

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI
CICLO XXX

IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST NEL
SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Tutor
Ch.mo Prof. Giuseppe Guizzi

Candidata
Marzia Mingione

Coordinatore
Ch.mo Prof. Enrico Quadri

ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018

*Al Professore Giuseppe Guizzi,
per avermi insegnato a studiare, prima e a non poterne più fare a meno, dopo.*

*Ai miei genitori,
perché “se ti piace quello che fai, è felicità”.*

*Al mio Paolo,
“per il tempo che ho sottratto al suo sorriso”.*

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LIBERTÀ DI MERCATO E TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. Tutela della concorrenza nella Costituzione: dalla mera enunciazione implicita all'esegesi dell'art.41 Cost.3
2. Definizione della concorrenza come bene giuridico tutelato. La concorrenza dinamica e il suo carattere strumentale.5
3. Statuto europeo della concorrenza.8
4. Il diritto della concorrenza e la disciplina antitrust nell'esperienza italiana. Rapporti con l'ordinamento comunitario.13
5. Valore normativo e carattere trasversale della concorrenza, alla luce dell'art.117 Cost.18
6. La tutela della concorrenza, economia sociale di mercato e valori costituzionali.22
7. Il sistema di *enforcement* della concorrenza27
8. L'implementazione della Direttiva 2014/104/UE e l'Italia si dota di una disciplina sul *private enforcement*. Scelta imposta o spontaneo adeguamento?.....29

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA RISARCITORIA NELL'ENFORCEMENT DELLA CONCORRENZA

1. Il sistema sanzionatorio per violazione della normativa antitrust33
2. Il *private antitrust enforcement* americano38
3. Il *private antitrust enforcement* europeo: l'evoluzione giurisprudenziale e normativa44
4. La Direttiva europea sul risarcimento del danno da illecito antitrust.....51
5. La tutela privatistica della concorrenza nell'ordinamento italiano61

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA, FUNZIONE COMPENSATIVA O SANZIONATORIA?

1. Il d.lgs. n.3/2017 e le nuove regole sulle azioni risarcitorie per violazione del diritto della concorrenza.	72
2. La Direttiva sul <i>private enforcement</i> e i principi del processo civile italiano.....	80
3. La responsabilità civile per violazione delle norme sulla concorrenza.....	86
4. Le torsioni della responsabilità civile per il perseguimento delle finalità proprie del diritto antitrust.....	92
5. Le regole sul risarcimento del danno antitrust, tra compensazione e deterrenza	98
6. Illecito antitrust e danni punitivi	104
BIBLIOGRAFIA.....	112

CAPITOLO PRIMO

LIBERTÀ DI MERCATO E TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. Tutela della concorrenza nella Costituzione: dalla mera enunciazione implicita all'esegesi dell'art.41 Cost.

Dal testo originario della Costituzione emerge il *favor* per una fisionomia concorrenziale dei mercati. Essa può desumersi dalla saldatura fra la garanzia di libertà di iniziativa economica ed il principio di uguaglianza¹: l'uguale libertà economica riconosciuta alle imprese determina l'assetto concorrenziale del mercato.

Nella prospettiva costituzionale, dunque, la concorrenza non è un valore tutelato *ex se*, ma rappresenta la proiezione pluralistica² della libertà individuale di iniziativa economica. Ne deriva, la necessità di individuare la reale portata dell'art.41 Cost., che con la previsione, al primo comma, della libertà di iniziativa economica privata, si iscrive a pieno titolo tra le disposizioni della c.d. "costituzione economica".

Profilo, ormai pacifico nell'interpretazione della norma, è che la libertà dell'iniziativa economica privata non va intesa in senso illimitato, essendo pur sempre condizionata dalla prevalente tutela dell'interesse della collettività. L'art.41 Cost. dispone, infatti, che l'iniziativa economica privata è libera purché non superi i limiti della sicurezza, libertà e dignità umana e si svolga in aderenza alla funzione sociale.

Ne deriva che la stessa norma di apertura della legge antitrust sarebbe affetta da *strabismo costituzionale*³, proclamandosi di attuazione della libertà di iniziativa economica, ma risultando in realtà dettata a garanzia dei valori che quella libertà sovrastano, *in primis* quello dell'utilità sociale.

¹ G. Ghidini, E. Arezzo, "La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza", in *Giur. Comm.*, fasc.4, 2012, pag.459

² G. Minervini, "Concorrenza e consorzi" in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1965, pag.7, "la libertà di iniziativa economica privata, data la possibile pluralità de soggetti esercenti, si traduce in una libertà di concorrenza"; F. Galgano, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982, sub art.41 Cost., "la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza".

³ G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 543 e ss.

In tale ottica, i divieti introdotti dalla disciplina antimonopolistica rimandano ai limiti di svolgimento piuttosto che alla libertà di iniziativa economica in sé.

La vaga ed elastica formulazione letterale dell'art.41 Cost.⁴ pone ulteriori profili di discussione. Tra questi, assume particolare rilievo la questione relativa all'inclusione del concetto di libera concorrenza nell'ambito applicativo della libertà di iniziativa economica.

Una parte della dottrina⁵ nega che la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata racchiuda implicitamente e logicamente la libertà di concorrenza. Dai lavori preparatori, infatti, si desume che l'anima maggiormente liberista, che qualifica il sistema economico come un sistema autonomo, regolato dalle leggi del mercato, conviva con la prospettiva interventista⁶, secondo cui lo Stato, per il raggiungimento di fini di perequazione e di utilità sociale, può pianificare e programmare l'attività produttiva di beni e servizi, con l'effetto di limitare l'esercizio della libertà privata.

Pertanto, la circostanza che la tutela della concorrenza abbia un'implicita rilevanza costituzionale, va intesa nel senso di aver voluto riservare la relativa disciplina al codice civile e ciò sul presupposto che essa corrisponda ad interessi privati e non pubblici.

In effetti, prima dell'innesto nel nostro ordinamento della disciplina comunitaria della concorrenza e finché l'Italia si dotasse di una propria normativa antitrust, le sole norme regolatrici della materia rimasero quelle del codice civile del '42, in tema di limiti contrattuali alla concorrenza e di concorrenza sleale.

Tuttavia, l'interpretazione dell'art.41 Cost. non può essere condotta alla luce della pregressa disciplina codicistica, la norma va letta in chiave sistematica, con le altre disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Inoltre, le norme del codice civile prescindono dagli effetti sul mercato dell'attività intrapresa, esse guardano, piuttosto, ai riflessi sulla libertà economica individuale dei contraenti. E' in tale prospettiva privatistica, infatti, che la disposizione

⁴ Così P. Cavaliere, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art.41Cost.*, Padova, 1978, pag.1

⁵ N. Irti, "Iniziativa economica e concorrenza", in *Per una nuova Costituzione economica*, a cura di G. Della Cananea, G. Napolitano, Bologna, 1998, pag.24

⁶ Per una ricostruzione dei diversi modelli economici e i loro riflessi sulla Costituzione, v. M. Luciani, "Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana", in *Dir. e Società*, n.4, 2011, pag.655 ss.

dell'art.2597 c.c. previene e sanziona il *refusal to deal* del monopolista legale e che le norme sulla concorrenza sleale, art.2598 ss. c.c., reprimono condotte idonee a danneggiare l'altrui azienda.

Nella normativa sub-costituzionale viene dunque in rilievo un concetto di concorrenza in senso soggettivo, in cui i profili di libertà e di restrizione della concorrenza sono valutati e regolati in funzione di interessi privati. La libertà di concorrenza, rispetto alla quale si discute se trovi o meno copertura costituzionale nell'art.41 Cost., è la concorrenza in senso oggettivo, che ha riguardo ad una certa struttura o funzionalità del mercato⁷.

Tale riflessione consente di escludere una lettura di tipo concorrenziale dell'iniziativa economica privata, alla stregua di un'interpretazione che si limiti a lambire il dato costituzionale. Ciò ha indotto diversa dottrina⁸, avallata dalla giurisprudenza costituzionale⁹, a ritenere che la libertà di concorrenza sia un valore implicito nell'art.41 Cost.

In particolare, la norma costituzionale è posta a garanzia non solo della libertà individuale di iniziativa economica, ma anche della concorrenza effettiva come modo di funzionamento del mercato. La tutela della concorrenza tra imprese, infatti, costituisce un limite alla tutela della libertà di iniziativa economica¹⁰, che sarebbe senz'altro compromessa dalla presenza di monopoli sul mercato di un determinato bene o servizio, dalla concentrazione tra imprese o da condotte volte a porre barriere all'ingresso nel settore di altri operatori.

2. Definizione della concorrenza come bene giuridico tutelato. La concorrenza dinamica e il suo carattere strumentale.

La tutela, anche costituzionale, della concorrenza richiede un impegno definitorio¹¹ circa il bene giuridico "concorrenza" e ciò anche in vista del

⁷ Per la distinzione tra un piano intersoggettivo ed un piano definibile come oggettivo, v. G. Ghidini, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1976, pag.788 ss.

⁸ A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971; F. Galgano, in *Commentario alla Costituzione*, cit.

⁹ Fra le altre, C. Cost., 21 febbraio 2007, n.64; C. Cost., 23 giugno 2010, n.270; C. Cost., 17 luglio 2012, n.200.

¹⁰ In tale linea di pensiero si iscrive M. Libertini, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, pag.191 ss.

¹¹ M. Libertini, *Concorrenza*, cit.

consolidamento delle politiche antitrust. E' necessario, dunque, stabilire quale tipo di concorrenza venga promosso e tutelato.

In particolare, la concezione tradizionale identifica la concorrenza con la libertà di scambio, quale libertà individuale riconosciuta dall'ordinamento ai soggetti privati; la libertà degli scambi consente di attribuire ai beni e ai servizi il loro giusto prezzo. L'utilità sociale che deriva dal regime di concorrenza e, quindi, ne giustifica la tutela normativa, consiste nel giusto equilibrio del mercato. Questo ideale equilibrio, garanzia di stabilità sociale è, poi, messo in discussione da un nuovo obiettivo che caratterizzerà la storia economica europea dall'età mercantilistica in poi. L'obiettivo è quello dello sviluppo economico che presuppone, non più il libero gioco degli scambi tra individui, ma la competizione tra le imprese. In questa gara vince l'impresa più efficiente e innovatrice e la concorrenza protetta dall'ordinamento è la concorrenza effettiva e dinamica che valorizza e si regge sui processi di innovazione delle imprese¹².

Il processo dinamico del "gioco della concorrenza" fra imprese, che per definizione può determinare l'espulsione dal mercato delle imprese che non riescono a tenere il passo, intanto appare meritevole di tutela se è orientato in modo virtuoso. Perché ciò accada, è necessario che il principale strumento di concorrenza sia costituito dall'innovazione tecnologica dell'impresa nei miglioramenti dell'offerta rivolta ai consumatori. Inoltre, il successo della migliore offerta di beni e servizi deve essere decretato dal giudizio finale dei consumatori, ai quali dovrà quindi essere garantita una consapevole libertà di scelta.

In questo modo, la produzione assume la direzione voluta dai bisogni spontanei delle persone e può dirsi che la concorrenza è tutelata in quanto contribuisce all'incremento del benessere collettivo. Si instaura un circolo virtuoso in cui la concorrenza tra imprese condotta all'insegna dell'innovazione, determina sviluppo e lo sviluppo porta maggior benessere che a sua volta genera innovazione.

¹² Per un excursus storico sulle diverse concezioni di concorrenza e sulle ragioni che ne giustificano una tutela normativa, M. Libertini, *"La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni"*, in *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014.

Ne deriva, che la costruzione di un concetto normativo di concorrenza presuppone che siano prevenuti e repressi quei comportamenti di mercato che conducono all'acquisizione di vantaggi competitivi attraverso clausole di esclusiva, al di fuori dei diritti di privativa temporanei riconosciuti dall'ordinamento, offerte ingannevoli o cartelli limitativi della produzione. Con questi strumenti, infatti, si ostacola la libertà di scelta della "giuria anonima di consumatori"¹³ e il modello prescelto, di economia di mercato, difetterebbe della sua componente democratica.

Dalla concezione della concorrenza come "processo dinamico" discende che la concorrenza non è tutelata come un valore in sé, ma solo come bene giuridico strumentale per il raggiungimento di obiettivi ritenuti prevalenti. In tale ottica, la concorrenza è un valore suscettibile di bilanciamento in vista del benessere collettivo.

In questi stessi termini la tutela della concorrenza assume un ruolo centrale nel diritto dell'Unione Europea, che molto ha influenzato la legislazione e l'operato dei giudici interni in materia di concorrenza.

In particolare, la valorizzazione della concorrenza si profila, sin dall'originaria versione del Trattato¹⁴ in una prospettiva funzionale rispetto agli obiettivi politico-economici della Comunità europea. Si prevede, infatti, all'art.3, lett. f) Trattato CEE, "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune" e sia oggetto di una delle politiche e azioni comuni al servizio dei fini enunciati dall'art.2 dello stesso Trattato CEE. Tra gli obiettivi indicati dal legislatore comunitario, rientrano quelli di uno sviluppo armonioso delle attività economiche e di un'espansione equilibrata, fattori essenziali di coesione sociale.

Inoltre, il mantenimento di una concorrenza effettiva è specificamente funzionale anche rispetto al postulato della creazione di un Mercato Unico, ossia la libertà di circolazione, di merci e servizi. Una libertà, il cui conseguimento e presidio si scontra in Europa con la divisione fra mercati di nazioni diverse e il permanere di

¹³ M. Libertini, *"La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni"*, cit.

¹⁴ Il Trattato CEE, firmato a Roma nel 1957, ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958, è stato rinominato Trattato istitutivo della Comunità Europea (TCE) a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1992 ed è stato successivamente modificato dai Trattati di Amsterdam e di Nizza. Da ultimo, con il Trattato di Lisbona, il TCE è stato ulteriormente emendato e rinominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

differenze tra i sistemi giuridici dei paesi membri. L'effetto potrebbe essere che proprio il regime di libero spostamento di capitali, merci, persone e servizi incentivi l'avvio o il trasferimento di attività economiche presso lo Stato la cui legislazione appaia più favorevole alle imprese. Fenomeni di c.d. *forum shopping*, che generano una concorrenza tra Stati, che in realtà è una concorrenza tra sistemi, in controtendenza rispetto al progressivo ravvicinamento tra gli ordinamenti, sia sul piano normativo che giurisprudenziale.

3. Statuto europeo della concorrenza.

Con il Trattato di Lisbona¹⁵ non viene meno quel rapporto da mezzo a fine tra la tutela della concorrenza e le politiche comunitarie, il rango costituzionale della politica e delle norme a tutela della concorrenza è rimasto sostanzialmente invariato. Una concorrenza efficace non è considerata un fine in sé, ma la condizione per realizzare un mercato libero e dinamico, volto allo sviluppo di un benessere economico comune.

In particolare, nel testo del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) scompare l'indicazione della "concorrenza non falsata" come obiettivo fondamentale dell'Unione ed è inserita nella nozione di mercato interno, enunciata nel Protocollo n.27, che comprende un sistema che assicuri che la concorrenza non sia falsata. Inoltre, nell'art.120 TFUE si dispone che gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto di principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, in cui l'allocatione delle risorse sia conforme ai principi di cui all'art.119 TFUE.

A sua volta, l'art.119 TFUE sancisce che la politica economica dell'Unione e degli Stati membri è condotta anche al fine di mantenere un'"economia sociale di mercato fortemente competitiva".

¹⁵ Si allude al più recente Trattato modificativo del Trattato istitutivo, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, con l'intento di riformare la struttura e il funzionamento dell'UE, al fine di adattare il funzionamento delle istituzioni comunitarie e il processo decisionale europeo agli allargamenti successivi, che hanno portato a 28 il numero dei paesi membri dell'UE. Le modifiche investono le politiche interne ed esterne dell'Unione e ne rafforzano la dimensione democratica.

Il TFUE, cfr. nota n.12, si affianca al Trattato dell'Unione (TUE), pure parzialmente modificato a Lisbona. I due Trattati hanno lo stesso valore giuridico e costituiscono i Trattati su cui si fonda l'Unione.

Alle norme dei Trattati si aggiunge l'art.16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla stregua del quale è riconosciuta la libertà d'impresa.

All'enunciazione dei principi rivelatori di questa prospettiva funzionale della tutela della concorrenza, seguono disposizioni di segno prescrittivo in tema di accordi restrittivi della concorrenza, abusi di posizione dominante, godimento di diritti esclusivi e speciali, aiuti di stato e la normativa regolamentare sulle concentrazioni¹⁶, che riflettono l'ispirazione di fondo del sistema di tutela della concorrenza.

Le intese restrittive della concorrenza sono oggetto di un divieto molto ampio, bilanciato dalla regola dell'esenzione *ope legis* per quelle intese che appaiono compatibili con le finalità delle norme di divieto. La deroga è oggetto di un giudizio di meritevolezza e intanto si può rinunciare a sanzionare comportamenti che abbiano un effetto anticoncorrenziale, a condizione che dall'accordo scaturiscano efficienze, allocative o produttive, fruibili direttamente anche dai consumatori. L'esigenza di salvaguardare l'effettivo pluralismo competitivo dell'offerta, dovrà bilanciarsi con l'efficienza di offerte allineate dall'accordo.

Analogo approccio sostanziale nella valutazione degli effetti restrittivi della concorrenza emerge con riguardo agli abusi di posizione dominante.

In particolare, il vantaggio competitivo acquisito con l'innovazione dell'offerta può consolidare quote elevate di un determinato mercato, tali che l'impresa possa agire in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori.

Tale circostanza non distorce di per sé il mercato; al contrario, l'impresa che cresce per il suo comportamento virtuoso, ispirato a sviluppo e innovazione, offrirà prodotti che meglio di altri, per il prezzo e la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori¹⁷.

¹⁶Per l'evoluzione della tutela della concorrenza, dalla debole indicazione costituzionale all'integrazione nell'ordinamento della disciplina comunitaria, assistita da un "esplicito commitment di sostegno", v. E. Arezzo e G. Ghidini "*La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*" cit

¹⁷ Che sia questa la logica sottesa alla visione europea del sistema economico, traspare anche dalla Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'art.81 par.3 TCE, pubblicate in G.U. CE n. C.101 del 27.04.2004, secondo cui *la rivalità tra imprese è un elemento motore fondamentale dell'efficienza economica, inclusi gli incrementi di efficienza dinamici sotto forma di innovazione.*

Le norme antitrust non vietano, quindi, la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso. Tuttavia, l'analisi della condotta anticoncorrenziale va ben al di là della sua sussunzione nel novero di fattispecie tipizzate dall'art.102 TFUE, dovendosi valutare se l'eventuale produzione di efficienze per i consumatori possa essere tale da compensare i pregiudizi per la concorrenza. E' necessaria un'approfondita valutazione della condotta dell'impresa dominante, al fine di vagliare l'opportunità di un intervento prima che la struttura del mercato sia seriamente e definitivamente compromessa¹⁸.

La valutazione ai fini antitrust della condotta dell'impresa, con riferimento ai costi e ai benefici potenziali, caratterizza anche la normativa in tema di concentrazioni¹⁹.

Si definisce operazione di concentrazione quando due o più imprese, che in precedenza erano separate, vengono controllate o possedute da una stessa impresa; dunque, la concentrazione include sia le acquisizioni del controllo di un'impresa, sia le fusioni tra due o più imprese. Ciò che preoccupa, dal punto di vista del funzionamento del mercato, è la possibilità che la concentrazione riduca la concorrenza, consentendo al nuovo soggetto di aumentare i prezzi o praticare condizioni svantaggiose per le controparti.

Pertanto, le operazioni di concentrazione devono essere notificate alla Commissione, la quale dovrà dichiarare l'accertata compatibilità delle stesse con il mercato comune. Se l'operazione ha effetti lesivi per la concorrenza, la Commissione ordina la separazione delle imprese o degli elementi patrimoniali

¹⁸Nella Comunicazione, pubblicata in G.U. CE n.C 45, del 24 febbraio 2009, la Commissione afferma che nell'applicazione dell'art.82 TCE si concentrerà sui comportamenti maggiormente dannosi per i consumatori. In tale ottica pro-consumer, si osserva, la concorrenza rileva anche se potenziale; ma quando non si tratta di prevenire un danno ai consumatori o concorrenti, una concorrenza meramente potenziale – che guardi all'ingresso di nuovi concorrenti – non potrà mai giustificare comportamenti escludenti.

¹⁹Reg. n.4064 del 1989, che all'art.2, nell'enunciare i criteri di valutazione della compatibilità delle operazioni di concentrazione, privilegia l'obiettivo di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva, prevedendo come tipica causa ostativa a tale compatibilità la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante. L'effetto escludente della posizione dominante dovrà verificarsi tenendo conto dell'esistenza di una concorrenza potenziale di imprese, quale fattore che unitamente alla struttura dei mercati interessati, dovrà essere preso in considerazione nel valutare il contesto economico e generale in cui si svolge l'operazione. Il successivo regolamento in tema di concentrazioni, Reg. n.139/2004, conferma l'obiettivo del mantenimento di una concorrenza effettiva e nel ruolo centrale che nel vagliare la legittimità dell'operazione assume la posizione dominante che ne scaturisce (artt. 2.2 e 2.3).

acquistati o incorporati, la cessazione del controllo comune, nonché ogni altra misura idonea a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva.

L'incompatibilità, in particolare, riguarda quelle operazioni che creano o rafforzano una posizione dominante, così da ostacolare in modo significativo il mantenimento o lo sviluppo della concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo.

La prospettiva europea è, quindi, orientata nel senso di salvare quelle posizioni di mercato i cui potenziali effetti anticoncorrenziali siano controbilanciati dal miglioramento dell'efficienza complessiva.

Rispetto a questo gioco di "pesi e contrappesi" che anima la competizione, appaiono coerenti anche gli artt.106 e 107 TFUE, in tema di possibili deroghe all'applicazione delle norme generali comuni sulla concorrenza rispetto ad imprese che godono di diritti esclusivi e speciali ovvero di aiuti di stato.

Le norme sulla concorrenza si applicano anche alle imprese pubbliche, ai servizi pubblici e ai servizi d'interesse generale. Se venisse compromessa la realizzazione degli obiettivi di tali servizi specifici, la disciplina antitrust potrebbe non trovare applicazione.

In tale ottica, l'art.106, par.2 TFUE rappresenta lo strumento naturale di contemperamento tra tutela della concorrenza ed erogazione dei servizi d'interesse economico generale²⁰. La norma prevede una deroga al divieto di emanare o mantenere, nei confronti di imprese pubbliche e di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, qualunque misura contraria alle norme dei Trattati.

In particolare, la deroga opera nei limiti in cui l'applicazione delle regole di concorrenza e delle norme dei Trattati costituisca un ostacolo "all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione" affidata ad "imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale" e sempre che lo sviluppo degli scambi non sia "compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione".

La ratio dell'art.106 TFUE consiste, dunque, nel trovare un equilibrio tra due interessi contrapposti: da una lato, la gestione da parte degli Stati di settori riservati e chiusi al mercato, allo scopo di conseguire direttamente gli obiettivi

²⁰D. Gallo, L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga *antitrust* atipica, in L.F. Pace (a cura di), Dizionario sistematico della concorrenza, Napoli, 2013, p. 118

d'interesse generale; dall'altro il vincolo posto dal diritto dell'Unione, di garantire una concorrenza non falsata dal mercato interno.

Ne deriva, che la concessione ed il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono legittimi, ad una valutazione in concreto, solamente rispetto ad imprese che svolgono funzioni d'interesse generale, i cui obblighi di servizio pubblico sono, appunto, controbilanciati dal trattamento di favore loro riservato.

Un ruolo complementare alla disciplina della concorrenza, nell'ambito della più generale regolazione del mercato è assunto anche dalla disciplina degli aiuti di Stato. Qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di alcune imprese o produzioni, infatti, attribuendo un vantaggio economico selettivo, falsa o minaccia di falsare la concorrenza.

Tuttavia, in alcuni casi gli interventi statali sono necessari per un'economia ben funzionante ed equa. Il Trattato, dunque, lascia spazio ad un certo numero di obiettivi politici per i quali l'aiuto di Stato può essere considerato compatibile; l'esistenza di deroghe, giustifica il controllo preventivo da parte della Commissione.

Pertanto, gli Stati membri devono notificare alla Commissione qualsiasi progetto diretto a istituire aiuti prima di procedere alla sua esecuzione e la Commissione ha il potere discrezionale di decidere se l'aiuto previsto può beneficiare della deroga o se lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo. La compatibilità dell'aiuto deriva dalla finalità sociale degli interventi statali, destinati a favorire lo sviluppo delle regioni o di parti di regioni cosiddette svantaggiate del territorio comunitario o ad agevolare lo sviluppo di talune attività.

Al sistema dell'autorizzazione preventiva derogano gli aiuti di Stato che di fatto non hanno un impatto sulla concorrenza tra gli Stati membri. Per gli aiuti di importo ridotto, trova così applicazione il regolamento "*de minimis*", che consente agli Stati membri di concedere sovvenzioni di importo ridotto alle imprese e in modo molto rapido, senza notifica alla Commissione e senza adempimento di procedure amministrative. La regola si basa sul principio che, nella grande maggioranza dei casi, le sovvenzioni di importo ridotto non hanno alcun effetto sulla concorrenza e quindi non sono qualificabili "aiuti di Stato" ai sensi degli artt. 107 e 108 TFUE.

4. Il diritto della concorrenza e la disciplina antitrust nell'esperienza italiana. Rapporti con l'ordinamento comunitario.

Il diritto antitrust europeo ha mostrato una continuità applicativa e, pur in mancanza di direttive vincolanti, gli ordinamenti dei singoli Stati si sono generalmente adeguati al modello comunitario. Nell'ordinamento italiano i precetti comunitari e il relativo *aquis* sono stati recepiti dalla legge n.287 del 1990, con notevole ritardo rispetto agli altri Paesi della Comunità europea. Le ragioni del ritardo di una legislazione antitrust nazionale sono da imputare per lo più all'assetto tipico del nostro sistema economico, segnato dalla frammentazione e sottocapitalizzazione delle industrie.

In tale contesto, la prospettiva di una disciplina antitrust, volta a porre dei limiti alla libertà di iniziativa economica veniva, infatti, percepita come un ostacolo alla possibilità di crescita delle imprese nazionali. L'Italia, piuttosto, sembrava caratterizzata da una più moderna politica industriale, che prevedeva l'intervento pubblico diretto nell'economia, in funzione correttiva delle distorsioni del mercato, attraverso partecipazioni statali e politiche di sostegno alle imprese.

I presupposti per una svolta nella legislazione interna, tendenzialmente anticoncorrenziale, si crearono con la crisi della finanza pubblica e la necessità di un programma di privatizzazioni. Nel frattempo cresceva il prestigio delle istituzioni comunitarie e la loro capacità di incidere sugli ordinamenti dei Paesi membri anche attraverso le norme sulla concorrenza contenute nel Trattato, di diretta e preminente applicabilità.

