici ed economici*, intervento al Convegno "Le azioni civili nelle Corti europee ed italiane Alcune questioni sulla prova del danno", Agcm, 12 febbraio 2009, Roma.

G. Muscolo, *L'accesso e la valutazione della prova nelle controversie in materia antitrust. Gli obblighi di ostensione nel diritto nazionale e comunitario*, intervento alla Conferenza su “La cooperazione tra i giudici nazionali, le autorità di concorrenza e la Commissione Europea nell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione”, Corte di Cassazione, Roma, 6 maggio 2014.

G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il public e il private enforcement alla luce della direttiva 2014/104 UE*, Bruxelles, agosto 2015, disponibile su www.antitrustitalia.it

G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il public e il private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*, intervento al convegno “L'impatto della Direttiva 104/2014 sul private enforcement. Profili applicativi di diritto della Concorrenza e problemi aperti”, Genova, Scuola Superiore della Magistratura, 20 novembre 2015.

B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, intervento al convegno “*Il libro bianco della Commissione Europea in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*”, Università degli Studi di Milano, 17 giugno 2008.

B. Nascimbene, F. Rossi dal Pozzo, *La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*, Giuffrè, 2009.

M. Negri, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso gran arret*, in *Corr. Giur.*, 2005, 333;

M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza davanti al giudice civile*, Giappichelli, Torino, 2006;

A. Okuliar, I. Simmons, *Private Enforcement of the U.S. Antitrust Laws Through Class Actions*, in *Competition litigation*, 2009, disponibile su <http://www.omm.com/files/upload/simmonsokuliar.pdf>

G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir.civ.*, 4, 528.

C. Osti, *Un approccio pragmatico all'attuazione delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 294 ss.

L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013

R. Paladini, “*Traslazione*”, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012.

A. Palmieri e R. Pardolesi, *L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.*, 2005, I, 1014.

A. Palmieri, *L’illecito antitrust e l’aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l’Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, 2685 ss.

A. Palmieri, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, in *Foro it.*, 2012, I, 802 ss.

L. Panzani, *Binding effect of decisions adopted by national competition authorities*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2015, n. 2, 98 ss.

R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell’) onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro it.*, I, 2014, 1735 ss.

R. Pardolesi, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 317 ss.

C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, II.

J. Riffault-Silk, *The binding effect of national competition authorities decisions – Observations on article 9 of the Commission proposal of Directive on damages actions*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 548 ss.

G. Rossi, *Governo, Magistratura e Autorità Garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell’Antitrust*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a 10 anni dalla legge*, Roma, 2000, 169 ss.

P. Roth, *Too much or too little? The EU initiatives to promote private redress*, XI Convegno Antitrust, Treviso, 15 maggio 2014.

A. Saja, *La Raccomandazione della Commissione Europea sui ricorsi collettivi e l’impatto sull’ordinamento italiano*, in *Note e Studi*, Assonime, 2014, n. 2.

E. Sbarbaro, *L’azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*, in

Diritto, mercato e tecnologia, 11 novembre 2012.

G. Scoccini, La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust, in *Giur. It.*, 2015, n. 12, 2603 ss.

A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, AGR, Campobasso, 2009

M. Scuffi, *Risarcimento del danno ed ampliamento dei meccanismi liquidatori nel private enforcement del diritto antitrust*, intervento alla “4th Lear Conference on the Economist and the Judge” in tema di “Private litigation and damages assessment in antitrust and IPRs cases”, Roma, 23-24 giugno 2011.

M. Scuffi, *Le implicazioni della direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, Genova, 20 novembre 2015.

I. Segal – M. Whinston, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: Survey*, in *Eur. Comp. L. R.*, 2007, 306 ss.

M. Siragusa, E. Guerri, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. Ind.*, 4/2004, 348 ss.

M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 296 ss.

L.A. Sullivan, W.S. Grimes, *The law of antitrust: an integrated handbook*, 2^a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006

G. Taddei Elmi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2014, 182 ss.;

M. Tavassi, G.A.M. Bellomo, P. Caprile, *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust (2014)*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2015.

M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, intervento al XII Convegno Antitrust su “Private enforcement e risarcimento dei danni dopo la Direttiva 2014/104/UE”, Treviso 19-20 maggio 2016.

A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la*

violazione della normativa antitrust, Milano, 1996.

G.L. Tosato, L. Bellodi (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza: aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004, 25 ss.