La disciplina antitrust italiana ha, dunque, una matrice comunitaria²¹ ed il legislatore nazionale nel dettare la disciplina delle fondamentali condotte vietate ha seguito pedissequamente il modello europeo. La legge antitrust è, infatti, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali e ad evitare che le imprese attraverso la collusione (intese) o per il tramite di

²¹ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, pag. 7 ss., il quale, con riguardo alla genesi comunitaria della legge, osserva come essa “segna in modo formale un cambio della guardia che investe la stessa interpretazione della costituzione e che dimostra, peraltro, come questa fosse un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori”.

condotte unilaterali (abuso di posizione dominante) possano utilizzare il loro potere di mercato per ridurre o falsare la concorrenza.

In particolare, le fattispecie vietate sono le intese restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di una posizione dominante, le operazioni di concentrazione. Nel caso di intese anticoncorrenziali, le imprese si accordano al fine di coordinare i propri comportamenti sul mercato, violando la normativa sulla concorrenza²². La cooperazione tra imprese può avere per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza. Ciò accade, ad esempio, quando più imprese fissano congiuntamente i prezzi o si spartiscono i mercati oppure quando più imprese, che rappresentano una consistente parte del mercato, sottoscrivono una pluralità di accordi distributivi in esclusiva, tali da pregiudicare la capacità di accesso al mercato dei propri concorrenti attuali o potenziali. Un'intesa tra imprese è vietata quando comporta anche solo potenzialmente, una consistente restrizione della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

In conformità all'ordinamento comunitario per contrastare i cartelli tra imprese, che costituiscono le fattispecie più gravi e più difficili da scoprire, è previsto un programma di clemenza che si applica alle imprese che si autodenunciano, fornendo gli elementi probatori per l'accertamento dell'infrazione. In tal caso, l'Autorità non applicherà o ridurrà la sanzione pecuniaria prevista, tenendo conto della tempestività e della qualità delle informazioni fornite dalle imprese ai fini della scoperta dell'intesa (art. 15, comma 2 bis, legge n. 287/90).

Si detiene una posizione dominante sul mercato, invece, quando una o più imprese possono influire in misura sostanziale sulle decisioni di altre imprese mediante una strategia indipendente che le sottrae da una concorrenza effettiva. L'assunzione di una posizione dominante è vietata solo quando viene sfruttata abusivamente; l'abuso si specifica nella legge antitrust con un'elencazione non tassativa, secondo cui costituiscono abuso le seguenti pratiche: imporre prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il processo tecnologico, a danno dei consumatori; applicare, nei rapporti

²²Per le competenze dell'Autorità antitrust in materia di concorrenza, www.agcm.it.

commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare ingiustificati svantaggi per la concorrenza; subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Infine, un'operazione di concentrazione, rilevante ai fini antitrust, consiste nella concentrazione di un'impresa con altre imprese mediante fusione o acquisizione del controllo; modalità attraverso le quali, l'impresa potrà esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa (art.7 legge n.287/1990). Si ha, inoltre, un'operazione di concentrazione quando due o più imprese procedono alla creazione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (art.5 legge n.287/1990).

Le concentrazioni tra imprese devono essere comunicate preventivamente all'Autorità (art.16 legge n.287/90) quando il fatturato totale, realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate e il fatturato complessivo realizzato dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione, superino determinate soglie e sempre che non ricorrano le condizioni perché la concentrazione ricada nella competenza della Commissione UE.

Quando l'Agcm ritiene che una concentrazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, così da ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, ne vieta la realizzazione; l'operazione può essere autorizzata subordinatamente al rispetto di talune condizioni, tese a eliminare possibili effetti restrittivi della concorrenza.

Quanto ai rapporti della legislazione antitrust nazionale con la legislazione comunitaria in materia, è stato accolto il criterio della c.d. "barriera unica" per la determinazione dei rispettivi ambiti di applicazione²³. Tale criterio si riviene nell'art.1, co.1 della l. 287/1990 dove si stabilisce che la disciplina antitrust nazionale deve applicarsi solamente ai rapporti interni privi di rilevanza per il

²³ L'alternativa è il criterio della c.d. "doppia barriera", in osservanza del principio affermato dalla Corte di giustizia europea sin dalla sentenza *Walt Wilhelm* del 1969, che consente l'applicazione parallela di entrambe le normative, purché sia rispettato il principio del primato del diritto comunitario e quindi non risulti pregiudicata né la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario, né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso.

diritto europeo, essendo i rapporti dotati di effetti transfrontalieri integralmente e direttamente soggetti a quella disciplina.

Va precisato che l'adozione del principio della barriera unica non è necessario per salvaguardare la prevalenza delle norme comunitarie²⁴, ciò che il diritto comunitario non consente è che il diritto nazionale autorizzi comportamenti vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE, che vieti intese autorizzate dalla Commissione o che si occupi di operazioni di concentrazione di competenza della Commissione.

Le ragioni della scelta di adottare il criterio della barriera unica sono da ricercare nell'esigenza di certezza del diritto, evitando che una medesima fattispecie sia valutabile alla stregua di diversi ordinamenti con possibile difformità di giudizio.

Inoltre, si è ritenuto opportuno che la normativa interna non si occupasse di condotte già disciplinate in ambito comunitario e che l'Autorità nazionale garante della concorrenza non si intromettesse nel raggio d'azione della Commissione, con conseguente duplicazione dei procedimenti amministrativi.

L'applicazione del principio della barriera unica sembra confermata dalla stessa disciplina comunitaria della concorrenza. Ai sensi dell'art.101 TFUE, infatti, se le intese sono idonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, l'Autorità antitrust è tenuta ad applicare la normativa comunitaria. Analogamente a quanto avviene per le intese, il pregiudizio al commercio intracomunitario rappresenta il requisito per l'applicazione del diritto sovranazionale anche nelle ipotesi di abuso di posizione dominante ex art.102 TFUE.

Per quanto riguarda le concentrazioni, il regolamento comunitario sul controllo delle concentrazioni tra imprese, Reg. CE n.139/2004, si applica alle operazioni di

²⁴ Il principio del primato del diritto europeo sui diritti nazionali dei singoli Stati membri dell'UE è stato sancito nella nota sentenza *Costa c. Enel*. In quell'occasione la Corte sostenne che con l'istituzione della Comunità, gli Stati membri hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e concorso a creare un ordinamento giuridico autonomo, le cui disposizioni sono vincolanti per i loro cittadini e per loro stessi. Tale limitazione di sovranità ha come corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere contro tale ordinamento un provvedimento unilaterale ulteriore, se ciò accadesse sarebbe compromesso lo stesso fondamento giuridico della Comunità. Nella sentenza *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal*, la Corte fu ancora più esplicita affermando che in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, non solo di rendere "*ipso jure*" inapplicabile, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, ma anche di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie. L'ordinamento comunitario, infatti, è parte integrante dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri, ma le disposizioni sovranazionali e gli atti delle istituzioni hanno un rango superiore rispetto alle norme e agli atti interni.

concentrazione che, sulla base di criteri relativi al fatturato delle imprese interessate, possano ritenersi di dimensione comunitaria.

Per fare in modo che ogni concentrazione sia esaminata dall'autorità più idonea a farlo, in sede di riforma del previgente regolamento n.4064/1989, è stata decisa la semplificazione della procedura di rinvio alle competenti Autorità nazionali, fermo restando che nel caso di concentrazione aventi un effetto transfrontaliero, la competenza è accentrata nella Commissione.

La sostanziale identità della legge n.287/1990 con la legislazione comunitaria in materia e, quindi, la medesima definizione normativa della concorrenza, quale bene giuridico protetto nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale, anche costituzionale, è rafforzata dal criterio ermeneutico di cui all'art.1, co.4

In particolare, il legislatore nazionale ha previsto un vero e proprio obbligo d'interpretazione delle norme nazionali in materia di concorrenza in maniera conforme ai principi dell'Unione. Si osserva al riguardo, che si tratta di un caso, del tutto peculiare, in cui l'interpretazione conforme al diritto comunitario è imposta da una disposizione nazionale. Tra l'altro la previsione si colloca nel contesto di una legge che si propone esplicitamente come attuativa dell'art.41 Cost., di una norma costituzionale, dunque, che per definizione dovrebbe dettare i principi generali e i criteri ermeneutici relativi all'esercizio della libertà di iniziativa economica. La legge antitrust, invece, con l'obbligo di interpretazione conforme al diritto antitrust europeo, prescrive di essere interpretata in base ai principi di un altro ordinamento²⁵.

Inoltre, l'ampia formulazione dell'art.1, co.4 della legge n.287/1990 consente di ritenere che l'adeguamento debba operare nei confronti di ogni fonte del diritto dell'Unione europea, dai principi generali, alle fonti primarie e secondarie, così come interpretate dalla Corte di giustizia e precedentemente filtrate dall'esperienza applicativa della Commissione²⁶.

²⁵ In questi termini, N. Irti, *Iniziativa economica e concorrenza*, in G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, pag.28 ss.

²⁶ Cfr. relazione annuale Agcm per il 1990, in www.agcm.it

5. Valore normativo e carattere trasversale della concorrenza, alla luce dell'art.117 Cost.

La nozione comunitaria di concorrenza si riflette anche sull'interpretazione dell'art.117, comma 2, lett.e), Cost., che attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia "tutela della concorrenza".

In particolare, la tutela della concorrenza richiamata nella disposizione presuppone la più ampia apertura al mercato per tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi. Un'accezione estesa di concorrenza, fortemente intrisa di principi comunitari²⁷, che può essere attuata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali le c.d. misure antitrust e le misure legislative a tutela della concorrenza "nel" e "per" il mercato.

Le prime, sono misure di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati; le misure di promozione volte a tutelare la concorrenza "nel" mercato, invece, mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese; infine, gli interventi diretti a tutelare la concorrenza "per" il mercato, perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di aggiudicazione di appalti e concessioni mediante lo svolgimento di gare volte a realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici.

La disposizione ex art.117 Cost. non può, infatti, essere intesa come una mera norma sulla competenza²⁸, la "tutela della concorrenza" è piuttosto una funzione attribuita allo Stato che implica una politica attiva di tutela e promozione. Se così non fosse, l'espressa previsione costituzionale della concorrenza, avrebbe l'effetto paradossale di diminuirne la tutela: le Regioni e gli enti locali sarebbero privati di

²⁷ T. Guarnier, "Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione" in *Rivista AIC*, n.1, 2016.

²⁸ M. Libertini, "La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana", in *Giur. Cost.*, 2005, vol.2, pag.1428 ss. Per una diversa linea di pensiero, secondo cui l'art.117 Cost. sarebbe solo una norma attributiva della competenza, neutra rispetto all'attribuzione di valore alla concorrenza, nel quadro dei principi generali dell'ordinamento, L. Buffoni, "La tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*", 2003, 2, pag.345 ss.

ogni potere normativo e amministrativo a tutela della concorrenza, mentre lo Stato potrebbe discrezionalmente scegliere tra l'esercizio dei suoi poteri e l'astenersi da ogni intervento in materia²⁹.

Si configura, dunque, il dovere per lo Stato di tutelare la concorrenza fra imprese, prevedendo e sanzionando sia i comportamenti anticoncorrenziali, sia eventuali atti autoritativi pubblicistici che comportino effetti restrittivi della concorrenza.

In tale ottica, la concorrenza è un risultato socialmente utile che lo Stato deve conseguire mediante un'opportuna regolazione dei mercati. E' pertanto condivisibile la tesi sostenuta dalla Corte Costituzionale, secondo cui la concorrenza è materia "finalistica e trasversale" che riguarda tutte le attività economiche. Da tale assunto discende un duplice corollario: sul piano organizzativo, laddove lo Stato eserciti una potestà regolamentare o amministrativa a tutela della concorrenza, può procedere autonomamente, non venendo in rilievo quell'obbligo di leale collaborazione con le Regioni; sul piano normativo, si pone l'esigenza di un'unica disciplina sostanziale di tutela della concorrenza, così da uniformare le regole di comportamento per le imprese, volte a limitare i costi di informazione e di programmazione dell'attività delle imprese operanti sul territorio nazionale.

Il valore normativo della previsione della tutela della concorrenza tra i compiti dello Stato pone l'esigenza di definire la concorrenza come bene giuridico tutelato. In particolare, se essa si identifichi con la pluralità di imprese presenti sul mercato, secondo una concezione strutturalista di concorrenza, ovvero vada intesa come processo dinamico dei mercati, in base ad una concezione funzionale.

La prospettiva funzionale, che prevale nell'ordinamento comunitario, può ritenersi valida anche per la disciplina italiana in materia di concorrenza e ciò in attuazione di alcuni valori che nel sistema dei Trattati e nella Costituzione sono collocati in una posizione gerarchicamente superiore e rispetto ai quali dovrà tendere la tutela della concorrenza.

Tuttavia, la Corte Costituzionale nelle prime applicazioni dell'art.117 Cost. non sembra riconoscere alla tutela della concorrenza un determinato significato politico-economico, tale da orientare la discrezionalità politica del legislatore

²⁹ M. Libertini, *Concorrenza*, cit.

verso specifiche discipline di funzionamento dei mercati. La tutela della concorrenza viene, infatti, identificata con alcune materie individuate secondo criteri oggettivi e non finalistici.

In particolare, qualunque settore che interferisca con la tutela della concorrenza viene attratto alla competenza esclusiva dello Stato, con conseguente unificazione di tutte le competenze in materia di regolazione. Rispetto a questi ambiti, la Corte Costituzionale è intervenuta, in applicazione delle norme a tutela della concorrenza, non attraverso un giudizio di bilanciamento di valori, tutti costituzionalmente protetti, bensì sul presupposto dell'implicito riconoscimento, per effetto dell'art.117 Cost., dell'interesse allo sviluppo economico nazionale.

Questa interpretazione emerge nel filone giurisprudenziale che fa rientrare nella "tutela della concorrenza" la nozione di "promozione della concorrenza", considerando, poi, una forma di promozione della concorrenza, la previsione di aiuti pubblici alle imprese anche a prescindere dalla verifica che tali aiuti siano coerenti con un processo concorrenziale dinamico dei mercati rilevanti ed abbiano quindi un effetto pro-concorrenziale.

La tutela della concorrenza "per materie" emerge anche rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica, quando lo Stato e gli enti pubblici agiscono in qualità di concedenti o committenti nei confronti di imprese. Nelle argomentazioni della Corte Costituzionale³⁰, la massima partecipazione alle gare pubbliche garantisce una maggiore tutela delle libertà comunitarie, oltre che dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa e, quindi, si iscrive nell'ambito della normativa a tutela della concorrenza.

La prospettiva è destinata a cambiare e la concorrenza è intesa "non solo come una materia da ripartire tra lo Stato e le regioni, ma è prima di tutto un bene da tutelare³¹"; si passa, cioè, dalla tutela della sfera individuale di libertà di iniziativa

³⁰ Tra le altre, C. Cost. 22 maggio 2009, n.160. Per una critica al ragionamento "finalistico" declinato nella pronuncia, M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio"* in *Mercato conc. reg.*, 2014, n.3, pag.523, secondo cui l'inquadramento della disciplina dell'evidenza pubblica deriva dal duplice equivoco di confondere la tutela della concorrenza effettiva con la pluralità di imprese operanti sul mercato – cioè con la concorrenza in senso statico- e di ritenere che le norme in materia di contratti pubblici mirano a realizzare la "concorrenza per il mercato" e in quanto tale è una componente essenziale delle politiche di tutela della concorrenza.

³¹ G. Corso, *"La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)"* in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, pag.981 ss.

economica ex art.41 Cost. alla tutela del mercato nella sua valutazione oggettiva di sistema economico ispirato al modello comunitario, quale risulta dal combinato disposto degli artt.41 e 117 Cost.

In particolare, la normativa interna a tutela della concorrenza e del mercato non può che riflettere la nozione di concorrenza operante in ambito comunitario. Pertanto, il bene giuridico tutelato è la concorrenza fra imprese; una concorrenza in senso dinamico, cioè come processo di interazione innovativa fra imprese nei mercati e una concorrenza orientata dalla libera scelta dei consumatori. Con queste caratteristiche, la tutela della concorrenza costituisce lo strumento per l'incremento del benessere economico collettivo.

L'accezione dinamica di concorrenza la rende oggetto di una politica statale attiva, incentrata su interventi regolativi e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Il processo virtuoso di innovazione dei processi produttivi delle imprese a beneficio dei consumatori e dello sviluppo economico può attuarsi se alla disciplina antitrust, volta a sanzionare le condotte anticoncorrenziali e ripristinare l'equilibrio concorrenziale, si affianchino misure di promozione della concorrenza, che favoriscano lo sviluppo del mercato e l'istaurazione di assetti concorrenziali.

In particolare, le regole antitrust costituiscono solo una parte della normativa a tutela della concorrenza³² e corrispondono a quelle misure legislative di tutela in senso proprio, espressione dell'attività sanzionatoria di condotte lesive della concorrenza. Ad esse si aggiungono misure legislative di promozione che mirano ad aprire un mercato alla concorrenza, o a consolidare tale apertura, attraverso l'eliminazione di vincoli all'esercizio delle attività ed alla sana competizione tra imprese.

Su tale premessa, alla tutela della concorrenza sono riconducibili le misure più varie, come le misure statali di liberalizzazione di alcuni dei servizi pubblici essenziali, quali l'acqua, l'energia, il trasporto, i servizi pubblici locali,

³² Per il riconoscimento della natura composita e del carattere trasversale della materia della concorrenza, C. Cost. 18 dicembre 2004, n.14. La pronuncia rappresenta il leading case, in cui è emerso l'orientamento – volto a correggere la pervasività dell'intervento statale giustificata dalla potenziale connessione con la concorrenza di qualunque ambito d'intervento – secondo cui la competenza statale esclusiva è limitata agli interventi normativi che coinvolgono il mercato nazionale, interventi normativi di carattere “macroeconomico”.

finalizzate, attraverso l'affidamento dei relativi appalti, a garantire l'apertura dei mercati alla concorrenza.

6. La tutela della concorrenza, economia sociale di mercato e valori costituzionali.

La doverosità dell'intervento statale a tutela della concorrenza effettiva, appare anch'essa rafforzata dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed, in particolare, dallo sviluppo del modello ideale dell'"economia sociale di mercato". La scelta di tale modello non è casuale, essa sottende una dimensione collettiva della concorrenza e rappresenta la sintesi di quei valori di solidarietà ed utilità sociale anticipati nella nostra Costituzione.

In particolare, il riferimento all'economia sociale di mercato, di cui all'art.3 Trattato UE, che pone fra gli obiettivi dell'Unione quello di costruire "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" è una formula che esprime la scelta per una posizione intermedia tra il liberalismo estremo e il dirigismo economico.

I mercati, se lasciati all'autoregolazione spontanea, portano alla formazione e al consolidamento di posizioni di potere privato quali cartelli e monopoli; ma al contempo, ciò non può giustificare, in ogni caso, il potere di direzione dei processi economici da parte del soggetto pubblico e la facoltà di intervenire in questi processi con imprese pubbliche. La teoria dell'economia sociale di mercato, al contrario, protegge il mercato in se e il libero gioco della concorrenza all'interno dei mercati, non le imprese già presenti sul mercato. In tale contesto, lo Stato dovrà assumersi tutta una serie di compiti che i mercati non sono in grado di assolvere da soli, come la tutela dell'ambiente o la fornitura dei servizi pubblici essenziali.

Lo sviluppo del modello ideale dell'economia sociale di mercato, dunque, consente di riconoscere il carattere strumentale della concorrenza³³, rispetto

³³ M. Gestri, *Regolamentazione del mercato ed iniziativa economica privata: l'incidenza del diritto comunitario sulla costituzione economica*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto – Mercato amministrazione diritti*, (a cura di) A. Vignudelli, Torino, 2006, pag.155, in cui, già prima delle disposizioni di principio in materia di concorrenza enucleate nel Trattato di Lisbona, si afferma la necessità di contemperare il principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza con gli altri principi ed obiettivi cui il Trattato fa riferimento.

all'insieme di valori e principi espressi dall'ordinamento europeo con il corollario della doverosità dell'intervento statale a tutela della concorrenza effettiva. Con ciò si intende, non solo la doverosità della politica antitrust statale, ma anche la necessità di un ruolo di supplenza da parte del soggetto pubblico, laddove il mercato non sia in grado di offrire beni e servizi essenziali in modo equo ed efficiente.

La tutela della concorrenza, nei Trattati europei e nella "Costituzione economica" che ne deriva, dovrà essere interpretata, quale bene giuridico meritevole di tutela, non come valore in sé, ma sulla base della valenza ideologica dell'economia sociale di mercato. Si impone, dunque, una definizione finalistica del concetto di "tutela della concorrenza" che rischia di restare una formula declamatoria se non si inquadra sistematicamente nella visione complessiva dell'economia sociale di mercato, secondo le indicazioni del diritto comunitario. Il legislatore comunitario ha, infatti, previsto che l'obiettivo dell'Unione di costruire un'economia sociale di mercato sia perseguito assicurando che il sistema economico sia fortemente competitivo (art.3 TUE).

L'endiadi "concorrenza e coesione sociale", che concilia il perseguimento della competitività con quello di uno sviluppo economico armonioso ed equilibrato, riempie di contenuti la tutela della concorrenza. La concorrenza, che l'ordinamento comunitario tenta di garantire nella misura maggiore possibile, è per definizione funzionale rispetto al modello di società disegnato dagli artt. 2 e 3 TUE. Il diritto europeo punta all'instaurazione di un mercato il più possibile concorrenziale, ma è volto anche a garantire la presenza di servizi di interesse economico generale e i diritti sociali degli individui.

Pertanto, la concorrenza va governata attraverso politiche che oltre a sanzionare i comportamenti che riducono il pluralismo sul mercato, promuovano la concorrenza. E' fatta salva l'attribuzione allo Stato del compito di attuare un livello essenziale di beni e servizi pubblici, affinché si garantisca il massimo benessere alle persone e la concorrenza non si traduca nel suo contrario.

La necessità che la concorrenza sia temperata con altri valori è una concezione che sembra pienamente conciliabile con quella che può ricavarsi dall'interpretazione delle norme interne.

Si pone, dunque, l'esigenza di un'interpretazione sistematica unitaria³⁴ delle norme di principio contenute nei due sistemi.

In via preliminare, si osserva che la concorrenza ha una natura composita. Essa può essere intesa come "libertà di concorrenza", ovvero libertà di iniziativa economica riconosciuta in capo agli individui e, in tale accezione, rileva come valore e diritto fondamentale delle persone; la concorrenza effettiva fra imprese, invece, indica uno specifico modo di funzionamento del mercato, sottende una dimensione collettiva funzionale alla realizzazione del benessere sociale. La libera concorrenza da un lato integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e dall'altra è diretta alla protezione della collettività, in quanto la pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, consente di migliorare la qualità dei prodotti e di contenerne i prezzi.

Inoltre, la protezione degli interessi della collettività dei consumatori implica, nei confronti delle imprese, l'attuazione di un programma volto ad eliminare le disuguaglianze di fatto, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art.3, co.2 Cost.

Il nostro ordinamento ha una vocazione sociale, la tutela della persona umana con tutto il suo corredo di valori, si realizza attraverso azioni improntate al principio solidaristico che irradia di sé ogni branca dell'ordinamento, incluso il diritto della concorrenza. Ciò comporta che l'iniziativa economica, che assume come precondizione indispensabile la libera concorrenza, incontra un limite funzionale nell'utilità sociale.

In particolare, la concorrenza come modello che meglio consente di perseguire gli interessi tanto dei singoli – la libertà di iniziativa economica- quanto della collettività³⁵ – fonte di incremento del benessere collettivo – è conformata dall'utilità sociale. Il criterio dell'utilità sociale è sovraordinato rispetto al funzionamento concorrenziale del mercato, in quanto la libertà economica non può esplicarsi in contrasto con l'utilità sociale. Tale tendenza, con cui si attua una

³⁴ M. Libertini, *La tutela della concorrenza* cit.

³⁵ Nell'evoluzione dall'esegesi dell'art.41 Cost. alla concretizzazione positiva della tutela della concorrenza nella modifica dell'art.117 Cost., attraverso l'influenza del diritto comunitario, la concorrenza è costruita come una sorta di "meta-valore". Per tale definizione, T. Guarnier, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza* cit.

più ampia direttiva costituzionale, prescinde dalle condizioni strutturali, monopolistiche o concorrenziali, in cui si svolge l'iniziativa economica³⁶.

Lo statuto europeo della concorrenza, in cui l'obiettivo di un alto grado di competitività si intreccia con quello di uno sviluppo economico equilibrato, che riduca le ineguaglianze sociali e le differenze economiche tra gli Stati membri, si fonda su valori comunitari che evocano il principio di solidarietà, di coesione e pace sociale e di pluralismo, anticipati nella Costituzione.

La disciplina europea della concorrenza riflette, cioè, ragioni di "efficienza democratica" e ne valorizza la tutela, prima che come strumento di efficienze economiche, come garanzia di una società pluralista. Ne deriva un sistema di mercato che si caratterizza per il pluralismo strutturale, che evoca la dimensione statica della concorrenza e funzionale, che apre alla dimensione dinamica della concorrenza, in cui lo sviluppo in qualità e innovazione genera ulteriore concorrenza.

Questi valori, fondanti il sistema comunitario, sono anticipati nella Costituzione italiana, potendosi rinvenire un nesso teleologico tra l'art.2 Cost. che enuncia il principio personalistico; l'art.3, co.2 Cost. relativo al principio di uguaglianza, estendibile alla tutela della concorrenza come bene giuridico sostanziale, che legittima il ruolo tutorio dell'Autorità garante della concorrenza e l'integrazione delle politiche statali della concorrenza rispetto al tendenziale assetto concorrenziale del mercato; l'art. 41, co.2 Cost., alla cui stregua la libertà d'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e con i diritti inviolabili della persona, al cui effettivo godimento l'attività economica può essere indirizzata e coordinata; l'art. 42, co.2 Cost., che individua quale limite connaturale al diritto di proprietà, la funzione sociale, che sottende il riconoscimento della rilevanza degli interessi generali e della loro prevalenza su quelli individuali: l'affermazione della piena signoria del titolare sulla res è subordinata all'esigenza di soddisfare interessi collettivi.

Del resto, la stessa definizione di coesione sociale che emerge a livello comunitario riecheggia il principio solidaristico ex art. 2 Cost., che rientra tra i

³⁶ G. Ghidini, *Monopolio e concorrenza* cit.

valori fondanti della nostra Repubblica ed è posto come base della convivenza sociale.

In particolare, i diritti inviolabili della persona costituiscono la leva per l'emancipazione del singolo all'interno di una comune cornice di libertà e di pari opportunità; accanto alla garanzia dei diritti, all'individuo viene richiesto l'adempimento di doveri di "solidarietà politica, economica e sociale". Si desume, dunque, che la libertà di ciascuno è volta al miglioramento della società nel suo complesso, come è previsto dall'ideologia di fondo della teoria sociale di mercato recepita nei Trattati europei.

Sul piano comunitario, la coesione economico-sociale e territoriale rimarrà al centro della strategia Europa 2020³⁷ e, coerentemente con l'impostazione prevalente nei documenti UE, è intesa soprattutto come lotta all'esclusione. La si lega, infatti, alla promozione dell'occupazione ("crescita inclusiva") e lotta alla povertà.

Secondo la definizione del Consiglio d'Europa, "la coesione sociale è la capacità di una società di assicurare il benessere (*welfare*) di tutti i suoi membri, riducendo le differenze ed evitando le polarizzazioni. Una società coesa è una comunità di sostegno reciproco di individui liberi che perseguono obiettivi comuni con mezzi democratici"³⁸.

Il diritto europeo della concorrenza privilegia un'idea di efficienza competitiva al servizio della coesione economica e sociale³⁹; nel diritto interno, la Repubblica tutela la concorrenza (artt. 41 e 117 Cost.), ma richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art.2 Cost.). In entrambi i sistemi, dunque, la concorrenza fra imprese è lo strumento per realizzare il benessere della collettività, rispetto al quale il valore della coesione sociale funge da legante tra le libertà individuali.

Inoltre, nel contesto della costruzione di un sistema multilivello di tutela della concorrenza che tenti di coniugare dinamismo del mercato e coesione sociale,

³⁷ Così afferma il documento con cui nel 2010 la Commissione Europea tratteggia la strategia dell'UE per uscire dalla crisi e proseguire sul sentiero dello sviluppo, aggiornando la c.d. Strategia di Lisbona in vigore nel decennio 2000-2010.

³⁸ Comitato europeo per la coesione sociale (CDCS) - a cui il Consiglio d'Europa ha affidato l'attuazione della strategia per la coesione sociale - 2004, n.1.

³⁹ Obiettivo enunciato nell'art.174 TFUE, ex art.158 TCE.

viene in rilievo il D.L. 31 agosto 2013, n.101, art.10, conv. con modifiche nella legge 30 ottobre 2013, n.125, di istituzione dell’Agenzia per la coesione territoriale.

L’Agenzia è istituita in attuazione dell’art119 Cost., che assegna allo Stato il compito di realizzare e promuovere interventi finalizzati allo sviluppo economico, alla coesione e alla solidarietà sociale, a rimuovere gli squilibri economici e sociali, a favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona⁴⁰. Nella *governance* delle politiche di coesione l’Agenzia ha tra gli altri il compito di sostenere e promuovere, secondo criteri di efficacia ed efficienza, programmi e progetti per lo sviluppo e la coesione economica, attraverso l’utilizzo di risorse aggiuntive nazionali e comunitarie.

7. Il sistema di *enforcement* della concorrenza

Alla luce del valore normativo della concorrenza che emerge nel diritto positivo europeo ed italiano – concorrenza effettiva tra imprese, che rileva in un’accezione dinamica ed ha come corollario il ruolo complementare dell’azione pubblica – è evidente come l’ordinamento che ne valorizza la tutela non può tollerare condotte delle imprese volte ad eliminare, limitare o distorcere la concorrenza.

Ne consegue, l’adozione di strumenti pubblicistici e privatistici contro comportamenti anticoncorrenziali; condotte illecite, che si traducono in un vantaggio per l’impresa che li pone in essere ma che non potranno avere lo stesso valore sociale e politico per tutti gli operatori del mercato, consumatori e imprese concorrenti, in termini di incremento del benessere.

In particolare, la circostanza che l’economia di mercato sia protetta dall’ordinamento, già a livello costituzionale, in quanto fonte di benessere sociale impone la necessità di una politica antitrust efficace, che persegua un’economia di mercato efficiente e al contempo garantisca una serie adeguata di beni pubblici.

La tutela della concorrenza nell’ordinamento interno riflette il “carattere operativo”⁴¹ delle norme di concorrenza, che legittimano all’azione contro gli

⁴⁰ Piano Triennale 2015-2017 in www.agenziacoesione.gov.it

⁴¹ Sull’effetto diretto come strumento per garantire il “carattere operativo” delle norme di concorrenza v. CdG, 20 settembre 2001 *Courage*, C-453/99 e, più di recente CdG, 5 giugno 2014, *Kone*, C-557/12.

illeciti anticoncorrenziali la vasta platea dei “soggetti del mercato”⁴². In questo modo, infatti, si realizza quell’ “effetto utile”, che è tra i principi fondamentali dell’ordinamento comunitario e che, avendo riguardo all’obiettivo della costruzione di un mercato unico e in libera concorrenza, appare coerente con il carattere trasversale della stessa.. La molteplicità di ambiti in cui viene in rilievo la tutela della concorrenza – disciplina dei contratti pubblici, diritti di proprietà intellettuale, regole in tema di aiuti di Stato – moltiplica la creazione di posizioni soggettive per tutti i soggetti pubblici e privati compresi nell’ordinamento ed operanti sul mercato.

In un sistema in cui la concorrenza è tutelata come interesse generale, l’azione proposta a valle della condotta anticoncorrenziale, fa sì che l’interesse particolare divenga un meccanismo spontaneo di perseguimento dell’interesse generale. Nella tutela della concorrenza si sintetizza la tutela del diritto soggettivo e dell’interesse pubblico e il consumatore o l’impresa concorrente può compulsare l’esercizio del potere pubblico, denunciando all’Autorità antitrust la condotta che assume lesiva della concorrenza – modello amministrativo di tutela della concorrenza-; ovvero, agire in via diretta nei confronti dell’impresa, a seguito (azioni c.d. *follow on*) o anche in assenza (azioni c.d. *stand alone*) del previo accertamento dell’illecito concorrenziale compiuto in sede amministrativa – modello giudiziale dell’azione pubblica.

In linea con l’origine comunitaria delle norme a tutela della concorrenza, si assiste ad un decentramento nell’applicazione del diritto antitrust, sia pure con l’assunzione di cautele a garanzia dell’uniformità interpretativa.

In tale ottica il ruolo centrale assunto dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza si apprezza, oltre che nell’applicazione di regole di condotta a fattispecie concrete, quindi con la repressione delle fattispecie vietate, anche con decisioni negoziate, con misure di “clemenza” e con una particolare cura nel

⁴² A partire dalla sentenza Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207 - caso Unipol - (in *Corr. Giur.*, 2005, 3, 333, con note di I. Pagni - M. Negri nonché si v. anche M. Libertini, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, ivi, 2005, 8, 1093) la posizione della Cassazione si è consolidata nell’affermare espressamente la legittimazione attiva, ai sensi della disciplina antitrust nazionale, anche dei consumatori finali, intesi quali “soggetti del mercato” al pari delle imprese. In questo modo, la giurisprudenza interna si è allineata alla giurisprudenza comunitaria nel caso *Courage* - Corte di Giustizia CE 20 settembre 1999. L’indirizzo enunciato dalle Sezioni Unite è stato poi ribadito, tra le altre, in Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305 e in Cass. 26 maggio 2011, n. 11610

graduare le sanzioni, al fine di trattenere gli effetti positivi sul mercato nel suo complesso.

8. L'implementazione della Direttiva 2014/104/UE e l'Italia si dota di una disciplina sul *private enforcement*. Scelta imposta o spontaneo adeguamento ?

Nel tentativo di ottimizzare l'interazione tra *public* e *private enforcement*, correggendo l'esistente sbilanciamento, a favore del primo, tra i due strumenti della politica della concorrenza, è stata emanata la Direttiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, con cui si introduce una disciplina generale dell'illecito antitrust a livello europeo. Per la configurazione degli atti illeciti, la Direttiva rinvia alle figure delle intese e dell'abuso di posizione dominante previste dagli artt.101 e 102 TFUE.

Si tratta di un provvedimento di armonizzazione che mira ad uniformare all'interno degli Stati membri alcuni aspetti , sia sostanziali che processuali, riguardanti la responsabilità civile derivante da condotte anticoncorrenziali. Un'applicazione disomogenea non solo può rivelarsi un vantaggio concorrenziale per un'impresa che ha violato l'art.101 o l'art.102 TFUE, ma può favorire o disincentivare, a seconda delle norme e prassi nazionali, l'impresa che decide di stabilirsi o di fornire beni e servizi in un determinato Stato, generando un fenomeno di *forum shopping* che deve essere senz'altro evitato⁴³. Le differenze nell'esercizio della azioni di *private enforcement*, infatti, determinano incertezze e pregiudicano l'esercizio effettivo del diritto al risarcimento da illecito antitrust.

In questo sistema complessivo di *enforcement* delle regole di concorrenza, si rafforza il ruolo della giurisdizioni nazionali, così da garantire a coloro che abbiano subito un danno a seguito della violazione della normativa a tutela della concorrenza un contesto giuridico che consenta l'effettivo esercizio del diritto ad un pieno risarcimento.

⁴³ B. Nascimbene, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement*, rivista.eurojus.it, relazione tenuta al corso di formazione interdistrettuale della Scuola Superiore della Magistratura, "L'accertamento delle violazioni e dei danni da illecito antitrust", svoltosi a Milano il 14 novembre 2016. Sulla finalità indiretta ulteriore della Direttiva, di ridurre fenomeni di forum shopping, attraverso la creazione del level playing field per imprese e consumatori nel mercato interno, R. Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'Agcm* in *Dir. ind.*, 2016, 4, 304.

Nel nostro ordinamento, alla Direttiva 2014/104/UE è stata data attuazione con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3⁴⁴, la cui disciplina è volta a “rafforzare gli strumenti a disposizione dei soggetti danneggiati”⁴⁵.

In particolare, il decreto prevede meccanismi di acquisizione delle prove che affidano al giudice il potere di ordinare alle parti in causa, a terzi o all’Autorità garante della concorrenza l’esibizione di elementi utili al giudizio promosso per il risarcimento del danno da illecito antitrust; sono, poi, regolati i rapporti tra la decisione dell’Agcm e del giudice civile, ritenendo definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza già accertata in sede amministrativa; si disciplina l’efficacia nel giudizio risarcitorio del provvedimento definitivo emesso all’esito del procedimento antitrust; è prevista la responsabilità in solido per le imprese che hanno posto in essere la condotta anticoncorrenziale; si regola la prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust. La competenza per le relative controversie, anche promosse per il tramite di azioni collettive, è concentrata presso le Sezioni specializzate in materia di impresa.

L’implementazione della Direttiva sul c.d. *private enforcement* rappresenta il più recente innesto della tutela comunitaria del diritto della concorrenza negli ordinamenti degli Stati membri.

Sebbene la Direttiva segua un approccio di armonizzazione minima, pur nei limiti del rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza⁴⁶, la scelta del legislatore nazionale è stata nel senso di riprodurre pressoché fedelmente la struttura e il contenuto.

Tuttavia, la nuova disciplina sulle violazioni antitrust ed il risarcimento del danno non riflette un mero *imput* comunitario, una disciplina calata dall’alto e rispetto alla quale il legislatore e gli operatori del diritto sono tenuti ad a rivedere le categorie giuridiche tradizionali. Si tratta, piuttosto, dell’evoluzione che subisce la

⁴⁴ Il decreto, entrato in vigore il 3 febbraio 2017, riprende per intero lo schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva, approvato in Consiglio dei Ministri il 27 ottobre 2016, n.350.

⁴⁵ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 14 gennaio 2017, pubblicato in www.governo.it La ratio del decreto è, dunque conforme a quanto previsto dall’art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dall’articolo 17, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che sanciscono proprio il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

⁴⁶ Art. 4 della Direttiva 2014/104/UE

“costituzione economica”⁴⁷ per effetto della forza innovatrice impressa alla tutela della concorrenza.

La centralità che nell’ordinamento assume la concorrenza quale valore fondamentale, nel duplice significato di diritto del singolo, consumatore o impresa e fonte di benessere per la collettività, ne conforma la tutela. Sulla base delle coordinate di un tipico sistema di *civil law* come il nostro, infatti, la tutela scatta sul presupposto della lesione di un interesse protetto dall’ordinamento.

Con riguardo alla concorrenza, il sistema di tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti presenti sul mercato prevede interventi con finalità e poteri diversi, dell’Agcm e del giudice civile.

In particolare, nel sistema di tutela disegnato dalla L. n.287/1990, le disposizioni di diritto sostanziale (art.2 divieto d’intese; art.3 divieto di abuso di posizione dominante) agiscono su due piani paralleli e concorrenti: da un lato, esse attribuiscono penetranti poteri inibitori e sanzionatori all’Agcm; dall’altro, esse offrono a ciascun soggetto presente sul mercato un’azione diretta al giudice ordinario per la declaratoria di nullità delle intese o delle clausole contrattuali vietate e per il risarcimento del danno subito.

A ciò si aggiunge, che i valori portanti della politica di concorrenza dell’Unione europea, che possono sintetizzarsi nella coesione sociale, quale leva per lo sviluppo economico e il benessere della collettività, sono anticipati nella nostra Costituzione. Pertanto, l’ispirazione di fondo della politica comunitaria della concorrenza è già pienamente condivisa.

Inoltre, alcuni principi che governano la quantificazione e la valutazione del danno antitrust, enunciati nella Direttiva, sono già presenti nel nostro ordinamento, come la funzione compensativa del risarcimento dei danni⁴⁸ o il

⁴⁷ Il diritto dell’Unione europea, presupponendo un differente ordine di priorità rispetto alla “scala di valori costituzionali” ha influenzato non solo la legislazione in materia di concorrenza, ma di riflesso tutta l’area della disciplina dell’iniziativa economica privata, tanto da far parlare di “nuova costituzione economica”, si v. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997; G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.

⁴⁸ Il risarcimento punitivo è ritenuto in contrasto con l’ordine pubblico, per un’apertura sul punto, anche a seguito dell’ordinanza della Cass. 16 maggio 2016, n.9978, C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.* 2016, 219, ma si v, S.U. 5 luglio 2017, n.16601.

diritto per chiunque abbia subito un danno antitrust ad un pieno ed integrale risarcimento⁴⁹.

⁴⁹ Tra le altre, Cass. 10 giugno 2016, n.11899.

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA RISARCITORIA NELL'ENFORCEMENT DELLA CONCORRENZA

1. Il sistema sanzionatorio per violazione della normativa antitrust

Nella prospettiva giuridico-economica, al complessivo presidio antitrust è connessa una generale funzione di deterrenza. A livello europeo, risale ad una decisione della Corte di Giustizia del 1970⁵⁰ la precisazione secondo cui le ammende inflitte alle imprese responsabili per aver posto in essere condotte anticompetitive, ai sensi degli artt.101 e 102 TFUE, hanno lo scopo di reprimere comportamenti illeciti e di prevenire il loro ripetersi. Il duplice obiettivo è confermato nelle Linee Guida del 2006⁵¹, con cui la Commissione europea ha adottato nuovi “Orientamenti per il calcolo delle ammende”, con l’obiettivo di allentare i vincoli formali e fare in modo che la sanzione conservi carattere dissuasivo nel caso concreto.

In particolare, nelle Linee guida si specifica che le ammende devono reprimere l’illecito, nonché produrre un necessario effetto dissuasivo, sia sanzionando le imprese coinvolte nella tipica violazione antitrust (effetto dissuasivo specifico) sia distogliendo le altre imprese presenti sul mercato dal porre in essere comportamenti contrari alla libertà di concorrenza (effetto dissuasivo generale).

Questa finalità dell’impianto sanzionatorio traspare anche dall’art.15, co.1 della l.n.287/90 che sancisce il potere dell’Autorità di comminare sanzioni pecuniarie, fino al 10% del fatturato totale dell’impresa nell’esercizio precedente e quindi con evidente funzione punitiva, tenuto conto della gravità e della durata dell’infrazione⁵².

⁵⁰C. Giust. CE, 15.7.1970, C.41/69, *Acf Chemiefarma Nv v Commissione delle Comunità Europee*, in “Racc.”, v. A. Tizzano, *In tema di ammende inflitte dalla Commissione per violazione delle regole di concorrenza della Cee*, in “Il Foro Italiano”, 1971, IV.

⁵¹Per un’analisi delle Linee Guida emanate dalla Commissione per accrescere la trasparenza e l’obiettività delle decisioni, v. F. Castillo de la Torre, *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission’s Practice*, in “World Competition”, vol.33 n.3, 2010, p.359 ss.

⁵² Il procedimento di determinazione della sanzione presuppone l’esercizio di discrezionalità tecnica - che qualifica anche l’individuazione dei criteri sanzionatori - e intanto è compatibile con i principi che presidono l’esercizio della potestà punitiva in quanto consente la modulazione delle pene in relazione alle dimensioni delle singole imprese e quindi al loro fatturato complessivo. Questo *modus procedendi* all’insegna del principio di proporzionalità, è stato avallato anche dalla giurisprudenza comunitaria, v. Trib. I grado CE, 19 marzo 2003, causa T-213/00.

Anche l'Agcm ha adottato Linee guida in materia di sanzioni irrogabili, ai sensi dell'art.15 della l. n.287/90, al fine di fissare i principi da seguire nella quantificazione delle sanzioni per garantire trasparenza, prevedibilità e carattere obiettivo delle decisioni in caso di infrazioni gravi delle regole di concorrenza. In esse si evidenzia, dunque, il duplice obiettivo della politica sanzionatoria, "punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite e a scongiurare la reiterazione delle stesse, sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati"⁵³; la deterrenza, come in ambito europeo, è perseguita nella doppia articolazione di deterrenza specifica e generale.

In tale ottica, sono rilevanti i parametri di calcolo di tipo oggettivo, legati cioè al vantaggio economico conseguito e al danno procurato al mercato: la quota di mercato interessato, le condizioni di concorrenza e il livello di concentrazione delle imprese, la natura dei prodotti o servizi, l'impatto economico e, più in generale, gli effetti pregiudizievoli sul mercato e sui consumatori.

In ogni caso, le scelte antitrust riguardano le modalità per ritornare a condizioni di concorrenza e libero mercato, con la conseguenza che la finalità afflittivo-dissuasiva appare in alcune ipotesi ridotta in favore della prevalente *ratio* ripristinatoria. Si allude agli impegni, che realizzano il risultato ripristinatorio in modo particolarmente efficace e repentino; ai c.d. programmi di clemenza, in cui la collaborazione dell'operatore giova significativamente all'azione repressiva antitrust; alle intese, ex art.101.3 TFUE, che abbiano contribuito a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne è derivato.

La discussione sulle modalità di applicazione delle sanzioni, continua a riguardare la natura giuridica delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato.

Secondo l'indirizzo prevalso in giurisprudenza⁵⁴, la pena pecuniaria per l'illecito anticoncorrenziale ha natura di sanzione amministrativa con connotati punitivi,

⁵³ Cfr. AGCM, Provvedimento n.24893, 13 maggio 2014, *Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, co1, della legge n.287/90*, al punto 3.

⁵⁴ Tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671

commisurata alle condizioni oggettive e soggettive di ciascuno. In tale ottica, l'entità della sanzione - il 10% del fatturato - è determinata dal collegamento con i maggiori ricavi derivanti dal comportamento illecito sanzionato; la misura percentuale del fatturato conseguito dall'impresa rivela come la sanzione irrogata è commisurata alla dimensione del soggetto autore del comportamento antigiuridico e non al danno causato dall'attività anticoncorrenziale, come accadrebbe in una prospettiva risarcitoria.

A sostegno della natura risarcitoria delle sanzioni antitrust⁵⁵, invece, si osserva che la natura afflittiva contrasterebbe con il principio di determinatezza e che le stesse sono irrogate in funzione della gravità, della durata della violazione e sono determinate in misura percentuale del fatturato conseguito dall'impresa responsabile della violazione antitrust. La specificità risiede, non nella natura, che resta risarcitoria, quanto nella circostanza che si tratta di un procedimento teso a ripristinare l'equilibrio di mercato leso dal comportamento concorrenziale, piuttosto che reintegrare il danno patrimoniale subito da una persona determinata.

In particolare, la condotta anticoncorrenziale determina un danno da sovrapprezzo che, se da un lato, è di difficile accertamento, dall'altro, investe una miriade di consumatori finali con il rischio che le iniziative giudiziarie si moltiplicano e le conseguenti liquidazioni equitative gravino sull'impresa convenuta in misura non proporzionale alla sua colpa.

Nell'opinione prevalente, la sanzione amministrativa persegue gli scopi di prevenzione generale e speciale; essa ha perciò, in modo quasi esclusivo, funzione deterrente-dissuasiva e quindi la potestà sanzionatoria dell'Agcm va analizzata nel quadro generale della responsabilità.

In ogni caso, ferme restando le molteplici finalità di qualsiasi forma di responsabilità, nel determinare l'ammontare della sanzione, l'Autorità deve considerare il pregiudizio oggettivamente arrecato al funzionamento del mercato; l'attenzione si sposta, cioè, dal profilo esclusivamente soggettivo del comportamento, a quello oggettivo che riguarda gli effetti sul mercato, sulla concorrenza e sui consumatori.

⁵⁵ Nel senso della natura risarcitoria della sanzione pecuniaria da illecito antitrust, Agenzia delle entrate, risoluzione 12 giugno 2001, n. 89/E.

Ne consegue, che in tema di responsabilità d'impresa rilevano le relative "dimensioni" e quindi il fatturato realizzato; non a caso, la disciplina che fissa le ammende prevede una forbice molto ampia tra il minimo e il massimo della sanzione. Pertanto, sembra insita nella funzione antitrust la tensione sistematica tra finalità afflittivo-dissuasive ed esigenze ripristinatorie.

Inoltre, nel più recente dibattito sulle sanzioni antitrust, sono in discussione le classificazioni operate nell'ordinamento alla luce della CEDU e del suo approccio sostanziale alla natura della misura applicata. In tale ottica, infatti, la necessità di riconoscere all'Autorità un margine di apprezzamento nella qualificazione e quantificazione dell'ammenda, appare in contrasto con le esigenze poste dal principio di legalità. Da qui, una serie di contromisure atte a ridurre la discrezionalità dell'Autorità pubblica.

Prima fra tutte, la garanzia del giusto procedimento: le scelte della Commissione e delle Anc devono essere rispettose del diritto di difesa e garantire il contraddittorio. La contestazione deve indicare le possibili qualificazioni del comportamento e le sanzioni irrogabili di modo che le imprese possano difendersi anche sul *quantum*. La garanzia del diritto di difesa nei procedimenti antitrust compensa i concetti normativi elastici e indeterminati, propri della disciplina a tutela della concorrenza.

In particolare, la presenza di termini normativi vaghi e lo spazio per una valutazione discrezionale dell'Agcm, non comporta la violazione del principio di legalità ex art.7 CEDU sotto il profilo della prevedibilità delle sanzioni, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio del potere sanzionatorio siano definite con chiarezza.

Tale impostazione, seguita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, deriva dalla qualificazione in senso penalistico dei provvedimenti nella prospettiva sostanziale delle finalità della sanzione. E' considerata penale, infatti, qualsiasi sanzione e misura che determini un sacrificio particolarmente grave; la Corte compie, cioè, una valutazione delle conseguenze afflittive della misura, a prescindere dalla relativa collocazione formale.

Nonostante l'impegno delle Autorità nazionali della concorrenza e della Commissione il numero degli accertamenti promossi è troppo esiguo per

rappresentare un deterrente efficace per le imprese⁵⁶. Ne consegue l'opportunità di promuovere l'applicazione del diritto della concorrenza mediante il rafforzamento degli strumenti di tipo privatistico.

Del resto, la tutela risarcitoria contro violazioni della disciplina antitrust è in grado di svolgere un'adeguata funzione deterrente, con l'effetto di disincentivare certi comportamenti in assoluto, a prescindere cioè dal calcolo caso per caso dei loro effetti positivi o negativi.

In particolare, per il raggiungimento della funzione anche deterrente dell'iniziativa privata, al di là degli obiettivi di policy pubblica, è sufficiente che la sanzione risarcitoria sia superiore al guadagno atteso dall'agente⁵⁷. Inoltre, nel sistema di antitrust *enforcement*, quindi anche sul fronte del *private enforcement*, intanto gli strumenti di tutela garantiscono l'efficacia del diritto della concorrenza, in quanto l'ordinamento preveda meccanismi per i quali l'illecito concorrenziale sia senz'altro scoperto. Ciò implica che accanto ai poteri di vigilanza, regolatori e sanzionatori delle Autorità nazionali della concorrenza, si riconosca ai privati vittime della violazione antitrust, la possibilità di agire in risarcimento. Dunque, l'azione risarcitoria concorre con il *public enforcement* nella produzione della deterrenza.

Del resto, la funzione tipicamente compensatoria del risarcimento del danno e quella deterrente operano su due piani diversi: la compensazione attiene alla gestione delle conseguenze di un illecito compiuto, la deterrenza qualifica la gestione del rischio della commissione della condotta vietata. Pertanto, il loro rapporto non va collocato sul piano di un'alternativa radicale di valori, come accadrebbe se la responsabilità civile per illecito antitrust rispondesse a mere ragioni di giustizia retributiva, essendo – funzione compensativa e funzione deterrente - in via generale sempre possibili.

⁵⁶ <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistucs.html>: la media annuale delle possibili infrazioni indagate dalla Commissione tra il 2005 e il 2015 è stata di circa 20 casi e nello stesso periodo quella delle 28 autorità nazionali è stata di circa 140 casi.

⁵⁷ Nel senso della possibile coesistenza tra funzione compensativa e deterrente, in rapporto all'obiettivo che di volta in volta si intende raggiungere mediante la determinazione della misura della sanzione, v. F. Denozza e L. Toffoletti, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", Bologna, 2009, M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di).

Il sottosistema della responsabilità per violazione del diritto della concorrenza va apprezzato, invece, alla luce della nozione di danno risarcibile accolta, con quanto ne consegue in tema di elemento soggettivo e nesso di causalità, e della nozione d'impresa accolta ai fini del diritto antitrust; profili, che si ripercuotono sulle regole di legittimazione.

2. Il *private antitrust enforcement* americano

La privatizzazione delle tutele contro le violazioni delle norme antitrust costituisce parte integrante del diritto antitrust americano fin dall'emanazione dello *Sherman Act*⁵⁸, nella cui *Section 7* fu introdotto il diritto delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali al risarcimento dei danni, da quantificarsi in misura pari al triplo dei danni effettivamente subiti, così da incoraggiare maggiormente le azioni private. Tra l'altro, l'azione risarcitoria civile non costituisce l'unico rimedio predisposto contro le condotte anticoncorrenziali, essendo previste anche sanzioni di natura penale. Inoltre, un ruolo attivo compete anche a soggetti pubblici oltre che privati – l'*Antitrust Division* del Dipartimento della Giustizia e la *Federal Trade Commission* – ma ad essi sono attribuite soltanto alcune funzioni regolative⁵⁹.

L'intero impianto di *private enforcement* rintraccia nella *deterrence* la propria *ratio* ispiratrice⁶⁰, con la conseguente ancillarità della prospettiva della *compensation* in senso stretto e l'ibridazione del rimedio risarcitorio.

⁵⁸ La legislazione antimopolistica fu emanata nel 1890, a tutela dei piccoli imprenditori contro i grandi trusts industriali creatisi nella seconda metà del XIX sec. (da cui anche il termine "antitrust" per definire la relativa disciplina). Poche grandi imprese, infatti, per far fronte ai profondi mutamenti dell'economia americana di quel periodo, si aggregarono in gruppi e costituirono numerosi cartelli volti a coordinare le proprie strategie economiche e a tenere stabili ed elevati i prezzi.

⁵⁹ Tali *public enforcers* detengono prerogative non assimilabili, per ampiezza ed importanza, a quelle delle varie autorità nazionali della concorrenza e della Commissione in ambito europeo. In particolare, l'*Antitrust Division*, oltre al monopolio della irrogazione di sanzioni penali per violazioni dello *Sherman Act*, promuove giudizi civili di risarcimento danni, dinanzi a corte federali distrettuali, per violazione del *Clayton Act* dalla quali sia derivato un pregiudizio per il governo federale o per i consumatori; la *Federal Trade Commission*, invece, ha una competenza esclusiva in tema di concentrazioni e si occupa della repressione di atti e pratiche di concorrenza sleale, nonché dell'applicazione della normativa relativa l'etichettatura dei prodotti e del credito al consumo.