M. Trimarchi, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella Direttiva sull'antitrust private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 1, 2015, 204 ss.

L.C. Ubertazzi, *Commentario alla legge 10 ottobre 1990 n.287*, Padova, 2004, 2422.

L. Vasquez, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, 3, 449 ss.

F. Wagner-von Papp, *Implementation of the damages directive in England and Wales*, in *Concurrences*, 2015, n. 2, 22 ss.

W.P.J. Wils, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3, 473 ss.

W.P.J. Wils, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, 2007, V. 30, 1, 25 ss.

Appendice della normativa e giurisprudenza citata

Normativa (in ordine di citazione)

Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, G.U.U.E. L 349, 5.12.2014.

Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità del 22 ottobre 2014

Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005)672, 19 dicembre 2005.

Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (c.d. "Rapporto Ashurst"), Ashurst, 2004, disponibile su <http://ec.europa.eu/>

White Paper on damages action for breach of the EC antitrust rules, COM(2008)165, 2 aprile 2008.

Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 aprile 2007 (2006/2207/INI), con cui è stata incaricata la Commissione di redigere il Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust.

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, C(2013) 3440, 11 giugno 2013.

Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco.

Documento Strategico per l'Europa del 2020 (COM (2010) 2020, 3 marzo 2011

Documento del Consiglio n. 17024/09, del 10-11 dicembre 2009

Raccomandazione della Commissione relativa a principi comuni per i

meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE) OJ 26.7.2013, L 201/60

D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206

Relazione alla Proposta di Direttiva, 11.6.2013 COM(2013) 404 final

Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUCE, 4.1.2003, L 1, p. 1.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali
Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014 (GU Serie Generale n.176 del 31-7-2015)

D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27

Proposta di legge n. 1335 recante "Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Corte di Cassazione, documento 11 luglio 2008, disponibile sul sito www.ec.europa.eu

Progetto di legge n. 1202 della X Legislatura.

Competition Act 1998, s. 58A

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Agcm, Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11).

Giurisprudenza (in ordine di citazione)

US Supreme Court, *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L. Ed. 2d 1231, 1968; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977.

Consiglio di Stato, 22 settembre 2014, n. 4773

Cass. civ. 28 maggio 2014, n. 11904

Corte di Giustizia, 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en televisie contro SV Sabam e NV Fonior*, C-127/73, in *Racc.* 1974, 51.

Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89, in *Racc.* 1991, I-935.

Corte di Giustizia, 14 febbraio 2000, *Masterfood*, C-344/98, in *Racc.* 2000, I-11369.

Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, in *Racc.* 2001, I-6297, con note di Di Maio, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2002, 785 ss.; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Chi è causa del suo mal...si lagni e chieda i danni*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76 ss.

Corte di Giustizia, cause riunite C- 295- 298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in *Racc.* 2006, I-6619.

Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*

Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*.

Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

Cass. civ., 4 febbraio 2005, n.2207 e 2 febbraio 2007, n. 2305.

App. Milano, sentenza del 18 luglio 1995, *Telsystem*; Corte d'Appello di Milano, ordinanza del 24 dicembre 1996, *Albacom*

App. Milano, sentenza del 11 luglio 2003, *Bluvacanze*

App. Torino, sentenza del 6 luglio 2000, *Juventus F.C.*)

Cass. civ. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207

Cass. civ., 4 marzo 1999, *Montanari/Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*

Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, Unipol-Axa, in Foro It. 2003, I, 1121

Cass. civ., sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305

Agcm, provvedimento finale del 28 luglio 2000, n. 8546.

Cass. civ., 4 giugno 2015, n. 11564

Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640, ANCL c. Inaz Paghe

US Supreme Court, Comcast Corp. V. Behrend, 133 S. Ct. 1426 (2013); Standard Fire Insurance Co. V. Knowles, 133 S. Ct 1345 (2013)

US Supreme Court, Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)

US Supreme Court, Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed. 2d 1231, 1968

Us Supreme Court, Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707, 1977

Corte di Giustizia, 27 febbraio 1980, Just, C.68/79; id. San Giorgio, C-199-82; id. Comateb et al., cause riunite C-192/95 e C-218/95; più di recente Commissione c. Repubblica Italiana, C-129/00

Corte di Giustizia, Danfoss A/S e Sauer-Danfoss Aps c. Skatteministeriet, C-94/10.

Corte di giustizia UE, causa C-557/12, 5 giugno 2014, Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG

Corte di giustizia, 28 gennaio 1991, caso C-234/89, Delimits, in Racc., 1991, I-935, § 47.

Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, caso C-344/98, Masterfoods, in Racc., 2000, I-11369, § 52

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 2011, n. 43509/08, Menarini.

Cass. civ., SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013

Corte di giustizia, 3 maggio 2011, caso C-375/09, Tele2 Polska, in Racc., 2011, I-3055

Corte di Giustizia, 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, in Raccolta, p. I- 4025

Corte di Giustizia, C-360/09, Pfeiderer AG c. Bundeskartellamt, ECR 2001, I-561

Corte di Giustizia, C-536/11, Donau Chemie, ECR 2013, 366
 App. Milano, sentenza del 24 dicembre 1996, Telsystem c. SIP
 App. Torino, sentenza del 7 febbraio 2002, Valgrana c. Cons. Tutela
 Formaggio Grana Padano e c. CSQA
 App. Roma, sentenza del 20 gennaio 2003, Telecom c. Albacom
 App. Milano, sentenza del 11 luglio 2003, Bluvacanze c. I Viaggi del
 Ventaglio-Turisanda_Hotelplan Italia
 App. Milano, sentenza del 10 dicembre 2004, INAZ Paghe c. Associazione
 Italiana Consulenti
 Agcm n. 8546, del 28 luglio 2000.
 Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, Soc. Axa assicur. c. Larato
 Cass. Civ., sez. III, ordinanza n.15538 del 17 ottobre 2003
 Cass. civ. SS.UU., 20.1.2005, n. 2207
 Agcm provvedimento n. 24405 del 11 giugno 2013, I743 Traghetti da/per
 la Sardegna
 Consiglio di Stato, sentenza n. 4123/2015
 App. Torino, 6 luglio 2000, Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus
 App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in Giur. it., 2000, p. 346.
 Cass. civ., 6 luglio 2015, n. 13890
 Cass. civ., ordinanze del 11 settembre 2015, nn. 17996 e 17998
 App. Roma, ord. 31 marzo 2008, International Broker, in Il merito, 29,
 2008.
 Trib. Torino, 31 marzo 2015, in Contratti, 2015, 1109
 Agcm, provv. n. 24823 del 27 febbraio 2014
 Tar Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168
 Corte di Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 3640 Associazione Nazionale
 Consulenti del Lavoro – ANCL c. Inaz Paghe s.r.l.; da ultimo id. 4 giugno 2015,
 n. 11564; 28 maggio 2014, n. 11904; 23 aprile 2014, n. 9116; 30 maggio 2013, n.
 13667.
 Trib. Milano, 3 marzo 2014, Brennercom c. Telecom Italia
 Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904
 Corte di Cassazione, ordinanza del 15 gennaio 2013, n. 5327
 Consiglio di Stato, 10 dicembre 2014, n. 6050

Consiglio di Stato, sentenza n. 3561 del 16 luglio 2015
 Cass. civ. SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500.
 Cass. Civ., 13 febbraio 2009, n. 3640
 Cass. Civ, 14 marzo 2011, n. 5942
 Cass. Civ., 28 maggio 2014, n. 11904
 Trib. Torino, 31 marzo 2015
 Agcm, provv. n. 24823 del 27 febbraio 2014
 Trib. Milano, 29 aprile 2015, n. 5374
 Cass. civ., 03 maggio 2016, n. 8703
 Cass. civ. 14 marzo 2016, n. 4899
 App. Lecce, 11 gennaio 2016, n. 18.
 Cass. Civ. 28 luglio 2000, n. 9927
 App. Napoli, 3 maggio 2005.
 Trib. Milano, 1 ottobre 2013, Teleunit/Vodafone
 App. Reggio Calabria, 11 settembre 2008
 App. Roma, 29 maggio 2016.
 Cass. Civ. Sez. I, 7 luglio 2015, n. 14059
 Trib. Milano, 14 gennaio 2015
 Trib. Milano, 15 ottobre 2014 n. 12043
 Trib. Milano, 18 aprile 2014 e 18 ottobre 2014.
 Agcm, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – Tele2/Tim-Vodafone-Wind
 Trib. Milano 28 luglio 2015, 14 ottobre 2014 e 3 aprile 2014.
 Tar Lazio, 30 aprile 2015, n. 6241.
 Consiglio di Stato, 29 gennaio 2016, n. 362
 US Supreme Court, Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc (formerly Morgan Crucible Co Plc) [2014] UKSC 24
 Tar Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344
 Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564