⁶⁰ A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, in cui l'Autore analizza le regole cardine del sistema antitrust americano nella prospettiva di un confronto con la legislazione antitrust comunitaria. In particolare, i pilastri su cui si regge il *private antitrust enforcement* d'oltreoceano e che ne

In particolare, l'antitrust americano si caratterizza per la previsione di alcuni peculiari istituti volti ad imprimere un effetto deterrente alle azioni private e la cui disciplina decreta il successo del *private antitrust enforcement* rispetto al sistema di *public enforcement*.

Si tratta dei *treble damages*, delle regole elaborate dalla giurisprudenza per individuare i soggetti legittimati ad agire e della *discovery* processuale.

In base alla regola dei danni tripli, la vittima della pratica anticoncorrenziale ha diritto ad un risarcimento pari al triplo dei danni subiti, oltre alle spese di giudizio. La scelta dell'ordinamento è, dunque, volta ad assicurare la funzione deterrente e punitiva del risarcimento del danno; si parla al riguardo anche di *exemplary damages*, una sorta di pena privata volta ad evitare il ripetersi delle condotte illecite.

I *treble damages* concorrono all'effettività dell'*enforcement* antitrust in quanto oltre a scoraggiare il ripetersi delle infrazioni, coprono la probabilità che una violazione delle norme antitrust non sia scoperta. Se il risarcimento fosse pari ai danni causati, infatti, per le imprese sarebbe conveniente porre in essere la pratica anticoncorrenziale, dato che non tutte le infrazioni vengono scoperte e sanzionate; muovendo da un'analisi economica del diritto, la regola dei danni tripli, invece, distoglie le imprese dal tenere condotte anticoncorrenziali almeno fino a che la probabilità di essere scoperti non sia inferiore a una su tre⁶¹. Inoltre, attraverso il moltiplicatore di danno, l'entità della singola condanna o della serie di condanne per i danni cagionati dalla medesima condotta, ben potrebbe sopravanzare l'entità del profitto sovracompetitivo ed è evidente l'effetto disincentivante della tecnica sanzionatoria in esame.

La funzione deterrente dei danni tripli è stata enfatizzata dalla Scuola di Chicago e dalle teorie di analisi economica del diritto legate all'antitrust, elevando l'efficienza economica a obiettivo primario delle norme antimonopolistiche e quindi la deterrenza a principale obiettivo del sistema rimediale, nel quale la

decretano il successo, rendendo quasi certo che l'ordinamento scopra e sanzioni un illecito anticoncorrenziale, sono un sistema di *discovery* che facilita l'accesso alla prova, la triplicazione del risarcimento per il danno cagionato, la legittimazione ad agire per il solo acquirente diretto, così da garantire il buon esito dell'azione risarcitoria, per la vicinanza del danneggiato alla condotta illecita.

⁶¹ P.E. Areeda, R.D. Blair, H.Hovenkamp, C.P. Durrance, *Antitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application*, Wolters Kluwer, 2006, p.38 ss.

compensazione rappresenta solo un prodotto derivato⁶². L'influenza è stata, cioè, nel duplice senso di imporre l'efficienza allocativa di tipo paretiano, come principio base dell'intera legislazione antitrust e di fare dell'obiettivo generale di deterrenza il fine verso cui tende l'*enforcement* della concorrenza.

Pertanto, il diritto antitrust ha finito col costituire il terreno di elezione per l'impiego del c.d. *Optimal Deterrence Model*, che si fonda sul postulato fondamentale secondo cui ogni sistema giuridico dovrebbe tendere ad un *optimum* di efficienza consistente nella minimizzazione dei "costi sociali" derivanti dalla violazione di una regola dell'ordimento e del mercato; risultato, che potrà raggiungersi se si riesce a disincentivare la tenuta stessa dei comportamenti vietati.

Il sistema risarcitorio americano si caratterizza in senso deterrente anche per l'applicazione di alcuni criteri funzionali, elaborati dalla Corte Suprema volti a limitare e circoscrivere l'ambito dei soggetti legittimati ad agire per il risarcimento. Stando al dato testuale – *Section 4* del *Claytin Act* – qualsiasi persona danneggiata da una violazione antitrust ha diritto al risarcimento.

Tuttavia, sull'attore privato che agisce per il risarcimento grava l'onere di dimostrare, oltre al nesso di causalità materiale tra il danno e l'infrazione antitrust e all'ammontare del danno subito, anche che il danno rientra tra quelli che la norma antitrust violata intende evitare e che tra la pratica anticoncorrenziale e il danno lamentato sussiste un nesso diretto ed immediato. Si allude, in particolare, ai criteri del c.d. *antitrust injury* e del c.d. *proxime rule*, volti ad individuare il migliore e più efficiente "*private attorney general*", che garantisca il buon esito dell'azione risarcitoria.

Nel diritto antitrust americano, infatti, il diffuso ricorso a peculiari istituti, come la *class action* o i *punitive damages*, fondati su un'azione comunque di natura risarcitoria, rivela la fisiologica funzione di supplenza del *public enforcement* svolta dall'iniziativa privata nella cura di interessi pubblici. Tra questi vi è senz'altro l'interesse ad un assetto concorrenziale del mercato, con conseguente funzione deterrente anche del *private antitrust enforcement*.

⁶² R.A. Posner, *Antitrust Law: an economic perspective*, Chicago, 1978

In tale ottica, il criterio dell'*antitrust injury* mira ad escludere la risarcibilità di quei danni che, pur derivando da una condotta anticoncorrenziale, non rientrano tra quelli che le norme antitrust intendono evitare. Pertanto, per selezionare i danni risarcibili, dovrà verificarsi caso per caso, se il pregiudizio lamentato rientra nello scopo della norma violata ed appartenga al tipo di infrazione che mira a prevenire.

Si è, dunque, formata una casistica, alla cui stregua sono risarcibili, in quanto *antitrust injuries*, i danni consistenti nel sovrapprezzo monopolistico e i danni subiti dai concorrenti esclusi dal mercato per effetto di una pratica escludente vietata. Le discipline antitrust, infatti, intendono proteggere sia l'interesse dei consumatori a prezzi più bassi (*consumer welfare*) sia l'interesse delle imprese concorrenti a non essere estromesse dal mercato (*total welfare*).

Il criterio della *proximate causation* seleziona ulteriormente i soggetti che hanno diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto antitrust. Applicando tale criterio, non sono legittimati ad agire coloro che non sono danneggiati in via diretta dalla pratica concorrenziale⁶³.

La regola in questione prescinde da valutazioni compensative e mira ad individuare il soggetto più vicino all'infrazione che più facilmente potrà sostenere l'onere della prova; ciò anche grazie alla semplificazione del nesso causale.

La Corte Suprema facendo ricorso a tale principio ha elaborato la c.d. *indirect purchaser rule*, in base alla quale, in caso di traslazione del danno da un intermediario a un soggetto a valle, c.d. *passing on*, è legittimato all'azione risarcitoria solo l'intermediario e non anche il danneggiato finale. Ne consegue, che in tale sistema rimediale gli autori dell'infrazione antitrust non possono eccepire agli intermediari che agiscono per il risarcimento l'avvenuta traslazione del danno sugli acquirenti finali e questi, a loro volta, non hanno legittimazione all'azione anche se hanno sopportato l'intero danno antitrust.

La regola in esame si intreccia con il fenomeno noto come *pass-on*⁶⁴, ovvero quei casi in cui gli acquirenti finali di un qualche bene o servizio rivestono la posizione

⁶³ Si privilegia, così, la posizione dei consumatori che sopportano un sovrapprezzo monopolistico e quella delle imprese concorrenti vittime di pratiche escludenti, più vicini all'illecito e quindi alla prova della pratica anticoncorrenziale.

⁶⁴ Per un primo inquadramento del tema del *passing on* nella letteratura italiana, si v. A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni*, op. cit. , p.261 ss. e più di recente,

di danneggiati dalla violazione antitrust per aver di fatto subito il sovrapprezzo monopolistico applicato alla catena di distribuzione e scambio.

Il “trasferimento del sovrapprezzo” rappresenta un fenomeno fisiologico di ogni ambiente concorrenziale: in condizioni di efficienza, il plusvalore dell’attività d’impresa è destinato a riverberarsi positivamente sui diversi anelli della catena del valore, allo stesso modo, i costi generati dai fallimenti del mercato tendono ad essere riallocati sui soggetti, a diverso titolo coinvolti nei processi di produzione e distribuzione, fino al consumatore finale.

In sede di regolazione delle azioni civili di risarcimento del danno antitrust, il *passing on* pone un duplice ordine di questioni tra loro correlate, ovvero, se l’impresa convenuta possa respingere, o almeno limitare, le pretese risarcitorie dell’acquirente diretto invocando appunto l’avvenuta traslazione a valle; e se l’acquirente indiretto, a sua volta, possa essere risarcito del pregiudizio connesso al sovrapprezzo trasferitogli da soggetti posti a livelli intermedi della catena distributiva.

La Corte Suprema americana ha nel tempo forgiato una serie di regole operative estremamente restrittive quanto alla concreta portata applicativa delle difese fondate sulla traslazione del sovrapprezzo concorrenziale⁶⁵. Le ragioni di un tale atteggiamento di chiusura derivano dalla fondamentale funzione di prevenzione che l’ordinamento statunitense ha riconosciuto al sistema del *private enforcement*, come complesso di regole volte a garantire un’effettiva deterrenza rispetto alle condotte vietate agli operatori del mercato.

Su tali premesse, la Corte Suprema⁶⁶ ha, dapprima, escluso l’ammissibilità della c.d. *passing on defence*, riconoscendo l’attualità del danno riportato dall’attore in *treble damages*, sebbene fosse riuscito a traslare il sovrapprezzo applicatogli. Anche l’intermediario, infatti, riporta un danno consistente nella compressione della possibilità di ricarico sul prezzo di rivendita, che poi costituisce la fonte ordinaria dei suoi profitti. Inoltre, l’eventuale preclusione dell’azione per

M. Carpagnano, *Le difese dell’impresa convenuta ed il passing on*, in L.F. Pace (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, p. 298 ss.

⁶⁵ Per gli spunti dal modello federale statunitense, per la regolamentazione del *passing on*, anche nella disciplina di cui al Capo IV del d.lgs. n.3/17, dedicato appunto al “trasferimento del sovrapprezzo”, F. Mezzanotte, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 1, p.215 ss.

⁶⁶ *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

l'acquirente diretto consentirebbe a chi ha violato le regole di concorrenza di trattenere i profitti illeciti, dal momento che il sovrapprezzo si ripartisce tra i singoli consumatori e ciò rende improbabile un'iniziativa giudiziaria almeno *uti singuli*.

Dopo qualche anno, la Corte⁶⁷ ha escluso anche un uso offensivo della *passing on theory*, ovvero la possibilità di configurare un *antitrust injury* in capo agli acquirenti indiretti generando una duplicazione delle pretese risarcitorie legate alla medesima condotta vietata che apre il campo ad un cumulo di condanne capaci di produrre, nei confronti degli operatori commerciali, il non auspicabile effetto di ultradeterrenza.

La medesima *ratio* di salvaguardia dell'efficienza del sistema, fonda anche le eccezioni alla *indirect purchaser rule*. I consumatori indiretti sono legittimati all'azione risarcitoria quando risulta con certezza che il contraente diretto venda comunque a valle una quantità fissa di beni per effetto di preesistenti contratti, aumentando il prezzo a causa della pratica antitrust e quando il contraente diretto si trovi sotto il controllo o la direzione dell'autore dell'infrazione anticoncorrenziale. In queste ipotesi, infatti, il contraente diretto non sarebbe incentivato ad agire per il risarcimento e risulta facile calcolare il danno traslato, che consiste nell'intero sovrapprezzo trasferito sul consumatore finale.

Un altro strumento processuale che nel sistema americano agevola le azioni risarcitorie è la *discovery*. L'istituto è disciplinato dall'art.26 delle *Federal Rules of Civil Procedure* ed impone a tutte le parti di produrre in giudizio, nella fase iniziale e sotto il controllo del giudice, i documenti attinenti alla causa, anche se contrari al proprio interesse. Tale regola consente di ridurre le asimmetrie informative che caratterizzano i giudizi risarcitori antitrust; inoltre, la *discovery* può avere un oggetto più ampio e svolgere anche una funzione di ricerca delle prove.

Si osserva come gran parte delle regole che disciplinano l'azione risarcitoria sono volte alla ricerca del sistema rimediale più efficiente, assumendo come obiettivo primario la funzione deterrente. In tale ottica, le azioni risarcitorie si concentrano nelle mani del soggetto più incentivato ad agire (*treble damages*) e si semplificano

⁶⁷ *Illinois Brick Co v. State of Illinois*, 431 US 720 (1977).

i giudizi di danni al fine di indurre i soggetti più vicini all'illecito ad agire per il risarcimento (*indirect purchaser rule e discovery*).

Sotto l'influenza della Scuola di Chigaco⁶⁸, l'*antitrust injury doctrine* mira a realizzare la deterrenza ottimale, ovvero quel livello che consente di internalizzare i costi sociali prodotti dalle pratiche anticoncorrenziali, così che le imprese scelgano la condotta di mercato più efficiente⁶⁹.

Il *public enforcement* svolge, dunque, un ruolo del tutto marginale, incoraggiando l'attore privato si garantisce un controllo diffuso che consente un controllo sociale sulle pratiche lesive della concorrenza, meno costoso per le casse dello Stato.

3. Il *private antitrust enforcement* europeo: l'evoluzione giurisprudenziale e normativa

Il sistema di applicazione delle norme antitrust europeo, almeno fino alla Direttiva UE 2014/104, è diametralmente opposto a quello americano.

In ambito europeo la tutela della concorrenza è fondata quasi esclusivamente sull'azione degli organi pubblici. Il *public enforcement* rappresenta uno strumento di più ampia politica della concorrenza volta a soddisfare esigenze contingenti; mentre, a fondamento del *private enforcement* è posta la funzione compensativa del risarcimento e l'effetto deterrente passa in secondo piano.

Nella tenuta dell'assetto democratico del mercato, l'iniziativa privata contro gli illeciti antitrust assume un ruolo complementare alla tutela pubblicistica solo all'esito di un processo graduale.

In particolare, sin dall'emanazione del Trattato CE del 1957, l'antitrust europeo si è caratterizzato per l'assenza di un sistema rimediale di natura privatistica. La preferenza accordata al *public enforcement* emerge dalla trama del Trattato che se da un lato prevede espressamente la competenza della Commissione in merito all'applicazione delle norme antitrust (art.85, ora art.105 TFUE), dall'altro non accenna alle competenze dei giudici ordinari né ai possibili rimedi civili, salva la previsione delle intese restrittive della concorrenza di cui all'art.81 co.2 (ora art.101, co.2 TFUE).

⁶⁸ R. Posner, *Antitrust law* cit., p.221

⁶⁹ P. Giudice, *Il private enforcement nel diritto dei mercati finanziari*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit. p.300 ss.

La situazione è mutata quando è stata avvertita anche in Europa l'esigenza di privatizzare e decentralizzare il sistema di applicazione delle norme antitrust, affidando maggiori compiti ai giudici nazionali e diminuendo le funzioni riservate alla Commissione europea. Il ricorso ad un sistema di rimedi civili, da affiancare al *public enforcement* esistente, veniva incentivato nel tentativo di liberare la Commissione del sovraccarico di lavoro derivante dalle sue esclusive competenze in materia di concorrenza.

Inoltre, gli obiettivi più propriamente pubblicistici della disciplina antitrust comunitaria, funzionali all'unificazione del mercato comune hanno parzialmente perso la loro centralità, mentre hanno reciprocamente assunto sempre maggiore importanza gli obiettivi di tutela dei consumatori.

L'inversione di rotta riflette la tendenza dell'ordinamento comunitario a disciplinare direttamente i rapporti inter privati e contrattuali, con regole che attribuiscono rimedi civili ai singoli consumatori al fine di tutelare l'interesse generale ed individuale alla concorrenzialità del mercato.

La natura privatistica dei diritti e delle regole enunciate dall'ordinamento comunitario, emerge già nella direttiva sui contratti dei consumatori⁷⁰, nella direttiva sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali⁷¹ e nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁷².

A sostegno del processo di privatizzazione, si è osservato⁷³ che il *private enforcement*, soprattutto se abbinato al sistema pubblicistico, presenta un duplice vantaggio. Sotto un profilo strettamente di diritto della concorrenza, esso consente di raggiungere l'obiettivo della compensazione delle vittime, del tutto trascurato dal *public enforcement* e di aumentare l'effetto deterrente permettendo di scoprire e sanzionare anche casi di minore entità che sfuggono agli apparati pubblici; sotto un più generale profilo di diritto comunitario, garantisce anche l'effetto utile delle

⁷⁰ Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

⁷¹ Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011.

⁷² Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il reg. CE 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

⁷³ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme antitrust comunitarie, par. 1.2

norme del Trattato e assicura ai privati la piena effettività dei loro diritti, garantendo in maniera diretta i benefici che derivano dall'applicazione delle norme comunitarie.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha svolto un ruolo essenziale nel rafforzamento del *private antitrust enforcement* europeo.

In particolare, prima dell'apporto della giurisprudenza, il tema del risarcimento dei danni antitrust era per lo più limitato all'ambito della disciplina della concorrenza sleale tra imprese⁷⁴. Si riteneva, infatti, che le norme antitrust riguardassero solo tali soggetti e che pertanto la legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento dei danni fosse da circoscrivere alle imprese concorrenti degli autori delle infrazioni.

Con la sentenze *van Gend & Loos*⁷⁵ e poi nel caso *Francovich*⁷⁶, la Corte di Giustizia muovendo dalla premessa che il diritto comunitario costituisce un ordinamento autonomo, che nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi, afferma che i singoli che si assumono lesi dalla violazione delle norme comunitarie imputabili ad uno Stato membro, possono far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali; ciò a garanzia dell'efficacia delle norme comunitarie e dell'effettività della tutela dei diritti da esse riconosciuti. La violazione degli artt.81 e 82 del Trattato implicava il diritto al risarcimento del danno anche per i singoli, indipendentemente dal fatto che gli autori dell'infrazione fossero privati o Stati membri; il principio del diritto al risarcimento per violazione delle norme del Trattato, seppure in un ambito estraneo al diritto antitrust, cominciava così a consolidarsi.

Quanto alle violazioni del diritto della concorrenza, nel caso *Courage*⁷⁷ la Corte di Giustizia in continuità con la giurisprudenza comunitaria circa l'effetto diretto nei rapporti inter privati delle norme del Trattato, per la prima volta ha riconosciuto

⁷⁴ Per la ricostruzione del dibattito circa la configurabilità del diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina comunitaria della concorrenza – *dalla sent. Courage al Libro Verde e dalla sent. Manfredi al Libro Bianco* – si v. M. R. Maugeri, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), Bologna, 2009, p.149

⁷⁵ C. Giust. CE, 5.2.1963, C-26/62

⁷⁶ C. Giust. CE, 19.11.1991, C-6/90

⁷⁷ C. Giust. CE, 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Foro. It.*, 2002, 2, IV, p.75, con nota di G. Rossi, *Take Courage! La corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust* e di A. Palmieri – R. Pardolesi, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni"*.

che chiunque sia danneggiato da una pratica anticoncorrenziale ha diritto al risarcimento dei danni patiti. La Corte nel motivare la sua decisione ribadisce che gli artt.81 e 82 del Trattato “*producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”, poi afferma che la piena efficacia e l’effetto utile di tali norme sarebbero messi a rischio se al singolo danneggiato non fosse riconosciuta la possibilità di agire per il risarcimento. In tale prospettiva, “*chiunque*” è legittimato ad agire per l’integrale risarcimento dei danni che derivino da un contratto o una pratica con effetti anticoncorrenziali. Il riconoscimento in via generalizzata della tutela risarcitoria, vale a rafforzare il carattere operativo delle regole di concorrenza e scoraggiare chi opera sul mercato dal disattenderle.

La sentenza *Courage* è di fondamentale importanza perché dà ingresso al *private antitrust enforcement*, ma si limita ad un’affermazione di principio che non fornisce alcuna indicazione in merito ai problemi applicativi che l’ammissibilità di un’azione risarcitoria per i danni antitrust pone.

La Corte comincia ad entrare nel dettaglio della disciplina risarcitoria nel caso *Manfredi*⁷⁸, che rappresenta il secondo fondamentale momento giurisprudenziale del percorso verso la privatizzazione del danno antitrust.

In particolare, nell’affrontare una questione di sovrapprezzo monopolistico, la Corte distingue tra condizioni “costitutive” del diritto al risarcimento, che discendono direttamente dal diritto europeo, e condizioni “esecutive”, che sono rimesse ai singoli ordinamenti interni. Si precisa che il diritto al risarcimento spetta a chiunque subisce un danno a causa di una violazione delle norme antitrust del Trattato (condizioni costitutive) e che, in assenza di un’apposita disciplina comunitaria, spetta ai singoli ordinamenti interni stabilire, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, le regole relative all’esercizio di tale diritto (condizioni esecutive), comprese le regole relative alla nozione di nesso causale, alla disciplina dei termini di prescrizione, al riparto di competenze tra giudici e agli eventuali danni punitivi.

La sentenza *Manfredi* segna un cambio netto di rotta e di approccio al tema del risarcimento dei danni antitrust. La Corte, infatti, sottintendendo una funzione

⁷⁸ C. Giust. CE, 13.7.2006, C-295/04

compensativa del risarcimento, oltre a legittimare all'azione i consumatori finali danneggiati, afferma che il risarcimento deve essere completo, ossia deve includere sia il danno emergente, che il lucro cessante, che i relativi interessi e sottolinea la necessità della presenza di un nesso causale tra danno e violazione delle norme antitrust, quasi a voler attribuire a tale nesso una funzione selettiva dei danni risarcibili.

Con la pronuncia *Manfredi*, si delinea un *private antitrust enforcement* di carattere marcatamente europeo, ben distinto da quello statunitense. La selezione dei soggetti legittimati all'azione, infatti, è rimessa ai criteri che possono trarsi dal principio compensativo, dal principio di causalità materiale e giuridica e dal principio dello scopo delle norme violate. Per tale ragione, il caso *Manfredi* rappresenta anche un momento di rottura rispetto a *Courage*, in cui la selezione dei singoli legittimati all'azione di danni è rimessa al criterio dell'efficienza del sistema rimediale e della piena efficacia delle norme del Trattato.

La Corte di Giustizia si occupa anche del tema dell'accessibilità agli atti su cui fondare la pretesa risarcitoria e con le pronunce *Pfeiderer*⁷⁹ e *Donau Chemie*⁸⁰, affronta il delicato tema del bilanciamento degli interessi in gioco e tutelati dal diritto dell'Unione. Nei casi affrontati dalla Corte, il problema si è posto quando l'impresa ha ammesso la sua partecipazione al cartello, in cambio dell'immunità dall'ammenda o di una sua riduzione. Nei procedimenti di clemenza, infatti, all'interesse dell'impresa che decide di cooperare con l'Autorità, si contrappone quello dei soggetti danneggiati dalla violazione del diritto della concorrenza, i quali chiedono di avere accesso alle informazioni che tale impresa ha volontariamente fornito per poter beneficiare del programma di clemenza. Nel valutare l'ammissibilità della *disclosure*, sarà il giudice nazionale, all'interno di un procedimento di applicazione decentrata del diritto UE, ad operare tale giudizio comparativo al fine di stabilire l'interesse prevalente.

Al punto di svolta inaugurato dalla sentenza *Courage*, sia nella tutela diretta dei diritti derivanti dal diritto europeo, sia nell'evoluzione della politica della concorrenza, è seguito un intervento della Commissione che, prendendo atto dello stato del *private enforcement*, ha dedicato alle relative azioni di danni due

⁷⁹ C. Giust. 14.6.2011, C-360/09

⁸⁰ C. Giust., 6.6.2013, C-536/11

strumenti di *soft law*, prima un Libro Verde⁸¹ e poi un Libro Bianco⁸², con cui ha formulato alcune proposte.

In realtà, il primo atto normativo che si occupa della privatizzazione del sistema rimediabile antitrust è il Regolamento CE 1/2003, che al considerando n.7 afferma che “*le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni*”.

Tuttavia, l’impianto generale del Regolamento continua ad attribuire un ruolo predominante alla Commissione Europea, cui sono affidati, tra l’altro, il potere di accertare le violazioni delle norme antitrust e quello di obbligare le imprese interessate a porre fine alle infrazioni (art.7 Reg. CE 1/2003).

E’ nel Libro Verde che la Commissione Europea per la prima volta pone l’attenzione sul risarcimento del danno quale importante strumento di rimedio anticoncorrenziale.

Il testo, pubblicato alla fine di approfonditi studi e lavori preparatori, insieme alle sentenze *Courage* e *Manfredi*, segna l’inizio della comunitarizzazione del diritto al risarcimento da violazioni antitrust.

Nel Libro Verde si afferma che le azioni risarcitorie nell’ambito della concorrenza, hanno il duplice obiettivo, da un lato, di assicurare la compensazione economica nei confronti di coloro che subiscono un pregiudizio da violazioni della normativa antitrust e, dall’altro, di disincentivare le condotte anticoncorrenziali, facilitando la scoperta di un maggior numero di illeciti.

Pertanto, le soluzioni offerte dalla Commissione delineano un modello di risarcimento che avrebbe lo scopo di compensare le vittime delle pratiche anticoncorrenziali e servirebbe a completare la funzione sanzionatoria deterrente del *public enforcement*⁸³.

⁸¹ Il Libro Verde dal titolo “*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*”, pubblicato dalla Commissione Europea il 19 dicembre 2005.

⁸² Libro bianco del 2 aprile 2008, in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

⁸³ La linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia espressa nel caso *Courage* è messa in luce dal *Working paper* annesso al Libro Verde, che tra l’altro riconduce il fondamento della complementarità tra *public* e *private enforcement* già alla sentenza *Van Gend e Loos* (C.Giust. CE, 5.2.1963, C-26/62)

Alla luce del dibattito scaturito dal contenuto del Libro Verde, la Commissione redige il Libro Bianco, nel quale accogliendo le indicazioni della sentenza *Manfredi*, fa proprio un approccio volto soprattutto alla funzione compensatoria del risarcimento⁸⁴. Il risarcimento completo e la riparazione costituiscono l'effetto primario del *private antitrust enforcement*; la funzione deterrente rappresenta una conseguenza secondaria, che per essere garantita richiede a sua volta un'incisiva applicazione dei rimedi di *public enforcement*. Modellandosi su regole funzionali alla compensazione e alla riparazione, piuttosto che su norme volte ad incentivare le azioni risarcitorie e ad aumentarne l'effetto deterrente, il sistema antitrust europeo prende definitivamente le distanze da quello americano.

Le singole soluzioni prescelte dal Libro Bianco forniscono una piena conferma dei principi guida rappresentati dal diritto ad un pieno risarcimento, dalla ricerca di un sistema risarcitorio autenticamente europeo, dall'affermazione della natura complementare dell'iniziativa privata rispetto alla tutela pubblicistica.

Ne deriva, che l'impostazione di tutto il documento si contrappone al modello americano. Si pensi alla scelta operata in punto di quantificazione dei danni, dove, per rimanere fedeli alla finalità compensativa, si è preferito prevedere in maniera vincolante la non applicazione dei danni punitivi⁸⁵, considerando che in molti paesi membri, la natura sanzionatoria dell'*overcompensation* si porrebbe in contrasto l'ordine pubblico economico. Sebbene la Corte di Giustizia⁸⁶ non ne abbia dichiarato l'incompatibilità con l'ordinamento europeo, rimettendo al legislatore nazionale la decisione circa l'introduzione dei danni punitivi, la Commissione Europea assume al riguardo una posizione netta.

Nel Libro Bianco, infatti, si afferma che l'entità dei danni risarcibili deve essere pari almeno alla misura del pregiudizio sofferto, dovendosi risarcire l'intero danno ma non oltre. Il risarcimento, cioè, deve essere completo, ossia equivalente al valore reale della perdita subita, del mancato profitto e degli interessi, senza nessuna sanzione ulteriore.

⁸⁴ V. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie e l'annesso *Commission Staff Working Paper*, da cui emerge questo ripensamento verso un modello compensatorio.

⁸⁵ Nel Libro Verde, invece, con riferimento al problema della quantificazione dei danni sono state proposte soluzioni che spaziano dai danni punitivi in misura doppia, ai danni pari all'entità del profitto, fin ai danni pari al pregiudizio del singolo.

⁸⁶ C. Giust. CE, 13.7.2006, c-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*.

Con riferimento alle regole che governano la legittimazione attiva nelle ipotesi di *passing-on*, poi, il Libro Bianco precisa che i consumatori finali hanno diritto al risarcimento, mentre tale diritto non spetta anche all'intermediario, contraente diretto, che trasferisca il danno a valle. In coerenza con l'esclusione dei danni punitivi, in questo modo si intende evitare un ingiustificato arricchimento e un'indebita compensazione multipla.

Tuttavia, la Commissione propone di attribuire al convenuto l'onere di provare che l'acquirente diretto abbia trasferito il sovrapprezzo sui successivi passaggi della catena distributiva; non è prevista, dunque, alcuna forma di incentivazione dei soggetti più vicini all'illecito e l'eccezione di trasferimento da parte del convenuto è ammissibile sia nei confronti dell'acquirente diretto che di quello indiretto.

4. La Direttiva europea sul risarcimento del danno da illecito antitrust

Con la Direttiva 2014/104/UE⁸⁷ dedicata alle azioni per il risarcimento del danno da violazioni della disciplina antitrust, si giunge al termine di un percorso giurisprudenziale e legislativo, di cui trae le conclusioni confermandone i risultati. Il provvedimento intende uniformare all'interno degli Stati membri alcuni aspetti, sia sostanziali che processuali, riguardanti la responsabilità civile derivante da intese e abuso di posizione dominante di cui agli artt.101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. La Direttiva si riferisce, dunque, ad azioni di danno fondate sulla violazione di interessi generali, valorizzando quel rapporto di complementarità che intercorre tra *public* e *private enforcement*.

In tale prospettiva il diritto al risarcimento pieno ed effettivo è da apprezzare nel rafforzamento complessivo della tutela della concorrenza; l'effettivo rispetto delle regole europee di diritto della concorrenza è assicurato anche attraverso il *private enforcement* del diritto antitrust.

A tale obiettivo è funzionale l'impiego di una direttiva, la prima nel settore del diritto antitrust e tipico strumento di *hard law* – vincolante nei fini – ma che al contempo permette un recepimento più flessibile.

⁸⁷ Il termine per la trasposizione della Direttiva è scaduto il 31 dicembre 2016. In Italia il 9 luglio 2015 è stata adottata la legge n.114 di delega al governo per il recepimento delle direttive europee e in attuazione della c.d. legge di delegazione europea, il recepimento della Direttiva è avvenuto il 19 gennaio 2017 con il d.lgs. n.3/2017.

Pertanto, nell'ambito del diritto della concorrenza, le eventuali distorsioni del mercato interno sono rimosse tramite l'armonizzazione dei differenti regimi di responsabilità, con la precisazione, che il legislatore europeo ha scelto di non affrontare tutti i problemi coinvolti dalla responsabilità per questo genere di illecito; non si occupa, infatti, dei criteri di imputazione della responsabilità⁸⁸ o della *class action*.

La Direttiva opera su due piani: da un lato, ha riguardo agli elementi costitutivi del danno risarcibile, con particolare attenzione al nesso causale – per il ripudio dei danni punitivi e la previsione di un sistema di presunzioni; dall'altro, detta una disciplina processuale volta a semplificare l'accesso alla tutela e il soddisfacimento dell'integrale risarcimento del danno – attraverso la previsione del *passing-on*, apprestando tutela anche all'acquirente indiretto e mediante la disciplina della divulgazione delle prove, fondata su un innovativo meccanismo di *discovery*.

In tema di danno risarcibile, il legislatore europeo sancisce il diritto del danneggiato ad ottenere un pieno risarcimento del danno, facendo riferimento agli elementi costitutivi tipici del danno aquiliano negli ordinamenti continentali – danno emergente, lucro cessante ed interessi- escludendo così qualunque componente punitiva dal *quantum* liquidabile alle vittime degli illeciti antitrust⁸⁹. In nessun caso il criterio guida del risarcimento completo potrà determinare una sovra compensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura.

Dimostrare e quantificare il danno da violazione delle norme antitrust è, in genere, molto costoso e richiede l'analisi di numerosi elementi fattuali. Per questo motivo, la Direttiva introduce una presunzione legale, secondo la quale le violazioni sotto forma di cartelli causano un danno. L'impresa autrice dell'infrazione può

⁸⁸ Aderendo alla concezione degli elementi costitutivi del risarcimento del danno adottata nel caso *Manfredi*, l'art.3, par.2 della Direttiva sancisce che “Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante oltre al pagamento degli interessi”.

⁸⁹ Già nella sentenza *Manfredi*, la Corte di Giustizia ha precisato che il risarcimento del danno comporta la possibilità di chiedere, non solo una compensazione per il danno reale (*damnum emergens*), ma anche per il mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi; quanto alla possibilità di liquidare i danni punitivi, la Corte non la escludeva del tutto, purché i principi di equivalenza e di effettività fossero rispettati.

confutare tale presunzione e, applicandosi il criterio di vicinanza, usare le prove a sua disposizione per dimostrare che il cartello non ha provocato alcun danno.

Si osserva⁹⁰ come la presunzione di danno, unitamente al riconoscimento di piena prova alle decisioni di accertamento assunte dalle autorità nazionali della concorrenza di cui all'art.9 della Direttiva, va nel senso di valorizzare le azioni *follow on.*, dal momento che il punto di maggior criticità dell'attore era proprio quello di fornire una prova adeguata del danno subito per il comportamento anticoncorrenziale. La ricerca di un collegamento tra la condotta di abuso e l'uscita di un concorrente dal mercato rappresenta quasi una *probatio diabolica* potendo essere stata alternativamente provocata dalla scarsa efficienza dell'imprenditore estromesso.

Il collegamento tra condotta e danno è trattato dall'art.17, il quale si apre con l'enunciazione del principio fondamentale di effettività⁹¹, per poi introdurre a corollario di tale principio, il criterio equitativo come strumento con cui il giudice può liquidare il danno alla vittima dell'illecito, nell'ipotesi in cui sia possibile giungere ad una determinazione più scientifica dello stesso; la stessa norma fissa poi la presunzione relativa che i cartelli comportano un danno.

L'insieme di queste disposizioni potrebbe far ritenere che accertato il cartello, il danno è presunto e il risarcimento può essere determinato equitativamente, con il risultato che tra l'accertamento dell'infrazione e la condanna al risarcimento potrebbe mancare in concreto ogni passaggio intermedio⁹².

Nell'ambito di un'azione giudiziale antitrust, il successo della parte attrice o di quella convenuta, può essere determinata dalla corretta rappresentazione in giudizio dell'impatto del fenomeno del *passing-on* nei mercati interessati.

Il "trasferimento" da un livello all'altro della catena del valore è direttamente imputabile alla struttura del mercato concorrenziale. Si tratta di un fenomeno di

⁹⁰ M. Todino, *Il danno risarcibile*, La direttiva *enforcement antitrust* (e la direttiva *enforcement IP*), Milano, 15 maggio 2015 (Convegno AIDA).

⁹¹ Tutela giurisdizione effettiva, quindi norme procedurali che ne garantiscano l'effettivo esercizio, come previsto all'art.19, par.1, co.2, TUE e all'art.47, co.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁹² G. Villa, *La Direttiva Europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere Giuridico*, 2015, 3, 301, il quale osserva che il modo con cui la Direttiva affronta la questione del nesso causale e del danno presunto nell'illecito antitrust si pone in contrasto con l'idea ribadita dalla nostra giurisprudenza di legittimità, per cui il danno non può essere in *re ipsa*, né la condanna al risarcimento essere pronunciata sul mero presupposto dell'illiceità della condotta.

tipo economico, riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo, per cui ciò che avviene in un determinato stadio della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo. E' proprio per il verificarsi di questo fenomeno che le illecite distorsioni della concorrenza e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni e, più in generale, le inefficienze transitano dal livello superiore al mercato finale. Ne consegue, la traslazione del danno, o di una sua parte, per la condotta anticoncorrenziale da uno stadio all'altro della catena del valore.

Nel contenzioso antitrust, il *passing-on* ha un importante rilievo sia sotto il profilo processuale, per la corretta identificazione dei soggetti legittimati attivi e passivi, che per quello sostanziale, per l'esatta individuazione e quantificazione del danno risarcibile.

La Direttiva interviene su questo tema con gli artt. da 12 a 16, valorizzando il ruolo "difensivo" e "offensivo" del *passing-on*. La regola del *passing-on defence* può essere utilizzata dalle imprese convenute in un'azione di risarcimento del danno antitrust per contrastare la tesi dell'attore ogniqualvolta questi abbia realmente traslato il danno antitrust ai propri clienti. Se il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato interamente trasferito al livello sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno; se, invece, si riesce a dimostrare che il danno è stato traslato solo in parte, il *passing-on defence* consentirà al convenuto di ridurre l'entità del danno risarcibile all'attore e ciò, essenzialmente, a causa della funzione compensativa del risarcimento del danno.

In caso di traslazione integrale o parziale del danno, si aprirà la strada della legittimazione attiva ai danneggiati del livello sottostante⁹³ e l'onere della prova opera diversamente. Se, infatti, è l'acquirente indiretto a lamentare di aver sopportato il sovrapprezzo, la traslazione è presunta se si dimostra che vi è stata una violazione delle regole di concorrenza, che l'infrazione ha determinato un

⁹³ La legittimazione attiva anche dell'acquirente indiretto è del resto una soluzione per certi versi obbligata alla luce della consolidata giurisprudenza nei casi *Courage* e *Manfred*, 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 dall'art.81 CE" (oggi art.101 TFUE).

sovraprezzo a carico dell'acquirente diretto e che l'attore abbia acquistato i beni o i servizi oggetto della violazione.

La “*passing on theory*” di matrice europea si completa con la disposizione dettata dall'art.15, volta a prevenire il prodursi di esiti divergenti tra azioni distinte promosse da parti situate a livelli differenti della catena di commercializzazione. E' rimessa, infatti, alle legislazioni e giudici nazionali la valorizzazione di elementi di connessione tra più giudizi pendenti, ovvero, l'adeguata considerazione di decisioni giudiziarie adottate all'esito di azioni risarcitorie connesse.

Per adempiere all'onere probatorio al fine di accertare il nesso di causalità tra infrazione e danno subito è necessaria una complessa analisi fattuale ed economica; pertanto, la garanzia di un effettivo accesso agli elementi di prova, tra cui in particolare quelli presenti nel fascicolo dell'Autorità, diventa di importanza fondamentale al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ai soggetti danneggiati da una violazione delle norme di concorrenza.

Nei giudizi *follow on*, in cui l'azione di danni è intentata dopo l'accertamento dell'illecito da parte di un'Autorità garante della concorrenza (Commissione Europea o Authority nazionale), diventa, quindi, cruciale la possibilità di acquisire evidenze probatorie attraverso l'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio delle Autorità di concorrenza. Ciò vale soprattutto per i cartelli segreti, rispetto ai quali le azioni di risarcimento del danno si basano necessariamente su giudizi *follow-on*, in quanto i soggetti danneggiati non dispongono di altri mezzi per dimostrare la fondatezza della loro richiesta di risarcimento; e per i procedimenti chiusi con l'accettazione degli impegni, che non prevedendo l'accertamento della condotta illecita, rendono più gravoso l'onere probatorio dell'attore⁹⁴.

La Direttiva si muove in questa prospettiva di facilitare l'onere probatorio e garantire in tutti gli Stati membri un livello minimo di accesso effettivo alle prove su cui ragionevolmente fondare la pretesa risarcitoria.

⁹⁴ A. Pera, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n.14, 2012, p.69, il quale evidenzia che sia la presentazione di impegni da parte delle imprese sia la decisione di accettazione da parte dell'Autorità presuppongono l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali, accertata nel provvedimento di avvio dell'istruttoria.

Con specifico riferimento al regime di divulgazione delle prove e di accesso al fascicolo detenuto dall'Autorità, gli elementi che maggiormente qualificano la Direttiva consistono nel riconoscimento del ruolo centrale del giudice, il solo che può ordinare la divulgazione delle prove detenute dal convenuto o da terzi, dopo aver svolto un controllo sulla fondatezza *prima facie* della domanda di risarcimento e sulla necessità e proporzionalità della richiesta di divulgazione; nella necessità di salvaguardare la segretezza di alcuni documenti, sottraendoli completamente all'accesso (*black list*) e di limitare temporaneamente l'accesso, fino alla chiusura del procedimento per altri (*grey list*); nel carattere residuale dell'ordine di *disclosure* nei confronti delle Autorità nazionali di concorrenza.

In particolare, nella valutazione di proporzionalità, il giudice dovrà considerare la necessità di garantire l'effettività del *public enforcement* delle regole di concorrenza e, quindi, che la divulgazione richiesta sia specifica con riferimento alla natura, all'oggetto e al contenuto dei documenti detenuti dall'Autorità di concorrenza. In nessun caso, invece, i giudici nazionali possono ordinare a una parte o ad un terzo di divulgare prove relative a dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e a proposte di transazione presentate ai sensi dell'art. 10 *bis* del regolamento n. 773/2004 CE (dichiarazioni ufficiali dei *leniency applicant* e proposte di *settlements*). Per l'acquisizione di altri tipi di informazione - quelle elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza, le informazioni che l'Autorità ha raccolto e comunicato alle parti nel corso del procedimento antitrust e le proposte di transazione formulate e poi ritirate - il giudice dovrà attendere la chiusura del procedimento in sede amministrativa.

La disciplina sulla divulgazione delle prove, dunque, è volta a facilitare l'accesso degli attori a documenti e/o informazioni utili al fine del buon esito dell'azione promossa, ed in possesso tanto del convenuto (art.5) quanto di un'autorità garante della concorrenza (art.6), ma con il limite dell'eventuale inerenza delle prove stesse all'attuazione di un programma di clemenza o di una proposta di transazione (art.6, co.6).

La coerenza complessiva dei due segmenti dell'*enforcement* antitrust comunitario, è assicurata anche dalla disposizione di cui all'art.9 della Direttiva, relativo

all'effetto da riconoscere nel giudizio civile alle decisioni dell'Autorità antitrust. Nell'intento di rafforzare la complementarità tra *public* e *private enforcement*, infatti, si prevede che la decisione definitiva dell'Autorità nazionale garante della concorrenza, che accerti la violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, costituisce la prova della condotta anticoncorrenziale dinanzi ai giudici dello stesso Stato membro in cui si è verificata l'infrazione.

In particolare, l'accertamento contenuto nella decisione di un'Autorità antitrust, una volta divenuto definitivo, non potrà essere rimesso in discussione in sede di giudizio ordinario per il risarcimento del danno. Ne consegue, la vincolatività per il giudice ordinario delle decisioni adottate da un'Autorità nazionale della concorrenza, il cui accertamento, seppure con diverse gradazioni di efficacia, farà stato sia nei procedimenti giurisdizionali nazionali, sia in quelli incardinati negli altri Stati dell'Unione. La decisione definitiva di un'Autorità garante nazionale di una violazione del diritto della concorrenza deve essere ritenuta "definitivamente accertata" da parte dei giudici dello stesso Stato membro; la decisione, pur definitiva, di un'Autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro ha, invece, valore di prova *prima facie*.

Una regola analoga era già espressamente prevista dall'art.16, co.1 Reg.1/2003 CE, che stabilisce che quando il giudice nazionale debba pronunciarsi su accordi, decisioni e pratiche i sensi degli artt.101 o 102 TFUE che hanno già formato oggetto di una decisione della Commissione, non può pronunciarsi in senso contrario, o comunque contrastante, alla decisione adottata dalla Commissione, ma soltanto provocare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (art.267 TFUE); nell'ipotesi di pendenza del giudizio dinanzi al giudicante comunitario, dovrà sospendere in attesa della decisione.

La norma, dunque, consente già da tempo a chi subisce la condotta anticoncorrenziale di giovare delle decisioni della Commissione nei giudizi ordinari, nei quali rivestono il valore di prova vincolante per il giudice. Tuttavia, a differenza delle decisioni della Commissione, le uniche decisioni dell'Autorità antitrust nazionale effettivamente vincolanti per il giudice ordinario sono soltanto quelle definitive e, quindi, solo quelle che non sono più soggette ad impugnazione

o, in caso vi sia stato ricorso al giudice amministrativo, quelle confermate con sentenza passata in giudicato.

L'efficacia vincolante della decisione dell'Agcm segna un'evoluzione del regime probatorio del processo civile, proiettando una luce diversa sulla relazione tra *public* e *private enforcement*, come finora intesa dalla giurisprudenza⁹⁵.

Se oggi, infatti, è alquanto pacifico che la decisione dell'Autorità *antitrust*, in virtù del "privilegio" accordatele dalla giurisprudenza⁹⁶, fa prova nel giudizio civile solo in relazione alla sussistenza dell'illecito, è legittimo interrogarsi su quali possano essere gli effetti dell'efficacia vincolante del provvedimento amministrativo anche in tema di accertamento del nesso causale e di quantificazione del danno.

In alcuni recenti provvedimenti, infatti, l'Autorità, pur potendo limitare l'accertamento della violazione al fatto che l'intesa restrittiva della concorrenza avesse avuto un oggetto anticoncorrenziale, ha ritenuto opportuno valutare anche gli effetti dannosi prodotti dall'intesa e procedere ad una quantificazione, seppure parziale, dei danni. Il problema che in questi casi si pone è che la valutazione degli effetti pro o anti concorrenziali della condotta cambia a seconda che si guardi al singolo rapporto negoziale o all'intero mercato di riferimento.

In ogni caso, la Direttiva chiarisce al considerando 34 che *"l'effetto della constatazione dovrebbe riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione"*. Al di fuori di questi elementi qualificanti la condotta, al giudice è riservata una piena autonomia di giudizio; pertanto, se l'Autorità garante

⁹⁵ F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'Agcm a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. Industriale*, 2016, 3, p. 252

⁹⁶ Di "prova privilegiata" parla per la prima volta Cass. 13 febbraio 2009, n.3640, evidenziando che l'efficacia probatoria rafforzata ammette, tuttavia, prova contraria. La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto *"corretto che il giudice faccia riferimento alle conclusioni delle indagini svolte dall'Agcm ed agli ulteriori elementi di valutazione, che dalle conclusioni assunte dall'Autorità è lecito trarre, ma tali elementi ben possono andare ad aggiungersi alle deduzioni ed alle prove offerte dalle parti nel giudizio. 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, della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso. Tuttavia, nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno di tale accertamento, che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie"*.

si spingesse a valutare in concreto gli effetti della violazione, quella parte della decisione non può acquisire il valore di un definitivo accertamento nel giudizio civile per danni.

Quanto all'oggetto della decisione, essa deve contenere la constatazione di una violazione delle norme nazionali sulla concorrenza o degli artt.101 o 102 TFUE, applicate nello stesso caso e, dunque, in parallelo; vi è una equivalenza fra violazione, accertata, delle norme UE e violazione, accertata, delle norme nazionali⁹⁷.

La Direttiva – art.9, co.2 – fa espresso richiamo anche dell'ipotesi in cui la decisione definitiva sia adottata in uno Stato membro diverso da quello in cui viene promossa l'azione di risarcimento del danno e stabilisce che il valore probatorio dell'accertamento dell'Autorità non è automatico, né inconfutabile. Agli Stati è richiesto di considerare tale violazione “*conformemente al rispettivo diritto nazionale*”, che quindi va ad integrare la norma UE; e “*almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza*”. Inoltre, il giudice adito per il risarcimento, dovrà tener conto dell'esito dell'istruttoria antitrust unitamente agli altri elementi di prova.

La diversa soluzione per le decisioni nazionali e quelle assunte in altri Stati membri, si giustifica anche per il fatto che la versione attuale dell'art. 9 nasce dal compromesso raggiunto in seno alla Presidenza del Consiglio dell'Unione. In particolare, dopo aver precisato che l'obiettivo della Proposta di Direttiva era “*evitare contraddizioni nell'applicazione delle disposizioni del Trattato e aumentare l'efficacia delle azioni per il risarcimento del danno, impedendo che fossero rimesse in discussione le infrazioni del diritto della concorrenza stabilite da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un'istanza di ricorso*”, si afferma che “*al fine di ottenere il più ampio accordo possibile, il compromesso della presidenza elimina gli effetti vincolanti a livello transazionale delle decisioni nazionali e obbliga gli Stati membri unicamente ad accettarle come mezzo di prova, in linea con le norme procedurali nazionali applicabili*”. E' evidente come si sia trattato di una soluzione che ha voluto evitare ostacoli in sede di approvazione del testo in discussione.

⁹⁷ Violazione delle seconde e “anche” delle prime, afferma il considerando 10, e nello stesso senso si esprime il considerando 34.

Tuttavia, dare per acquisito l'*an* della violazione, così come accertata in sede amministrativa, pone due risvolti problematici.

Sul versante dell'ordinamento interno, si rischia di riprodursi quel conflitto con l'art.6 CEDU e con il principio del giusto processo⁹⁸; inoltre, il sindacato del g.a. su provvedimenti connotati da un'elevata discrezionalità tecnica, si arresta alla soglia del merito e delle valutazioni tecniche non opinabili.

In particolare, stando alla lettura dell'art.6 CEDU resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Menarini*⁹⁹, la decisione amministrativa è soggetta al sindacato *a posteriori* di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione; effettività della tutela giurisdizionale, che si esplica, tra l'altro, nel potere di giudicare tutte le questioni di fatto e diritto rilevanti per la controversia e di riformare in ogni modo, sia in fatto che in diritto, la decisione stessa.

Tuttavia, nel nostro ordinamento i profili tecnici accertati dall'Agcm incontrano il limite del sindacato, intrinseco ma debole, sulla discrezionalità tecnica; tra più criteri tecnici che presentano un margine di opinabilità, il g.a. non può sostituire la propria valutazione a quella compiuta dall'Autorità. Questi stessi profili tecnici, seppure sottratti ad un completo sindacato giurisdizionale sono rese vincolanti per il giudice in sede civile.

Quindi delle due l'una, o si garantisce un'efficace protezione dei diritti della difesa nelle procedure di *public enforcement* – esigenza avvertita già prima e a prescindere dall'efficacia probatoria delle decisioni dell'Agcm- oppure il controllo giurisdizionale dovrà estendersi ad ulteriori profili della decisione antitrust.

In una prospettiva più generale, l'esaltazione del ruolo dell'Agcm quale “magistratura della concorrenza”¹⁰⁰ sembra introdurre una sorta di pregiudiziale amministrativa e di gerarchizzazione tra i rimedi. Nella maggior parte dei casi,

⁹⁸ Il riferimento è al caso *Grande Stevens c. Rep. Italiana*, Corte Edu 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10.

⁹⁹ Corte Edu 27 settembre 2009, ric. n.43509/08, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, in cui la Corte per la prima volta si è occupata di “*un'autorità indipendente*” italiana e, in particolare, dell'intensità che deve avere il controllo del giudice sulle sanzioni che questa ha il potere di infliggere.

¹⁰⁰ M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm*, 1993, p.77

infatti, il procedimento antitrust precede la promozione del rimedio risarcitorio imponendovi l'acquisizione dei propri risultati.

La dottrina¹⁰¹ è, invece, concorde nel ritenere che, stante la piena e assoluta autonomia fra i giudizi previsti dall'art. 33, co.2 legge n. 287/90 e i procedimenti antitrust, non è in alcun modo necessario che la condotta anticoncorrenziale sia stata previamente accertata e sanzionata dall'Autorità garante. Ciò potrà avvenire per la prima volta in sede civile, sia pure con le inevitabili difficoltà di allegazione probatoria da parte dei singoli nell'ambito dei giudizi *stand alone*, ai quali pure si applica il disposto dell'art.5 della Direttiva sulla divulgazione delle prove.

5. La tutela privatistica della concorrenza nell'ordinamento italiano

La giurisprudenza comunitaria¹⁰² ha chiarito che la disciplina interna deve rispettare due principi: il principio di equivalenza, secondo cui le modalità di riparazione del danno da illecito antitrust comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle previste per le medesime violazioni del diritto interno; il principio di effettività, che impone regole sostanziali e processuali tali da non rendere difficile l'esercizio dell'azione risarcitoria.

Nell'ordinamento italiano, lo strumento per adeguarsi al diritto comunitario è l'azione di risarcimento del danno ex art.2043 c.c.

In particolare, la violazione delle norme antitrust è stata tradizionalmente intesa come un atto di concorrenza sleale¹⁰³, con la conseguenza che al concorrente danneggiato sarebbe spettato il risarcimento in base all'art.2600 c.c. e quindi l'elemento soggettivo del dolo e della colpa avrebbe sempre accompagnato la violazione; la liquidazione del danno sarebbe avvenuta secondo i normali criteri previsti dal codice civile, inclusa la valutazione equitativa del giudice ex art.2056 c.c.; la condotta anticoncorrenziale rientrava tra gli atti di cui al n.3 dell'art.2598 c.c.: l'atto di concorrenza era illecito per contrarietà ai principi della correttezza professionale. La responsabilità ex art.2043 c.c. non veniva in rilievo, in quanto

¹⁰¹ M. Tavassi, *Ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'autorità garante in 20 anni di antitrust*, P. Barucci e C.R. Bedogni (a cura di), Giappichelli, 2010.

¹⁰² Il riferimento è alla sent. *Manfredi*, C. Giust. CE 13 luglio 2006, C-295/04

¹⁰³ Per l'evoluzione della tutela civilistica contro gli illeciti concorrenziali, si v. A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni*, op. cit.

norma secondaria e sanzionatoria da ricollegarsi alla violazione di un'altra norma, primaria, che faccia riferimento a diritti soggettivi.

Il limite di questa impostazione è che gli unici soggetti direttamente tutelati dalle norme antitrust sono le imprese concorrenti, le stesse già protette dalla disciplina sulla concorrenza sleale.

La cerchia dei soggetti tutelati si amplia di pari passo con l'area del danno risarcibile. Stando all'interpretazione prevalente, il "danno ingiusto" di cui all'art.2043 c.c. consiste nella lesione di qualunque interesse giuridicamente protetto, derivante da una condotta non scriminata da alcuna norma dell'ordinamento (danno *contra ius e non iure*); sarà compito della giurisprudenza individuare di volta in volta, gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento e alla stregua di un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, in astratto ugualmente meritevoli di protezione. In un sistema a "libertà generale" qual è il nostro, infatti, la posizione soggettiva non ha più valore dirimente perché può comprendere qualsiasi interesse, purché non di mero fatto e meritevole di tutela in via giurisdizionale, e salvo verificare, secondo una valutazione comparativa con interessi contrapposti, se lo stesso debba cedere di fronte alla tutela di interessi confliggenti di maggior peso¹⁰⁴.

In questa prospettiva, il danno risarcibile consiste nella lesione di un qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile, con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*. L'illecito aquiliano è improntato ad un principio di tipicità progressiva nel senso che, seppur dipendente dal ricorrere di una norma primaria di tutela per la situazione soggettiva di volta in volta lesa, si caratterizza per un'elasticità tale da consentirgli un'evoluzione parallela a quella dell'ordinamento e all'ampliamento delle situazioni soggettive che in esso si configurino.

La teoria della clausola generale implica che il risarcimento del danno rappresenti la tutela minima di situazioni soggettive giuridicamente protette, con conseguente ruolo "creativo" della giurisprudenza nei limiti dei principi generali dell'ordinamento.

¹⁰⁴ M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in "Danno e resp.", 2005, p.237 ss.

Il risarcimento realizza la traslazione del danno dalla vittima al danneggiante, ma la mera diminuzione patrimoniale non giustifica l'attivazione della tutela, dovendosi dimostrare la sussistenza almeno della colpa quale requisito soggettivo minimo di imputazione. L'art.2043 c.c. prevede una clausola generale, il "danno ingiusto", che è per definizione atipico, dovendosi riconoscere protezione, oltre ai classici diritti soggettivi anche a situazioni soggettive di diversa natura; il principio di tipicità si riscontra, invece, con riguardo alla struttura dell'illecito.

Ciò premesso circa l'evoluzione della teoria generale dell'illecito, si è posta la questione se, ed in quale misura, le norme antitrust siano idonee a creare posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento a favore dei privati e quindi se violate determinano un "danno ingiusto" ai sensi dell'art.2043 c.c.

La soluzione, in senso favorevole all'applicazione dell'azione risarcitoria ex art.2043 c.c., muove dall'assunto che il Trattato CE abbia inteso creare posizioni soggettive meritevoli di tutela diretta in materia di concorrenza¹⁰⁵ e in caso di violazioni del diritto comunitario dovrà assicurarsi lo stesso trattamento previsto per la corrispondente normativa nazionale.

Il riconoscimento del diritto di "*chiunque*" ad agire in giudizio per il danno causatogli da un contratto o da una pratica volta a restringere o falsare la concorrenza, è funzionale a garantire l'efficacia del diritto antitrust. Se la legittimazione all'azione risarcitoria fosse limitata alle imprese concorrenti, come se la disciplina della concorrenza le riguardasse in via esclusiva, rappresenterebbe un'arma spuntata rispetto al danno concorrenziale reale subito dagli altri soggetti del mercato. Tra questi, vi rientra il consumatore finale, al quale pure si rivolge la legge antitrust¹⁰⁶ per il valore pro concorrenziale della libertà contrattuale e quindi

¹⁰⁵ Che il Trattato CE assicuri di per sé tutela diretta ad alcuni principi fondamentali è pacifico fin dal caso *Van Gend e Loos*, C. Giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, in cui la Corte di Giustizia afferma che "*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani, un ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*". Ne consegue, che anche in materia di concorrenza, l'ordinamento comunitario attribuisce diritti soggettivi ai singoli, direttamente tutelabili non solo in ambito pubblicistico, ma anche nei rapporti inter-privati.

¹⁰⁶ Con riferimento alle azioni individuali di danni per violazione delle norme in tema di concorrenza la Corte di Cassazione ha espresso soluzioni contrastanti. Il riferimento è a Corte di Cass. Sez. I, 9.12.2002 n. 17475, che esclude la configurabilità di un'autonoma situazione giuridica soggettiva in capo al consumatore, dal momento che la l. n.287/1990 privilegia la prospettiva dell'impresa e della sua tutela sul mercato; e all'ord. Cass., Sez. III, 17 ottobre 2003 n.15538, la quale, andando di contrario avviso, individua nei consumatori i destinatari finali delle

della libertà di autodeterminazione nella scelta tra la pluralità di beni e servizi offerti sul mercato da imprese concorrenti.

Inoltre, seguendo un approccio economico nell'applicazione delle regole antitrust¹⁰⁷, che verifichi l'impatto attuale o potenziale di restrizione della concorrenza, si tiene conto, come primo indicatore, dell'effetto dell'atto o della condotta sul prezzo del prodotto o sulla quantità venduta, legando il processo concorrenziale al concetto economico di *surplus* del consumatore.

La tutela del *consumer welfare*, infatti, consente di preservare l'effettivo funzionamento dei mercati reali, focalizzando l'attenzione sui risultati che la concorrenza produce sul prezzo di mercato e sulla qualità, varietà e innovazione che connotano l'offerta delle imprese¹⁰⁸.

In particolare, i danni antitrust sono danni ingiusti e perciò meritevoli di risarcimento, sia quando colpiscono i concorrenti dell'impresa che pone in essere pratiche concorrenziali di tipo escludente, venendo lesa la loro libertà di iniziativa economica; sia quando colpiscono i consumatori e coloro che compongono, nel mercato di riferimento, la domanda del bene o servizio, violandosi l'interesse ad un mercato concorrenziale e la libertà di agire in un mercato di tale natura.

norme antitrust valorizzando la funzione di deterrenza della disciplina della concorrenza e il principio dell'effetto utile. La soluzione del contrasto è demandata alla Sezioni Unite (S.U., 20.1.2005 n. 2207) che riconoscono la legittimazione ad agire del consumatore finale sul presupposto della sussistenza del nesso causale tra il cartello sui prezzi stipulato fra le imprese assicuratrici nel settore r.c. auto e l'aumento del premio di polizza corrisposto dall'assicurato. Questo principio sembra ormai consolidato (tra le altre, Cass. 2 febbraio 2007, n.2305) ritenendosi che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*. Per un'analisi del conflitto sorto tra la prima e la terza sezione, si v. G. Guizzi, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust.*, Milano, 2010, in cui l'Autore osserva come le soluzioni siano contrastanti solo in apparenza. In particolare, la tesi “negazionista” della Cassazione non intende disconoscere la tutela di interessi individuali di quanti, acquirenti di beni o fruitori di servizi, si rivolgono al mercato, piuttosto, almeno nel contesto normativo in cui quella decisione si colloca, la rafforza. Se, infatti, l'interesse leso del consumatore fosse riconducibile al paradigma di una situazione soggettiva giuridicamente protetta avente ad oggetto il rispetto della concorrenza, la relativa azione non ricadrebbe nella competenza per valore del giudice di pace, e sarebbe riconducibile alla competenza funzionale, in unico grado della Corte d'Appello (ex art.33 l. n.287/90), con maggiori oneri di accesso ed il rischio di un effetto deterrente alla proposizione della domanda risarcitoria.

¹⁰⁷ *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica* G. Bruzzone e M. Boccaccio, relazione al Convegno *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, organizzato dall'Agcm – Roma 29 gennaio 2010.

¹⁰⁸ F. Ghezzi, M. Maggiolino, *L'abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011, A. Catricalà, E. Gabrielli (a cura di).

Le pratiche antitrust, salvo quelle avente esclusivamente oggetto, ma non effetto, anticoncorrenziale, producono in concreto danni ai concorrenti e ai consumatori. Una pratica di sfruttamento consistente nell'aumento dei prezzi, al pari di una pratica di ripartizione del mercato, comporta inevitabilmente che i consumatori si trovino costretti a scegliere se pagare un prezzo più elevato di quello concorrenziale per acquistare il bene e/o servizio o rinunciare all'acquisto del bene e/o servizio divenuto troppo costoso.

Pertanto, un danno risarcibile esiste e, per chi acquista ad un prezzo più che concorrenziale, il danno configura un trasferimento di ricchezza dai consumatori all'impresa responsabile dell'infrazione; per chi rinuncia all'acquisto, invece, si tratta di danni coincidenti anche con la perdita di benessere collettivo. Gli illeciti *antitrust* che risultano in un aumento del prezzo di un determinato bene o servizio, poi, non colpiscono solo il primo acquirente, ma anche tutti quei soggetti che si trovino in una posizione di mercato a valle. Atteso che proprio in questo *overcharge* risiede il danno che i soggetti danneggiati dall'illecito lamenteranno, il tema sarà di quantificare la misura in cui gli effetti dannosi della condotta siano stati "scaricati" in basso.

Ciò che risulta difficile è la rappresentazione di tali danni, trattandosi di danni aventi una conformazione particolare ed essenzialmente di natura intangibile, che solo in parte o solo per alcuni danneggiati corrispondono al sovrapprezzo pagato ovvero alle deteriori condizioni economiche sostenute. Inoltre, neppure è immediato quantificare i danni antitrust, che, seppure esistenti e di relativa facile individuazione a livello aggregato, diventano assai più difficili da quantificare a livello del singolo danneggiato.

La valutazione e quantificazione del danno concorrenziale non può che essere un procedimento controfattuale: si dovranno confrontare la situazione esistente sul mercato in seguito al compimento dell'illecito con quella situazione ipotetica che si sarebbe avuta se l'illecito non fosse stato compiuto.

È evidente come questo procedimento sia inevitabilmente soggetto ai margini di errore che sono legati ad un qualunque processo ipotetico. A ciò si aggiunge, che per individuare e qualificare la condotta anticoncorrenziale dovranno prendersi in

considerazione grandi quantità di dati - il cui stesso ottenimento è spesso difficile e costoso - ed elaborarli mediante modelli economici complessi.

Questa complessità non può pregiudicare l'effettività dell'azione risarcitoria e in questo senso vanno apprezzate le misure complementari affiancate alla Direttiva, quali la Comunicazione e la Guida Pratica sulle azioni per danni.

Si osserva come questi documenti, nel dichiarato fine di aiutare i tribunali degli Stati membri e le parti private nel quantificare il danno antitrust, costituiscano anche un tentativo di armonizzare l'applicazione concreta della Direttiva nei vari Stati membri, e in qualche misura a conservare in capo alla Commissione il controllo sulle scelte di politica della concorrenza a livello UE.

Pertanto, agevolare l'esercizio del diritto al risarcimento con regole ad hoc significa evitare che le difficoltà di rappresentazione e quantificazione dei danni antitrust incidano sull'effettività del diritto, accettando il rischio che la concreta quantificazione del risarcimento non sia perfettamente equivalente al danno patrimoniale dimostrabile in giudizio. Il risarcimento potrebbe essere anche superiore, magari tenendo conto del profitto ottenuto dall'autore dell'illecito tramite la pratica anticoncorrenziale e ricompensando il danneggiato dell'utilità dell'acquisto di un bene ad un prezzo concorrenziale.

L'ampia legittimazione all'azione di danno da illecito concorrenziale non può prescindere dal principio di causalità che governa la materia secondo il diritto interno. I danni risarcibili, infatti, sono i soli danni economici che costituiscono conseguenza immediata e diretta del programma concorrenziale illecito posto in essere dalle imprese responsabili per aver violato la norma antitrust. Si pone, dunque, il problema dell'eventuale traslazione del danno, dal soggetto che abbia contrattato direttamente con un'impresa autrice dell'illecito ad altri soggetti collocati su altri livelli della catena produttiva e distributiva. Negli illeciti di sfruttamento, che danno luogo a prezzi o condizioni di scambio ingiustificatamente gravosi, può darsi che la vittima dell'illecito riesca a trasferire il pregiudizio economico su altri soggetti, fornitori o clienti. Ci si domanda allora se in questi casi il soggetto legittimato ad agire per il risarcimento sia soltanto il diretto contraente, o solo il soggetto che alla fine ha subito il danno economico o se vi sia una legittimazione plurima.

La legittimazione del soggetto finale danneggiato deve ammettersi in quanto il nesso di causalità immediata e diretta risponde a criteri di regolarità causale, come emerge dal fatto che l'aumento dei prezzi alla produzione si traduce in aumento dei prezzi per il consumatore finale (fatta salva l'esigenza di prova in concreto). Il contratto "a valle" con cui si trasferiscono le condizioni inique è attuazione dell'intesa vietata "a monte", il maggior prezzo pagato dal consumatore finale riflette le condizioni economiche programmate dal cartello, con conseguente continuità del nesso causale.

In tale prospettiva, la legittimazione dell'intermediario, acquirente diretto, deve escludersi quando egli abbia trasferito il pregiudizio su altri soggetti. Il problema è quello dell'onere della prova della traslazione: spetterà al convenuto provare la traslazione, anche attraverso presunzioni semplici; in questo caso l'attore potrà a sua volta provare che, malgrado la traslazione su altri delle condizioni inique, la sua attività d'impresa ha subito un pregiudizio¹⁰⁹.

Il profilo del nesso causale, poi, viene in rilievo rispetto alla sorte, sul piano dell'invalidità, dei contratti stipulati in conformità a un'intesa vietata o attraverso i quali si realizza l'abuso di posizione dominante, seppure dovrà convenirsi con quella parte della dottrina¹¹⁰ che esclude ripercussioni a valle delle intese. La nullità "ad ogni effetto" di cui all'art. 2 co.3, l. n.287/90 è una nullità assoluta, in

¹⁰⁹ L. Nivarra, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1994, II, p.1455, A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Urbettazzi (a cura di), deduce una legittimazione plurima, anche del contraente diretto non potendosi escludere del tutto il pregiudizio a lui derivante dalla pratica anticoncorrenziale. Tuttavia, si osserva (M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 15/2007, p.391) che se ciò vale senz'altro se riferito alla legittimazione in senso formale, la legittimazione tout court dell'intermediario potrebbe non essere condivisibile con riguardo ai presupposti sostanziali per l'accoglimento della pretesa risarcitoria, che impongono una più articolata distribuzione dell'onere della prova.

¹¹⁰ Per l'opinione riportata nel testo, si v. M. R. Maugeri, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri – A. Zoppini, Bari 2008. Per un'accurata analisi critica delle diverse soluzioni prospettate in dottrina, circa le conseguenze, sotto il profilo civilistico, della violazione delle norme antitrust sugli atti negoziali posti in essere dall'impresa, dalla tesi della nullità per contrarietà a norma imperativa alla tesi che riconosce a quanti hanno contrattato con le imprese solo una tutela di tipo risarcitorio, si v. G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1999, I, 67 ss. In particolare, l'Autore prospetta come "ipotesi di lavoro" quella che più delle altre garantisca una tutela anche privatistica al mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, anticipando per certi versi quel processo, giurisprudenziale e normativo, di matrice europea, volto a rafforzare il *private enforcement*. Si allude alla *facoltà di adire il giudice affinché i termini economici dell'operazione di scambio come fissati nel contratto – che pure si presenta e tendenzialmente resta valido ed efficace – siano da quest'ultimo rettificati mediante un allineamento a quelli offerti dal mercato nel suo assetto concorrenziale*.

quanto posta a presidio dell'interesse generale alla concorrenza, ma non sempre inficia il contratto a valle, che potrebbe avere una tipica e autonoma funzione economica ed essere privo di profili anticoncorrenziali. Analogamente, nelle ipotesi di abuso di sfruttamento o di impedimento, di cui all'art.3 l. n.287/90, le clausole in cui si concretizza la condotta illecita dovranno valutarsi alla stregua di una valutazione oggettiva e relativa, che tenga conto delle misure praticate altrove e della vicinanza dei due mercati, se l'abuso è di sfruttamento, ovvero, dell'idoneità della clausola abusiva a realizzare da sola l'abuso, se la clausola sospetta è funzionale ad una strategia escludente.

Con riguardo all'elemento soggettivo, in mancanza di una norma espressa di deroga, deve ritenersi che il danno da illecito antitrust sia risarcibile solo se la relativa azione sia stata posta in essere con dolo o colpa. Per qualificare almeno come colposa la condotta dell'impresa dominante deve potersi ritenere che essa contrasti con gli standard di diligenza e correttezza desumibili da regole di comportamento imposte alle imprese; tra queste, vanno certamente comprese le regole antitrust.

La prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare gravosa in quanto ai sensi della normativa antitrust l'accertamento di un illecito concorrenziale non è subordinato alla verifica della consapevolezza che l'impresa abbia dell'antigiuridicità della sua condotta. La colpa, cioè, non è tenuta in considerazione al momento dell'accertamento della condotta illecita, di conseguenza il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrà essere utilizzato come prova privilegiata in tal senso.

Una parte della dottrina ritiene allora applicabile per analogia la presunzione di colpa di cui all'art.2600 c.c. prevista per l'azione di risarcimento del danno in materia di concorrenza sleale. La norma riflette presunzioni giudiziali ormai sedimentate, con riferimento a fattispecie di concorrenza sleale in cui la colpevolezza sembra evidente, come nel caso dell'imitazione servile; allo stesso modo, per le ipotesi più tipiche di illecito antitrust, si pensi in particolare ai cartelli tra imprese, la prova della colpevolezza potrà ritenersi in *re ipsa*. Al di fuori dei casi in cui l'effetto anticoncorrenziale qualifica la strategia d'impresa,

dovrà approfondirsi l'accertamento delle modalità della condotta e si richiedono delle prove più specifiche.

La valutazione giudiziale dell'antigiuridicità del comportamento e della prova dei fatti che sono alla base della pretesa risarcitoria, invece, si presenta in termini diversi a seconda che si tratti di azioni c.d. *follow-on*, cioè susseguenti a provvedimenti di condanna dell'Autorità antitrust o di azioni c.d. *stand alone*, che prescindono da una previa indagine in sede amministrativa.

In particolare, il processo in materia antitrust è caratterizzato dall'asimmetria informativa delle parti su fatti e prove, che si riscontra non soltanto nelle azioni *stand alone*, ma anche in quelle *follow on*. Questo perché, oltre alla diversa "vicinanza" all'illecito, che caratterizza la posizione dell'impresa responsabile dell'infrazione e del soggetto destinatario del bene o del servizio, è difficile immaginare che il giudice possa procedere alla raccolta e alla valutazione del materiale probatorio, di regola tanto ampio quanto fattualmente e tecnicamente complesso, che la proposizione di un giudizio concorrenziale per risarcimento del danno di regola comporta.

Nel nostro ordinamento, a tale scenario si è tentato di porre rimedio con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione circa il valore di "prova privilegiata" delle decisioni dell'Agcm. L'ingresso nel processo civile delle risultanze probatorie acquisite dall'Autorità antitrust nel procedimento amministrativo ha la finalità di agevolare l'onere probatorio dell'attore che pertanto può giovare della medesima ricostruzione dei fatti operata dall'Agcm.

I contorni dell'efficacia probatoria delle decisioni dell'Autorità sono stati delineati soprattutto grazie al corposo filone giurisprudenziale sul c.d. cartello RC Auto, sviluppatosi a seguito del provvedimento con cui l'Agcm nel 2000 ha sanzionato alcune compagnie assicurative in ragione di un'intesa anticoncorrenziale sull'entità dei premi delle proprie polizze.

In un primo momento, la Corte di Cassazione aveva attribuito al provvedimento sanzionatorio dell'Agcm un'efficacia probatoria relativamente alla "condotta preparatoria" dell'illecito, consentendo dunque all'attore di allegare il testo della decisione al fine di dimostrare la sussistenza e l'antigiuridicità dei comportamenti posti in essere dall'impresa convenuta. Al contrario, per quanto concerneva gli

effetti di tale condotta ed il relativo nesso causale con il danno subito, la Corte rilevava che il provvedimento in questione aveva posto “in termini di mera potenzialità l’aumento dei prezzi praticati al consumatore finale”; di conseguenza il giudice civile non poteva omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall’assicuratore per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti. La Corte di merito avrebbe dovuto adeguatamente considerare tutti gli elementi di prova prodotti dal convenuto, piuttosto che adagiarsi acriticamente sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, come se il danno potesse ritenersi in *re ipsa*.

Tale orientamento subiva una brusca inversione di rotta nel 2011, quando la Corte di Cassazione, pur affermando di volere esplicitare ciò che era rimasto in parte implicito nella precedente giurisprudenza, in realtà ne alterava sostanzialmente l’impianto.

In primo luogo, al provvedimento dell’Agcm veniva attribuito valore probatorio non soltanto limitatamente alla constatazione di una condotta illecita, ma anche rispetto ad ogni altro accertamento in esso contenuto, incluse le valutazioni sul danno economico.

Inoltre, la Corte riduceva drasticamente i margini di manovra a disposizione dell’impresa convenuta al fine di smentire tale accertamento, affermando che la prova contraria non può avere ad oggetto “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, ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell’impresa interessata e che siano tali da dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita, ma da altri fattori”.

La nozione di prova privilegiata rappresenta, dunque, un concetto ambiguo. Il provvedimento dell’Agcm non produce formalmente alcun effetto vincolante nei confronti del giudice civile, il cui autonomo convincimento può formarsi anche in considerazione della prova contraria addotta dal convenuto; le ricostruzioni e le valutazioni operate dall’Agcm sulla sussistenza dell’illecito antitrust non vengono fatte proprie dal giudicante alla stregua di dati intangibili e immodificabili, dovendosi comunque garantire al convenuto il diritto di difendersi efficacemente

su questi punti. Tuttavia, l'oggetto di tale prova risulta essere a tal punto limitato che l'insieme delle considerazioni formulate dall'Agcm, a prescindere dalla loro effettiva rilevanza ai fini dell'accertamento dell'infrazione, sono dotate di una forza probatoria tale che difficilmente il convenuto riuscirà a resistervi.

CAPITOLO TERZO
LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO
DELLA CONCORRENZA, FUNZIONE COMPENSATIVA O
SANZIONATORIA ?

1. Il d.lgs. n.3/2017 e le nuove regole sulle azioni risarcitorie per violazione del diritto della concorrenza.

Il d.lgs. n.3/2017, attuando la direttiva 2014/104/UE, introduce per la prima volta nel nostro ordinamento le norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno derivante dal diritto della concorrenza italiano ed europeo. Su *imput* del legislatore sovranazionale, si delinea un modello di *private enforcement* della concorrenza il cui fine, diretto ed esplicito, è risolvere i problemi che da sempre si pongono alla sua concreta ed efficace attuazione; quello implicito, è coordinare le indicazioni della Direttiva con i principi e le norme preesistenti nell'ordinamento interno.

Sotto il primo profilo, si dovrà indagare quale sia stata la risposta del legislatore interno alle forti asimmetrie che caratterizzano le condotte anticoncorrenziali, alla riservatezza richiesta dalle informazioni raccolte mediante i programmi di clemenza, al fenomeno del *passing-on*; in una prospettiva più generale, invece, si dovrà verificare se le nuove norme sul risarcimento del danno antitrust costituiscano l'ennesimo sottosistema di responsabilità civile di matrice europea o se attribuiscono un'inedita funzione sanzionatoria al risarcimento, com'è proprio del modello americano di *private antitrust enforcement*.

In particolare, per facilitare la proposizione di domande di risarcimento, il d.lgs. prevede sia la precisazione e il rafforzamento dei poteri del giudice in materia di esibizione delle prove, sia alcune innovative presunzioni probatorie.

Una parte di queste novità è destinata ad operare sia nelle azioni c.d. *stand alone*, sia in quelle c.d. *follow on*, come la disciplina degli ordini di esibizione (artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. n.3/2017) che prescinde dalla sussistenza di un precedente provvedimento dell'Agcm; ben potendo l'esibizione avere ad oggetto anche documenti in possesso dell'Autorità e relativi a procedimenti ancora in corso. Altre regole, invece, presuppongono l'accertamento dell'infrazione in sede

amministrativa e quindi trovano applicazione solo riguardo alle azioni *follow on*; è il caso della disciplina del valore vincolante da attribuire al provvedimento dell'Agcm nel giudizio civile per il risarcimento del danno (art. 7 del d.lgs. n.3 del 2017).

Quanto ai poteri del giudice, il d.lgs. prevede che nelle azioni per il risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza, il giudice può ordinare, su istanza di parte, alle controparti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità. Al fine di coordinare il modello della *discovery* delineato dalla direttiva con la disciplina processuale interna, l'istanza dovrà essere motivata ed indicare i fatti e le prove che ragionevolmente si trovino nella disponibilità della parte e che siano "*sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda o della difesa*". Il giudice indicherà specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o potrà estendere l'ordine di esibizione alle rilevanti categorie di prova oggetto della richiesta. La categoria di prova deve essere individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione¹¹¹.

Al fine di bilanciare l'interesse alla *disclosure* con la tutela dei segreti commerciali, e quindi risolvere a monte quei conflitti che potrebbero derivare da istanze di esibizione proposte a fini meramente esplorativi, il potere discrezionale del giudice si fonda su una nozione elastica di proporzionalità. L'esibizione, di documenti specifici o di categorie di prove, infatti, sarà ordinata nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione, tenendo conto, in particolare, della portata e dei costi dell'esibizione e della circostanza che le prove di cui è richiesta la *disclosure* contengono informazioni riservate.

La disciplina sull'esibizione delle prove si completa con la previsione di sanzioni pecuniarie a carico di soggetti che si rifiutano senza giustificato motivo di eseguire l'ordine del giudice (art. 6 del d.lgs n.3 del 2017). Le sanzioni pecuniarie

¹¹¹ G. Villa, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corriere Giur.*, 2017, 4, 441, il quale osserva come la direttiva delegava al legislatore interno il compito di definire i confini delle categorie di prove "*nel modo più preciso e circoscritto possibile*"; ma il legislatore italiano ha nella sostanza disatteso questo compito fornendo una definizione di "categoria di prova" che coincide con la descrizione intuitiva di cosa in linea generale rappresenti una categoria, tralasciando il suo rilievo in ambito processuale e con particolare riguardo alla prova dell'illecito antitrust.

si applicano anche ai rappresentanti legali della parte o del terzo autore della violazione – primo caso di ammenda nell’ambito del diritto della concorrenza, nei confronti, non di un’impresa, bensì di una persona fisica; in caso di inottemperanza della parte all’ordine di esibizione o in caso di distruzione di prove rilevanti, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Le novità relative ai profili istruttori nel contenzioso antitrust proseguono con le presunzioni probatorie.

Anzitutto, quella contemplata dall’art.7 del d.lgs. in esame secondo cui, ai fini dell’azione per il risarcimento del danno, si ritiene definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’Autorità garante nazionale non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato¹¹². La decisione definitiva dell’Agcm, cioè, fa ritenere come accertata la violazione del diritto della concorrenza anche ai fini delle azioni di danno, rappresentando un vincolo assoluto che va ben oltre la forza di “prova privilegiata” su cui sembrava essersi assestata la nostra giurisprudenza¹¹³.

Questa soluzione genera perplessità sotto il profilo dei rapporti tra Autorità garante, g.a. e g.o., introducendo di fatto la pregiudizialità del giudizio amministrativo in cui è impugnato il provvedimento antitrust rispetto al giudizio civile – con la conseguente sospensione dell’azione di danni, in caso di contestuale pendenza di entrambi¹¹⁴. In quest’ottica, si apprezza la precisazione che la presunzione riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno.

Proprio con riguardo all’esistenza del danno è prevista una seconda presunzione, *iuris tantum* e applicabile ai casi di cartello.

¹¹² Un valore probatorio, sebbene più limitato perché valutabile insieme ad altre prove, è riconosciuto dall’art.7 anche ai provvedimenti derivanti da altri Stati membri, nei confronti dell’autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale.

¹¹³ Nel senso dell’efficacia probatoria rafforzata del provvedimento dell’Agcm, v. Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. 20 giugno 2011, n.13486; Cass., 3 aprile 2013 n.8091; Cass. 22 maggio 2013, n. 12551.

¹¹⁴ G. Scoccini, “*Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione – La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust*” in *Giur. It.*, 2015, 12, 2603

In particolare, l'art.14 del d.lgs. dispone che l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto della concorrenza consistente in un cartello si presume, salvo prova contraria dell'autore della violazione.

Ne discende un sistema di *private enforcement* che nei casi di cartello e azioni *follow on* risulta particolarmente semplificato: l'effetto anticoncorrenziale della condotta è già stato accertato dall'Agcm, il nesso di causalità è dimostrabile con la prova dell'acquisto da una delle imprese parti del cartello, l'unico elemento che va accertato è il *quantum* del danno.

La valutazione del risarcimento dovuto al soggetto che ha subito un danno dalla violazione del diritto della concorrenza avviene applicando i principi civilistici della determinazione del danno da illecito aquiliano, pur con dei correttivi volti ad alleggerire l'onere probatorio gravante sul danneggiato nella dimostrazione della quantificazione del pregiudizio subito.

In particolare, l'art.14 del d.lgs. "valutazione dei danni" va letto con gli artt. 1 e 10 che affermano il principio del danneggiato al pieno risarcimento, senza possibilità di dar luogo a sovracompensazioni. La norma ripropone quanto disposto dall'art.2056 c.c. e richiama gli artt.1223, 1226 e 1227 c.c. per la determinazione del risarcimento del danno da illecito antitrust; il giudice può quindi procedere ad una valutazione equitativa del danno e se la violazione del diritto della concorrenza si estrinseca in un cartello, scatta la presunzione semplice di sussistenza di un pregiudizio.

Inoltre, si dà vita ad un sistema di collaborazione istituzionale tra giudice e autorità garante – l'agcm, in ogni caso, potrà negare l'assistenza se le forme e le modalità della collaborazione indicate dal g.o. rischiano di compromettere la tutela pubblicistica della concorrenza.

Il richiamo all'art.2056 c.c. impone di individuare specificamente i criteri per la determinazione del danno emergente e del lucro cessante da violazione delle norme in tema di concorrenza ed un ausilio in tal senso è rappresentato dalla Comunicazione¹¹⁵ della Commissione in tema di quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento da violazione del diritto della concorrenza. Alla luce di tale

¹¹⁵ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art.101 o102 TFUE*, 13 GIUGNO 2013, n.2013/C 167/07

strumento, la stima del danno si basa sul raffronto tra la posizione reale degli attori con quella in cui si sarebbero trovati se non si fosse verificata alcuna violazione; il giudice dovrà procedere ad un giudizio controfattuale, immaginando l'evoluzione delle condizioni di mercato e delle interazioni fra gli operatori del mercato nel caso in cui non si fosse verificata l'infrazione. Ed è questo l'aspetto più delicato dell'approccio suggerito, individuare il *counter factual scenario* che può essere tracciato nelle sue caratteristiche fondamentali, a seconda della tipologia della violazione delle norme della concorrenza di volta in volta considerata.

Al fine di facilitare la stima del danno causato dall'illecito anticoncorrenziale, la Commissione ha diffuso una Guida pratica¹¹⁶, puramente informativa e non vincolante, in cui sono illustrate le varie forme di danno tipicamente causate dall'illecito anticoncorrenziale, i metodi e le tecniche di quantificazione, così da rendere più efficaci, prevedibili e certe negli esiti le azioni risarcitorie.

Le tipologie di violazioni cui fa riferimento la Commissione ricalcano sostanzialmente quelle delineate negli artt.101 e 102 TFUE e consistono, in particolare, in cartelli di prezzo, di spartizione del mercato o concernenti il contingentamento della produzione, con conseguente aumento di prezzo pagato dai clienti; i prodotti interessati dalla pratica concorrenziale potrebbero essere utilizzati nella propria attività commerciale, con l'effetto negativo di una calo della domanda essendo divenuti i loro prodotti più costosi e meno competitivi.

L'altra tipologia di violazione presa in esame è quelle che deriva dall'abuso di posizione dominante, il cui responsabile attraverso le vendite abbinate, la pratica di prezzi predatori, o la conclusione di accordi verticali di esclusiva genera l'esclusione dei concorrenti dal mercato cagionando un danno diretto sotto forma di perdita di opportunità commerciale e indiretto ai clienti, che vengono generalmente lesi da un incremento dei prezzi.

I metodi individuati nella Guida per comparare uno scenario di non infrazione con quello determinatosi successivamente per effetto della condotta anticoncorrenziale, si distinguono in metodi comparativi e modelli di simulazione.

¹¹⁶ Guida pratica. *Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art.101 o 102 del TFUE*, v. P. Buccirosi, *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. e merc.*, 2014, II, 323.

I primi si fondano sull'esame dei prezzi, dei volumi di vendita, dei margini di profitto relativi a mercati simili ma in cui non vi è stata alcuna violazione del diritto della concorrenza; i secondi analizzano le principali caratteristiche del mercato reale – numero dei concorrenti, grado di differenziazione dei prodotti, barriere all'entrata – e assumendo dei criteri di riferimento tentano di illustrare il probabile andamento del mercato in assenza di infrazione.

Se queste sono le coordinate che in generale dovranno ispirare l'interprete nella stima del danno antitrust, l'art.14, co.2 fissa, poi, una presunzione relativa di sussistenza di un pregiudizio risarcibile, tutte le volte in cui la violazione del diritto della concorrenza si sostanzia nella formazione di un cartello. La presunzione scatta sulla base della riconducibilità dell'aumento dei prezzi al cartello, salva la possibilità per l'impresa convenuta di fornire con ogni mezzo la prova contraria ovvero che il cartello non ha di fatto prodotto alcun danno. La scheda di lettura del d.lgs individua una potenziale contraddizione sotto il profilo applicativo, tra la presunzione in esame e l'art.8 in tema di prescrizione del diritto al risarcimento. La *ratio* protettiva volta ad alleggerire l'onere probatorio del danneggiato rispetto al *quantum*, infatti, verrebbe elusa se, assumendo come *dies a quo* del termine di prescrizione la conoscenza effettiva o ragionevolmente presumibile della sussistenza di una condotta antigiuridica secondo quanto già da tempo affermato dalla giurisprudenza ed ora cristallizzato dal d.lgs., il danneggiante potrebbe avvalersi della presunzione di danno per anticipare alla conoscenza della costituzione del cartello il decorso del termine di prescrizione. Tuttavia, si osserva¹¹⁷ che mentre nella presunzione di cui all'art.14, co.2 assume rilievo l'elemento oggettivo della sussistenza del cartello, nella norma sulla prescrizione si fa riferimento alla percezione soggettiva che il danneggiato abbia, o che avrebbe dovuto avere con l'uso dell'ordinaria diligenza e secondo le conoscenze disponibili in quel dato periodo, dell'altrui condotta anticoncorrenziale.

Nella quantificazione del danno può concorrere anche l'Agcm, prestando la sua assistenza se richiesta dal giudice nel giudizio di danni. Dalla formulazione

¹¹⁷ E. Al Mureden e M. De Pamphilis, *Valutazione dei danni*, commento all'art.17 - Direttiva 2014/104/UE, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, AA.VV. (a cura di) P. Manzini, Torino, 2017.

dell'art.14, co.3 del d.lgs. emerge un elevato grado di discrezionalità riconosciuto sia al giudice, nel formulare richieste sugli orientamenti alla base di quell'*effect based approach* che l'Autorità mostra di seguire ogni qual volta con le proprie decisioni si spinge a valutare l'esistenza degli effetti dell'infrazione sanzionata; sia all'Autorità, nel collaborare con l'organo giudicante, a condizione che ciò non comprometta l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Naturalmente lo strumento della richiesta di informazioni dovrà coordinarsi con l'impiego della consulenza tecnica di ufficio e con quanto previsto dall'art. 15 del Reg. n.1/2003 che consente alle giurisdizioni degli Stati membri, nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'art.101 o 102 TFUE, di chiedere alla Commissione la trasmissione delle informazioni in suo possesso o dei suoi pareri in merito all'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza¹¹⁸.

Il d.lgs. di attuazione della direttiva sul *private enforcement* risolve il problema del necessario coordinamento tra l'applicazione delle norme antitrust effettuata dalle Autorità pubbliche e quella promossa dai privati, al fine di garantire la continuità dell'utilizzo del programma di clemenza, con la previsione delle medesime cautele probatorie già previste dal legislatore europeo.

In particolare, la tutela degli interessi dei soggetti che hanno partecipato ai programmi di clemenza, anche nell'ottica di salvaguardarne l'impiego nei procedimenti antitrust, impone una gerarchie tra le fonti di prova, dovendosi distinguere tra prove sempre divulgabili (*white list*), prove divulgabili solo dopo la chiusura del procedimento dell'Autorità (*grey list*) e prove mai divulgabili (*black list*); tra queste ultime rientrano le dichiarazioni aventi ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o proposte di transazione, che se pure venissero ottenute dalle parti sarebbero comunque inammissibili.

Con riguardo alla questione del possibile trasferimento del sovrapprezzo, c.d. *passing on*, il d.lgs. riprende integralmente quanto disciplinato dalla Direttiva

¹¹⁸ La costruzione di un sistema misto e a rete di tutela della concorrenza si completa con la previsione che le Anc possono anche d'ufficio presentare osservazioni scritte (o orali previa autorizzazione del giudice) alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri. Inoltre, al fine di evitare decisioni discordanti e realizzare l'auspicata integrazione tra *public* e *private enforcement*, l'art.16 del Reg. n.1/2003 impone al giudice investito di una fattispecie di illecito anticoncorrenziale, sulla quale la Commissione abbia già assunto una decisione, di pronunciarsi in senso conforme ovvero di provocare un rinvio pregiudiziale alla CdG UE.

2014/104/UE e distingue l'ipotesi in cui l'attore sia un acquirente diretto dell'impresa che ha preso parte all'infrazione, ovvero un terzo, acquirente indiretto dell'impresa. Il riconoscimento del diritto al risarcimento in capo a *chiunque* abbia subito un danno a causa della violazione del diritto della concorrenza, infatti, ha reso necessaria l'introduzione di norme che regolassero la ripartizione del danno all'interno della catena produttiva o distributiva.

In tale ottica, l'art.10, co.1 del decreto attribuisce la legittimazione ad agire a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'autore della violazione; dunque, anche all'acquirente indiretto il quale subisce un danno tutte le volte in cui l'acquirente diretto del bene o servizio oggetto della condotta anticoncorrenziale, trasli poi il sovrapprezzo a valle della catena produttiva o distributiva, mediante un aumento del prezzo praticato al proprio acquirente diretto.

Il danno da sovrapprezzo praticato ad un dato livello della catena rappresenta il limite del danno emergente cagionato a quel livello, con la conseguenza che se l'acquirente diretto ha traslato il sovrapprezzo solo in parte, il consumatore finale potrà richiedere il risarcimento per la sola parte di danno effettivamente subita.

Quanto al lucro cessante derivante dal trasferimento del sovrapprezzo, l'acquirente diretto che ha traslato interamente il sovrapprezzo, potrà comunque agire per questa parte del danno derivante dalla riduzione di consumo del prodotto finale, a causa dell'aumento del prezzo.

Il *passing on* può venire in rilievo nel contenzioso antitrust anche come eccezione di trasferimento. Colui che è stato convenuto in un giudizio per il risarcimento del danno, infatti, potrebbe eccepire che l'attore è riuscito a traslare in tutto o in parte il sovrapprezzo a valle e quindi non ha subito (o ha subito solo in parte) gli effetti negativi derivanti dalla pratica anticoncorrenziale.

Tuttavia, nel caso di *passing on defence*, l'onere della prova dell'avvenuto trasferimento spetta al convenuto, anche mediante lo strumento della *disclosure* processuale; tra l'altro rafforzata dal fatto che il mancato adempimento dell'ordine di esibizione del giudice, può far ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce, con conseguente rigetto della domanda risarcitoria.

L'acquirente indiretto è agevolato dalla configurabilità di una presunzione legale circa l'avvenuta traslazione del danno da sovrapprezzo ogni qual volta dimostri che le imprese convenute hanno commesso una violazione delle regole di concorrenza; che tale violazione abbia determinato un aumento del prezzo per l'acquirente diretto dell'impresa; e che lui ha acquistato beni o servizi oggetto dell'illecito antitrust.

L'applicazione congiunta della presunzione della traslazione, volta a compensare le difficoltà probatorie che derivano dalla "lontananza" dell'acquirente indiretto rispetto alla condotta anticoncorrenziale, e di quella relativa alla dannosità di un cartello (art.14, co.2 d.lgs.), consente all'acquirente indiretto di promuovere un'azione risarcitoria beneficiando di una presunzione di danno nell'*an* e poi rimettersi per la determinazione del *quantum*, alla liquidazione equitativa del giudice.

2. La Direttiva sul *private enforcement* e i principi del processo civile italiano.

Fino al recepimento della Direttiva 2014/104/UE, le variabili sulle quali è intervenuta la Cassazione sembrano, dunque, costituite dall'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del consumatore, conseguito attribuendo un'efficacia speciale di prova privilegiata ai provvedimenti sanzionatori dell'Agcm; da una certa flessibilità nell'uso delle presunzioni, finalizzato a far gravare sull'impresa l'onere di dimostrare l'interruzione del nesso di causalità fra illecito e danno; dalla valorizzazione del criterio di "alta probabilità logica" circa la sussistenza del danno risarcibile e del canone dell'equità nella determinazione della sua liquidazione¹¹⁹.

La Direttiva e quindi il decreto legislativo di attuazione pongono significativi problemi di adattamento con le regole e i principi del processo civile. In particolare, la garanzia del "diritto ad un pieno risarcimento" (art.3) del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza passa per il potenziamento degli strumenti volti alla "divulgazione" dei fatti rilevanti ai fini dell'acquisizione della consapevolezza di aver subito un pregiudizio economico (art.5); dall'agevolazione nell'accesso alle prove dei fatti (artt.5 e 6); dall'alleggerimento

¹¹⁹Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.* 2014, I, 1729 ss. con commento di R. Pardolesi, *Danno antitrust e svuotamento dell'onere della probatorio a carico del consumatore*.

dell'onere probatorio attraverso l'espresso riconoscimento della vincolatività, per il giudice civile, della decisione di accertamento della violazione resa dall'Agcm e della natura di prova *prima facie* resa dalla decisione di ugual senso resa da un'autorità di altro stato membro (art. 9).

In particolare, la “divulgazione delle prove” di cui al Capo II, art.5, implica non solo la predisposizione di strumenti processuali che consentano al giudice civile, su istanza di parte, di ordinare alle parti o a terzi «*la divulgazione delle prove rilevanti che rientrano nel controllo di tale soggetto*», come in fondo già previsto dagli artt.210 ss. c.p.c.; ma anche che il giudice possa «*ordinare la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata*”.

Il recepimento della Direttiva, che fa riferimento a “rilevanti categorie di prove” dovrebbe comportare la parziale inapplicabilità dell'art. 94 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede l'onere dell'istante di dare indicazione specifica «*del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede*»; inoltre, solo l'esibizione disposta ai sensi della Direttiva potrà avere ad oggetto categorie di prove, ma non sarà ammissibile senza istanza di parte, mentre quella disposta, anche nel medesimo processo, ai sensi dell'art. 2711, 2° comma, c.c., non richiederà l'istanza ma potrà avere ad oggetto solo quanto contemplato nella norma

Qualche perplessità suscita la previsione (art. 5, par. 7) secondo cui il terzo destinatario dell'ordine di divulgazione dovrebbe essere messo in condizione di esercitare il proprio diritto al contraddittorio prima dell'esecuzione dello stesso. In questo modo, infatti, si profilerebbe un contrasto con la natura dell'istituto, la cui effettività dipende, specie nei confronti dei privati, dalla possibilità di eseguire la misura a sorpresa: l'audizione del destinatario dell'ordine ha senso ai fini della sua acquisizione al processo come mezzo di prova, ma non potrà comprometterne la disponibilità in giudizio.¹²⁰

L'ordine del giudice è coercibile, all'art.8, infatti, il legislatore europeo ha previsto l'obbligo per i legislatori interni non solo di approntare un meccanismo

¹²⁰ A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, p. 251.

sanzionatorio nei confronti di parti e terzi (e loro rappresentanti legali) in caso di “mancato rispetto o rifiuto di rispettare l’ordine di divulgazione di un giudice nazionale; di distruzione di prove rilevanti; di mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall’ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; violazione dei limiti all’uso delle prove”; ma anche di garantire che il giudice possa, dal comportamento della parte “trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese”. Pertanto, l’equilibrio tra il *duty of disclosure* e le esigenze di riservatezza potrà conseguirsi soltanto predisponendo efficaci e proporzionali strumenti sanzionatori¹²¹.

L’accesso alla prova instaura un dialogo tra l’Agcm e il giudice civile, il quale, qualora non sia possibile acquisire altrimenti conoscenza di determinate prove (quelle indicate all’art.6), su istanza di parte, dovrà poter ordinarne all’Autorità la «divulgazione» solo all’esito della chiusura del procedimento, ferme restando alcune limitazioni per quanto riguarda l’accesso alle informazioni legate a programmi di clemenza e a proposte di transazione; la diffusione dei documenti e delle prove non indicate nell’art. 6, invece, dovrà poter essere ordinata in qualunque momento, anche a prescindere, cioè, dalla conclusione del procedimento amministrativo.

Le prove ottenute a seguito dell’accesso al fascicolo di un’autorità garante possano essere utilizzate solo da chi ha effettuato l’accesso o dal suo successore. Al di là del diritto di avvalersi di cose e documenti a fini probatori, indipendentemente da chi ne sia in possesso, tale regola probatoria parrebbe in contrasto con il potere (art. 5) del giudice di ordinarne a terzi l’esibizione. In ogni caso, la disciplina sul diritto di accesso agli atti del procedimento andrà coordinata con quella di cui agli artt. 22, 23, 24 della legge n.241/1990.

L’Agcm può fornire un parere sulla proporzionalità delle richieste di divulgazione e presentare osservazioni al giudice che emetta un ordine di divulgazione. Dunque, all’Autorità andrà concesso un termine per resistere all’ordine del

¹²¹ A. D. De Santis, *La Direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in *romatrepress.uniroma3.it*

giudice e, nel caso, chiederne la revoca o la modifica; se è così, si osserva¹²², difficilmente l’Autorità potrà assumere la funzione di *amicus curiae*. Piuttosto, la Direttiva sembra preservarne l’autonomia e quindi la discrezionalità nell’esercizio delle sue prerogative, oltre che tutelare la riservatezza dei soggetti sottoposti al suo potere di controllo e sanzione, a scapito, forse, del ruolo di portatrice di interessi diffusi alla correttezza dei rapporti concorrenziali.

Tra gli strumenti di effettività della tutela nelle azioni *follow on* un ruolo centrale assume l’efficacia vincolante per il giudice civile delle decisioni dell’Agcm, nei limiti in cui consentono di ritenere definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza. La Direttiva non fa cenno all’opportunità che il giudice non si ponga in contrasto con prevedibili decisioni dell’Autorità in procedimenti da quest’ultima avviati, ma non ancora conclusi; quindi, nulla dispone in ordine ad un’eventuale sospensione necessaria del processo civile. Tale soluzione, dunque parrebbe doversi escludere, con l’unica eccezione della sospensione facoltativa del processo in cui sia esercitata un’azione classe ex art. 140 bis, 6° co. cod. cons.

Il problema che si pone è valorizzare la previsione dell’art. 9 par.1 della Direttiva, al fine di garantire un concreto vantaggio per il consumatore che affermi una pretesa risarcitoria nel processo “a valle”, servendosi del provvedimento dell’Agcm per ritenere allegato un segmento della fattispecie costitutiva del suo diritto; occorre, però, tener conto dell’attuale assetto del sistema evitando stravolgimenti. Il giudice civile, infatti, è soggetto soltanto alla legge (e al precedente delle sezioni unite della Corte di cassazione, nei limiti dell’art. 374, 3 co. c.p.c. nonché, in materia di concorrenza, alle decisioni, di qualunque segno esse siano, della Commissione europea ai sensi del Reg. Ce n. 1/2003); conosce *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali che si presentano nel corso del processo e, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ha il potere di disapplicare l’atto amministrativo ritenuto illegittimo.

Quella pendente davanti all’Agcm (o al giudice amministrativo) sarebbe, dunque, una questione che il giudice potrebbe conoscere *incidenter tantum*; il provvedimento amministrativo, se non condiviso perché ritenuto illegittimo,

¹²² A. D. De Santis, *Op. cit.*

dovrebbe poter essere disapplicato; la contemporanea pendenza col giudizio amministrativo non dovrebbe determinare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c.

Tuttavia, resterebbe precluso al giudice civile il potere di disapplicare l'atto qualora la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio tra le stesse parti e con autorità di giudicato, il che non costituisce però l'ipotesi tipica delle controversie *follow-on*, il processo amministrativo e quello civile, infatti, non si svolgono tra le stesse parti - impresa e Autorità, davanti al giudice amministrativo, consumatore e impresa, davanti a quello civile. Seppure si volesse prescindere dalle categorie tipiche della tutela giurisdizionale, resta il duplice problema della pretermissione delle garanzie del giusto processo con riferimento all'accertamento di quella porzione di fattispecie sulla quale è intervenuta la decisione dell'Autorità; e del pregiudizio patito dai titolari di posizioni a vario titolo definibili dipendenti: sarebbe il caso di quanti siano rimasti estranei all'intesa – quindi al procedimento per l'accertamento dell'infrazione -ma abbiano comunque allineato i loro prezzi, c.d. *umbrella pricing*. Per tale ragione, saranno chiamati a risponderne in sede civile, ma non si vede come possano essere vincolati dal provvedimento dell'Agcm se non sacrificando garanzie processuali fondamentali.

Al fine di armonizzare il principio per cui il provvedimento dell'Agcm vincola il giudice civile con la garanzia dell'azione e del contraddittorio e con la regola della subordinazione del giudice soltanto alla legge, senza tradire la volontà del legislatore europeo, la decisione definitiva dell'Autorità potrebbe intendersi come un semplice fatto costitutivo del diritto nei processi *follow-on*. Se il provvedimento con cui l'Agcm accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa contribuisce a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto al risarcimento del danneggiato, potrà esplicitare i suoi effetti nei confronti di qualunque impresa che, sia pure indirettamente, sia coinvolta nella pratica anticoncorrenziale.

In tale prospettiva è il rapporto di dipendenza tra la situazione oppositiva vantata dall'impresa nei confronti dell'Agcm che intende sanzionare l'operato e quella di diritto soggettivo del singolo consumatore che pretende di essere risarcito per gli effetti dannosi subiti dall'illegittimità dell'operato dell'impresa a giustificare la

sussistenza di un vincolo sul versante processuale. Se, infatti, l'Agcm non ravvisasse gli estremi della violazione del diritto della concorrenza, non vi sarebbe alcun fatto costitutivo della pretesa risarcitoria, salvo la possibilità per il danneggiato di allegare altri fatti alla configurabilità dell'intesa vietata e il dovere del giudice di pronunciarsi sulla loro sussistenza. Inoltre, in quanto fatto costitutivo del diritto, sarà conosciuto dal giudice a seguito di un'apposita allegazione da parte del consumatore, presunto danneggiato che potrebbe giovare della facilitazione probatoria; l'impresa, a sua volta, nella pienezza del contraddittorio potrebbe allegare tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto, rispetto ai quali, nonostante l'accertamento definitivo dell'illecito concorrenziale, non può dirsi maturata alcuna preclusione.

La Direttiva ha già prodotto un primo effetto concreto, costituito da una decisione della Corte di Cassazione¹²³, che espressamente la menziona e manifesta un atteggiamento di apertura verso i principi dell'antitrust europeo. Fermo restando l'onere dell'attore di indicare *“in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale”*, infatti, il giudice, soprattutto nei giudizi c.d. *follow on*, *“è tenuto a valorizzare gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizioni di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata”*.

Rispetto a tale uso degli strumenti offerti dalla Direttiva, fortemente mirato ad incentivare il *private enforcement*, si osserva come non sia difficile immaginare contrasti nella prassi applicativa non facilmente risolvibili nell'immediato. Il problema si pone per l'apparato sanzionatorio che assiste l'ordine di esibizione e per la facoltà affidata al giudice di considerare dimostrato il fatto a cui la prova si riferisce in caso di inottemperanza. Inoltre, le nuove regole sull'istruttoria nei giudizi antitrust, in ogni caso si innestano sulla struttura generale del processo

¹²³ Cass. 4 giugno 2015, n. 11564

civile, come disciplinato dal codice di rito; le regole inerenti l'onere di allegazione dei fatti e le preclusioni processuali continuano ad essere le stesse del processo ordinario e ciò presumibilmente indurrà a preferire l'accertamento svolto dall'Autorità Garante rispetto all'introduzione di un giudizio in sede civile.

3. La responsabilità civile per violazione delle norme sulla concorrenza

Sgomberato il campo d'indagine dai profili processuali della nuova disciplina della responsabilità per illecito antitrust e puntando al suo nucleo sostanziale, va ribadito che la responsabilità civile per violazione delle regole comunitarie di concorrenza ha origine giurisprudenziale. Risale infatti alle decisioni della Corte di Giustizia nei casi *Courage*¹²⁴ e *Manfredi*¹²⁵ l'attribuzione a *chiunque* del diritto al risarcimento del danno subito a seguito di un'illecita distorsione della concorrenza nel mercato comune.

In particolare, il rimedio della responsabilità civile a disposizione delle imprese e dei consumatori è legato al principio cardine del diritto comunitario della diretta applicabilità da parte dei giudici nazionali degli artt.81 ed 82 del Trattato CE (ora artt.101 e 102 TFUE) nelle controversie tra privati.¹²⁶ Nell'affermare la fruibilità dell'azione risarcitoria nel nuovo modello di *enforcement* della concorrenza, la Corte di Giustizia si è mossa in stretta continuità rispetto al suo indirizzo relativo all'efficacia verticale delle norme comunitarie attributive di posizioni soggettive individuali. Se le regole comunitarie di concorrenza sono direttamente applicabili, infatti, la loro violazione fa sorgere in capo ai singoli il diritto al risarcimento per aver subito gli effetti negativi della restrizione della concorrenza.

Sebbene la sentenza *Francovich* avesse affermato solo un principio di responsabilità del singolo Stato membro, dipendente da una mancata attuazione del diritto comunitario, dalla quale fosse derivato un pregiudizio per le situazioni soggettive ivi tutelate, la sua portata di *leading case* è stata estesa fino a scorgervi

¹²⁴ C. Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, in cui il diritto al risarcimento dei danni, riportati in dipendenza di violazione di norme sulla concorrenza contenute nel Trattato UE, è stato riconosciuto anche a favore di una delle imprese aderenti all'intesa illecita, c.d. *co-contractors*, laddove dall'apprezzamento *del contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano*, emerge che l'impresa versasse *in una posizione di inferiorità grave*, nei confronti dell'altra, al momento del perfezionamento dell'accordo anticompetitivo.

¹²⁵ C. Giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04

¹²⁶ C. Giust. CE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*

l'affermazione di un diritto al risarcimento del danno da violazione della normativa europea, anche nei rapporti tra i singoli, oltre che in quelli tra lo Stato e i cittadini.

In tale ottica, la tutela risarcitoria rafforza l'effettività delle regole comunitarie di concorrenza e il loro carattere operativo, scoraggiando gli accordi o le pratiche anticoncorrenziali, spesso dissimulate ma che di fatto ledono la libertà di concorrenza.

Il fondamento giuridico dell'azione di danno antitrust è dunque duplice: necessaria effettività dell'ordinamento comunitario e diretta applicabilità delle norme sulla concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali. L'effetto utile del divieto di intese restrittive della concorrenza sarebbe messo in discussione “*se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possa restringere o falsare il gioco della concorrenza*”.¹²⁷

La responsabilità civile per l'illecito anticoncorrenziale ha affiancato la sanzione della nullità di pieno diritto prevista dall'art.101, par.2 TFUE, completando la tutela privatistica della concorrenza.

In particolare, a differenza degli altri aspetti procedurali relativi all'azione di danno antitrust, rispetto alla legittimazione attiva, già prima della Direttiva 2014/104/UE, esisteva una regola minima uniforme.

Con costante giurisprudenza, infatti, la Corte di Giustizia ha riconosciuto a *chiunque* la legittimazione attiva ad invocare la nullità di un accordo o di una pratica anticompetitiva e sulla stessa ampiezza della legittimazione per l'azione di nullità, ha riconosciuto la legittimazione attiva a chiedere il risarcimento del danno antitrust. Una volta che tale diritto si configura nell'ordinamento comunitario come rimedio di diritto privato a disposizione della vittima antitrust, la legittimazione al suo esercizio da parte di *chiunque*, imprese o consumatori, diviene la regola.

Le azioni private, parallelamente all'azione amministrativa della Commissione e delle Autorità nazionali, possono contribuire al mantenimento di un'effettiva concorrenza nel mercato unico.

¹²⁷ Sent. *Courage*, cit. punto 26

La complementarietà tra *private* e *public enforcement* inaugura una nuova dimensione culturale dell'antitrust, senz'altro innovativa rispetto a quelle interpretazioni delle norme sulla concorrenza ispirate da concezioni giuridiche di retroguardia e tendenti, piuttosto, all'“amministrativizzazione” del diritto dell'economia.¹²⁸

Dunque, nella storia della legislazione antitrust comunitaria si è sempre ritenuto che l'accordo o la pratica anticoncorrenziale potesse dar luogo, a favore dei terzi danneggiati, ai rimedi risarcitori previsti dagli ordinamenti nazionali.

Questa possibilità è stata riconosciuta fin dall'inizio nell'ordinamento italiano¹²⁹, ponendosi semmai un problema di nesso causale, al fine di individuare i soggetti in concreto lesi dalla condotta anticoncorrenziale e quindi legittimati ad agire per il risarcimento. Dato che l'illecito antitrust può determinare effetti economici pregiudizievoli sull'intera catena produttiva, si pone l'esigenza di non moltiplicare le pretese risarcitorie e di attribuirle a chi abbia realmente subito il danno concorrenziale in via definitiva.

In tale ottica di effettività della tutela, l'accertamento del nesso causale potrebbe avvenire applicando il criterio dell' “scopo della norma violata” e non può negarsi che tra la gamma d'interessi direttamente tutelati dalla disciplina antitrust rientrano anche gli interessi dei consumatori finali¹³⁰.

Pertanto, una volta riconosciuto che le intese vietate sono atti illeciti perché costituenti violazione di una specifica norma di condotta¹³¹ e che l'interesse delle

¹²⁸ G. Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995, il quale evidenzia come le Authorities nel concreto esercizio dei loro poteri appaiono sempre più come un magistrato dell'informazione economica, un organo di funzioni decisorie da esercitare secondo procedimenti tipici e nel rispetto del principio del contraddittorio.

¹²⁹ Nella legge n.287/1990, al di là della semplice riproposizione della nullità per le intese illecite (art.2, co.3) spicca la previsione dell'art.33, co.2 dove attraverso la devoluzione alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di impresa delle azioni di nullità e di risarcimento del danno si configura uno scenario di *enforcement* strettamente privatistico.

¹³⁰ A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, il quale ha concluso nel senso che i soggetti di norma legittimati sono proprio gli utilizzatori finali, siano essi imprese o consumatori.

¹³¹ La disciplina antitrust non pone delle regole nell'interesse esclusivo delle imprese, piuttosto essa è costruita come una serie di regole di diritto oggettivo che si impongono alle imprese nell'interesse collettivo del buon funzionamento del mercato v. M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, 10, 933, che replicando a C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5, 469, osserva come nel caso di violazione di norme sulla concorrenza, l'ingiustizia ex art.2043 c.c. si identifica con l'antigiuridicità di una condotta. In materia di concorrenza, infatti, esistono norme legali di condotta corredate da sanzioni di carattere punitivo e il comportamento posto in essere in

imprese e consumatori al buon funzionamento del mercato rientra nella serie di interessi tutelati dalla norma che pone il divieto, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno in capo a questi “altri soggetti del mercato” dovrebbe linearmente riconoscersi.

Del resto, se si guarda al rapporto contrattuale sorto dalla pratica anticoncorrenziale, ciò che è illecito non è la prestazione del terzo consistente nel pagamento del prezzo monopolistico, bensì il comportamento precontrattuale dell'impresa partecipante al cartello da cui è scaturito l'impegno del terzo a pagare il sovrapprezzo. Questo tipo di comportamento è già sanzionato in via generale nell'ordinamento, proprio con le misure risarcitorie ex artt.1337 e 1440 c.c.

Con riguardo al profilo soggettivo dell'illecito antitrust, si osserva¹³² che le norme sulla concorrenza si riferiscono all'attività d'impresa, come insieme di atti oggettivamente concatenati al fine della produzione o dello scambio di certi beni e servizi ed imputati ad alcuni soggetti secondo regole proprie della disciplina dell'impresa e non sempre coincidenti con le regole di imputazione degli atti individuali. In ogni caso, perché il comportamento oggettivamente antigiusdicato sia anche produttivo dell'obbligo di risarcimento o di sanzioni afflittive è necessario che si accerti l'elemento soggettivo della colpevolezza.

In genere, per l'applicazione del rimedio civile risarcitorio in campo antitrust, l'accertamento del requisito della colpevolezza non è difficile, potendo applicarsi per analogia la presunzione di colpa sancita dall'art.2600 c.c. in materia di concorrenza sleale. Vi sarebbe, infatti, un'unitarietà sistemica e funzionale tra antitrust e concorrenza sleale, assumendosi in entrambe le discipline il parametro della correttezza professionale per giudicare le condotte in concreto poste in essere dalle imprese.

Ne deriva, che la colpevolezza è presunta di fronte a comportamenti tipizzati dalla legge – accordi orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati – o da consolidata giurisprudenza – ed è il caso dell'imitazione servile confusoria, che

violazione di tali norme di condotta è da ritenersi illecito (salvo selezionare a monte gli interessi protetti dalla norma ed accertare che il comportamento anticoncorrenziale sia stato la causa immediata e diretta del danno da sovrapprezzo).

¹³² M. Libertini, *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2012, 3, 305

mina la tutela della concorrenza nel suo obiettivo finale di *consumer welfare*. A fronte della presunzione legale di colpevolezza, la parte attrice ha solo l'onere di provare le componenti positive della fattispecie dell'intesa concorrenziale o dell'abuso; la parte convenuta ha invece l'onere di provare per intero la sussistenza delle circostanze esimenti.

Le fattispecie di violazione antitrust evidenziano una sorta di colpevolezza *in re ipsa*, nel senso che ad integrare l'elemento soggettivo dell'illecito, è sufficiente la semplice consapevolezza del ricorrere delle condotte e degli effetti oggettivamente vietati dalla legge.

In particolare, nella disciplina antitrust è in gioco solo l'attività e il patrimonio delle imprese, pertanto, lo standard probatorio, con riguardo all'accertamento della colpevolezza, non è quello proprio della materia penale, sebbene per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie non basta il semplice dato oggettivo della distorsione della concorrenza.

Quando sussistono indizi "soggettivi", ulteriori rispetto al comportamento anticoncorrenziale assunto dall'impresa, lo standard probatorio applicato è quello del *balance of probability*: il giudice potrà discrezionalmente ponderare la plausibilità dell'ipotesi accusatoria, che fa pensare all'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, rispetto alla tesi dell'impresa convenuta; le imprese possono essere legittimamente condannate anche sulla base di una *praesumptio iudicis*, fondata sulla sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti.

Il favore verso il binario del *private enforcement* implica un riposizionamento della responsabilità civile al centro dell'impianto antitrust dal momento che per il tramite dell'azione di risarcimento si attua l'iniziativa giudiziaria dei privati a fronte di violazioni della disciplina della concorrenza.

Pertanto, è opportuno descrivere il tipo di relazione che nella normativa antitrust si delinea con gli istituti del diritto privato generale, anche alla luce della cornice in cui si iscrive la disciplina antimonopolistica continentale e dei più generali obiettivi di politica europea della concorrenza.

La legislazione concorrenziale comunitaria ha un'originaria impronta pubblicistica che la rende uno strumento di governo "dall'alto" del funzionamento

del mercato¹³³. In tale ottica è stata letta la disposizione sull'abuso di posizione dominante, la quale segnala come tipica condotta vietata quella della imposizione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali "non eque". La norma travalica la finalità di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato e si è, piuttosto, al cospetto di una misura di regolazione dell'impresa in posizione dominante¹³⁴.

Inoltre, il modello di *enforcement* che assiste le regole comunitarie di concorrenza, si caratterizza per la prevalenza delle sanzioni rispetto ai rimedi e per la natura amministrativa delle sanzioni stesse e degli organismi deputati ad irrogarli.

La prospettiva teleologia propria della legislazione antitrust, in cui la tutela di un interesse collettivo, qual è l'assetto concorrenziale del mercato, si fa carico anche di altri interessi pubblici pur non strettamente inerente la concorrenza, fa sì che al *private enforcement* venga riservato un ruolo di subalternità funzionale rispetto alle statuizioni sanzionatorie dell'Agcm sul versante pubblicistico.

Restando al profilo civilistico della tutela, l'impiego dell'istituto della responsabilità civile nella cornice del diritto della concorrenza le attribuisce un'inedita funzione che ne fa emergere i limiti intrinseci. Mentre la responsabilità civile tradizionale asseconda e supporta la tutela di un diritto o di un interesse individualmente protetto, la responsabilità civile in materia antitrust parte da un rovesciamento di prospettiva: l'interesse tutelato è l'interesse pubblico alla concorrenza e alla regolarità del mercato e la plurioffensività della condotta richiama comportamenti che hanno per definizione un'offensività diffusa.

Ne consegue, che rispetto al paradigma classico della responsabilità civile, si profila una funzione deterrente e/o sanzionatoria del risarcimento, il danno si tramuta in costo sociale dell'illecito e più che riparare al danno causato si intende prevenire la violazione di norme di condotta e quindi accordi e pratiche lesive della concorrenza.

¹³³ G. Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, cit. il quale osserva come la concezione europea di concorrenza si contrappone al diritto antitrust statunitense, che si caratterizza per essere un diritto "dal basso", ossia un diritto funzionale innanzitutto alla posizione degli utenti e da questi direttamente azionabile in via giudiziale.

¹³⁴ G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, 1998, il quale sottolinea l'incidenza nella disciplina della concorrenza di politiche che strettamente attinenti alla concorrenza non sono e che ne rendono ora più restrittive ora più flessibili le regole.

Il ruolo ordinante svolto dal mercato rispetto alle singole contrattazioni allenta le maglie di individuazione e delimitazione dell'ambito del danneggiato, impiegandosi un meno rigoroso accertamento del nesso causale tra la condotta anticoncorrenziale e il danno.

Con riguardo alla quantificazione del danno, la liquidazione in via equitativa sembra essere la regola; se ci si allontana da una logica bilaterale, infatti, la posta risarcitoria è anch'essa modulata più sul comportamento che si intende impedire - quindi sulle conseguenze negative in termini di benessere collettivo dell'attività d'impresa - che sulla posizione del danneggiato.

L'impiego della responsabilità civile a tutela dei nuovi interessi sensibili - concorrenza, ambiente, mercati finanziari, per citarne alcuni - non va bollato come il frutto dell'ipertrofia della responsabilità civile in atto, ai limiti dell'abuso di questo istituto; si tratta, piuttosto, di un caso in cui la dinamica evolutiva della responsabilità ha investito le sue finalità, prima ancora che le sue regole sostanziali.

Con particolare riguardo alla materia della concorrenza i rimedi privatistici non potranno essere orientati a preservare o ripristinare la libertà individuale di contrarre e dovranno anch'essi tendere alla salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato nel suo insieme. Ciò legittima alla pretesa risarcitoria anche i soggetti estranei agli accordi vietati e, più in generale, le regole dell'illecito civile si adattano alla pluralità e diversità di funzioni cui assolve oggi la responsabilità civile¹³⁵.

4. Le torsioni della responsabilità civile per il perseguimento delle finalità proprie del diritto antitrust

Il diritto della concorrenza nasce quando si abbandona l'ottica particolare del contratto inerente allo svolgimento delle attività economiche, in favore di una più

¹³⁵ Il nuovo modello di *private enforcement* è la conseguenza di un fenomeno complesso, costituito dalla penetrazione del diritto della concorrenza all'interno del diritto dei contratti e dal porsi *l'uno come la clausola generale dell'altro*. Emblematica in tal senso è l'attenzione riservata dal legislatore europeo alle situazioni di abuso di potere contrattuale, celandosi dietro al pregiudizio della presunta parte debole, il pregiudizio per l'intero mercato e per il suo assetto concorrenziale. Si v. E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e tutela della concorrenza*, Napoli, 2008 e per la formula del *diritto concorrenziale quale clausola generale del diritto civile*, C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

ampia prospettiva teleologica legata all'intero sistema di mercato e al suo modo di essere concorrenziale. La preordinazione della disciplina antitrust al perseguimento di interessi generali è stata accentuata dalla connotazione pubblicistica delle regole e procedure di contrasto ai monopoli, rispetto alla quale la responsabilità civile non poteva che assumere una posizione defilata.

In realtà, ciò è dipeso dall'incongruenza tra le finalità generali alla base del diritto della concorrenza e la natura particolare degli interessi su cui è calibrata la responsabilità civile.

In particolare, per quanto il contratto e la responsabilità civile siano state coinvolte in una progressiva opera di spersonalizzazione, complice la crescente attenzione per i rapporti di massa e l'introduzione della disciplina consumeristica, espressiva di interessi almeno collettivi, la tutela privatistica poggia pur sempre sul "danno" che la condotta altrui arreca a una data sfera soggettiva. Se è così, al risarcimento del danno, anche da illecito antitrust, dovrebbe essere estranea ogni attitudine sanzionatoria e, più in generale, qualunque funzione preventiva e deterrente. Le coordinate bilaterali del rapporto suggeriscono e rafforzano la funzione compensatoria del risarcimento, filtrata dalla formula del "danno ingiusto" e dagli altri elementi costitutivi, primo fra tutti il requisito del nesso di causalità.

La Direttiva 2014/104/UE e il decreto di attuazione sembrano sconvolgere tale assetto e ciò probabilmente per la complementarità che caratterizza i rapporti tra *public* e *private enforcement*, diversi nei rimedi azionabili, ma convergenti verso un identico obiettivo di *policy*.

Nel diritto europeo l'approccio al risarcimento del danno anticoncorrenziale è esclusivamente compensativo, in continuità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Manfredi*, la quale ha ritenuto che un risarcimento comprensivo del danno emergente, lucro cessante ed interesse, fosse sufficiente per assicurare l'effetto utile degli artt.101 e 102 TFUE; senza, tuttavia, precludere regole più severe negli Stati membri, purché si garantisse l'effettività del diritto al risarcimento per violazione della concorrenza.

Il rimedio risarcitorio nella versione comunitaria è quello puro, nel senso che il ricorso ai rimedi giurisdizionali messi a disposizione degli operatori del mercato è

dettato da interessi particolari e dalla lesione concreta riportata dal singolo attore in giudizio. Esso si basa sulla valutazione comparativa degli opposti interessi del danneggiato e del danneggiante al fine di stabilire la sfera soggettiva cui allocare il costo economico del danno.

La nuova disciplina sul *private enforcement* prevede che chiunque abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza deve poter chiedere ed ottenere il pieno risarcimento di tale danno (art.3 della Direttiva); che il pieno risarcimento è tale se pone la persona che ha subito il danno nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione non fosse stata commessa – quindi esso comprende il danno emergente e il lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi. Viene poi specificato, che la tutela risarcitoria non può condurre ad un *over compensation*, “*sia sotto forma di risarcimento punitivo, che di risarcimento multiplo o di altra natura*”.

Il sistema europeo della responsabilità antitrust si inserisce, dunque, quanto al modello normativo prescelto per la perimetrazione dell’obbligazione risarcitoria e dei soggetti legittimati alla relativa azione giudiziale, nel solco di un’impostazione coerente con il principio generale dell’integrale riparazione.

In Italia il d.lgs. n.3/2017, dopo aver specificato che le nuove norme disciplinano il diritto al risarcimento in favore di chiunque abbia subito un danno a causa della violazione del diritto della concorrenza, specifica che “*il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazione*” (art.1, co.2). In questo modo, viene codificata in materia di concorrenza l’illegittimità di danni multipli e si prevengono, per le violazioni antitrust, aperture giurisprudenziali in favore di danni punitivi¹³⁶.

Le implicazioni metodologiche dell’opzione sostanziale a favore della natura compensativa del risarcimento consistono nell’analisi *but for*, basata sulla ricostruzione dello scenario controfattuale – essendo l’obiettivo dell’azione risarcitoria quello di mettere il soggetto danneggiato nella situazione in cui sarebbe stato in assenza della violazione - e, a questo scopo, possono essere utilizzate una serie di tecniche illustrate nella Guida pratica alla quantificazione

¹³⁶ G. Bruzzone, “*Tipologie di illeciti antitrust e selezione delle voci di danno risarcibili*” – Scuola Superiore della magistratura, 10 novembre 2017.

del danno¹³⁷ pubblicata dalla Commissione europea nel 2013 – metodi comparativi, metodi basati sui costi, metodi basati sugli aspetti finanziari ecc.

Eppure, la prospettiva reintegratoria non sembra tener conto della natura dell'illecito antitrust, da un lato, e della natura delle regole di concorrenza, dall'altro. L'illecito concorrenziale, infatti, si caratterizza per una *vis* plurioffensiva, peraltro accentuata dalla non esclusiva coincidenza del destinatario diretto della violazione con il destinatario immediato e visibile dell'atto; la norma antitrust, a sua volta, appare *ex ante* irriducibile alla sfera patrimoniale di un particolare soggetto, essendo posta a presidio di interessi generali, quali quelli attinenti all'assetto libero-concorrenziale del mercato.

Pertanto, ricadono nel parametro di protezione della disciplina antitrust anche le sfere soggettive di concorrenti, imprese complementari e consumatori, che in ragione della loro “vicinanza” alla condotta vietata possono riportare un qualche danno patrimoniale. Del resto, il *proprium* dell'illecito concorrenziale, è la lesione del vantaggio competitivo¹³⁸, che per sua natura non segue la logica di attuazione bilaterale come un qualunque bene suscettibile di appartenenza; piuttosto, può essere assunto come interesse giuridico qualificato, la cui tutela, nella dimensione relazionale di svolgimento della concorrenza, rientra tra gli scopi della norma antitrust violata ed accede alla protezione risarcitoria. A ciò si aggiungono le particolari modalità del prodursi del danno – a cascata fino al consumatore finale, per il tramite o meno di un contratto – che pongono problemi di compatibilità con il nesso causale.

Lo statuto dell'illecito antitrust ha, dunque, carattere speciale rispetto al paradigma classico dell'illecito civile, la responsabilità scaturente dalla violazione delle norme sulla concorrenza si caratterizza per un elevato grado di settorialità ed implica il necessario adattamento degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano. Così, con riguardo all'elemento oggettivo della causalità, si accoglie una lettura ampia dà risalto ad un'incidenza causale *ad adiuvandum*, con la conseguenza che assumono rilievo causale le condotte - illecite- che hanno semplicemente favorito l'alterazione dell'assetto di mercato entro cui si verifica la tipica fattispecie

¹³⁷ Guida pratica alla quantificazione del danno – SWD (2013) 205

¹³⁸ M. E. Porter, *Il vantaggio competitivo*, Torino, 1999

anticompetitiva, depotenziando l'attitudine selettiva che il nesso causale è deputato a svolgere.

La peculiare caratterizzazione dell'illecito concorrenziale discende dalla natura della norma antimonopolistica, quale norma di protezione in grado di apprestare tutela ad una molteplicità di interessi particolari, a loro volta declinazioni dell'interesse generale all'assetto concorrenziale del mercato. Applicando tale schema, la piena salvaguardia della concorrenza realizza le condizioni per la concreta attuazione anche degli altri interessi che ad essa si correlano – sviluppo in qualità ed innovazione dei prodotti, libertà di scelta dei consumatori.

Da ciò deriva che la condotta lesiva della concorrenza in sé considerata può generare risarcimenti a raggiera; che ciò si determina in parallelo con la natura plurioffensiva dell'illecito concorrenziale; che il danno antitrust è suscettibile di propagarsi secondo lo schema della reazione a catena¹³⁹.

Inoltre, negli ambiti della responsabilità d'impresa si è fatto strada un approccio della responsabilità che potrebbe definirsi economicistico e culminato in modelli normativi di responsabilità oggettiva; la responsabilità è, cioè, addossata al soggetto che meglio è in grado di effettuare un'analisi tra costi-benefici, tra costi del danno e costi diretti alla sua prevenzione. Il risarcimento assolve così ad una funzione deterrente, inducendo i soggetti che tengono condotte potenzialmente lesive ad adottare le precauzioni idonee ad evitare il danno.

In tale scenario, si assiste ad un inedito impiego della responsabilità civile in funzione strumentale all'interesse superindividuale della concorrenza. Quindi essa è preposta, non al governo di relazioni ed interessi particolari, bensì alla regolazione del sistema di mercato, al punto da essere impiegata a scopo preventivo e di deterrenza. Sul piano normativo ciò traspare da precise scelte del legislatore, sia europeo che nazionale, che consentono di intercettare l'intera gamma di fattispecie di illecito antitrust.

In particolare, vi è la tendenza a ritenere che la migliore attuazione del diritto concorrenziale passi attraverso un'ampia legittimazione di soggetti privati – concorrenti, controparti negoziali, consumatori finali – all'uso dei rimedi sostanziali, quelli cioè offerti dalla disciplina del contratto e, appunto, della

¹³⁹ L. Nivarra, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani e al. (a cura di), Bologna, 2004, vol.II

responsabilità civile. Va da sé che quanto più generale risulta l'interesse cui è immediatamente preordinata la norma, tanto maggiore sarà il numero delle posizioni individuali riconducibili alla sua orbita.

Tuttavia, dovrà distinguersi tra soggetti direttamente coinvolti nella violazione e soggetti terzi; e tra questi ultimi, tra quanti si trovino a diretto contatto con la condotta vietata e quanti ne subiscono gli effetti per via indiretta e a maggiore distanza. Non si tratta, però, di una selezione operata *a priori* e in astratto, in relazione alla veste di impresa concorrente, di consumatore finale, di controparte negoziale; dovrà, piuttosto, aversi riguardo alla "posizione di mercato" in concreto assunta e, quindi, l'accesso alla tutela deriva dalla maggiore o minore prossimità che il singolo "soggetto del mercato" presenti rispetto alla condotta anticoncorrenziale e allo spiegarsi dei suoi effetti.

Se si traslasse *tout court* il modello aquiliano nel diritto della concorrenza, esso sarebbe idoneo ad intercettare solo una frazione della più lunga sequenza dannosa innescata dall'illecito antitrust. La necessità di accertare il nesso di causalità tra la condotta anticompetitiva e l'evento, infatti, comporta che le sole relazioni di mercato iniziale, quelle più immediatamente riconducibili alla condotta vietata, siano coperte dalla responsabilità civile.

Il legislatore comunitario ha scelto di non individuare i criteri per ricostruire il nesso di causalità, ritenendo presumibilmente di non riuscire ad armonizzare i diversi modelli di causalità accolti dagli ordinamenti degli Stati membri. La Direttiva, al considerando 11, semplicemente auspica che le norme nazionali afferenti al requisito oggettivo dell'illecito *non siano formulate o applicate in modo da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento*.

Si osserva come proprio la scelta di demandare a norme e principi che disciplinano l'illecito aquiliano l'applicazione ai casi di responsabilità derivanti da illeciti antitrust, pesa in negativo sulla costruzione di un modello di *private enforcement* che sia efficacemente complementare al *public enforcement*¹⁴⁰.

Con riguardo all'illecito antitrust e alla conseguente perdita patrimoniale, la verifica eziologica è strettamente connessa a quella relativa alla sussistenza o

¹⁴⁰ A. Giannacari "In tema di *private enforcement*: sulla rotta giusta?", in *Merc. Conc. Reg.*, 2017, I, pp.143-148.

meno della legittimazione attiva. Stando al modello di causalità che caratterizza la fisionomia dell'illecito civile, chi ha subito un danno – il pagamento di un prezzo sovracompetitivo, condizioni contrattuali deteriori rispetto a quelle altrimenti applicabili -solo indirettamente riconducibile alla pratica anticoncorrenziale a monte, non potrebbe vantare alcuna pretesa risarcitoria.

Evidentemente, per contrastare le condotte anticompetitive mediante la tecnica risarcitoria extracontrattuale, la legittimazione a promuovere l'azione risarcitoria deve essere diffusa e di conseguenza l'accertamento del nesso causale meno rigoroso. Solo a tali condizioni, infatti, le fattispecie di violazione del diritto della concorrenza si apprezzano nella dimensione generale che le è propria.

5. Le regole sul risarcimento del danno antitrust, tra compensazione e deterrenza

Se il rimedio risarcitorio è applicato a tutela della concorrenza, i confini tra funzione compensativa e deterrente della responsabilità civile si avvicinano sensibilmente; è questa la conseguenza più immediata se ci si muove nella prospettiva di ritenere che le azioni civili di danno devono essere allestite con l'obiettivo di tutelare interessi pubblici.

Inoltre, le finalità variamente afflittive e preventive qualificano il pilastro privato dell'*enforcement* della concorrenza anche per compensare lo scarso successo – in termini di adeguati livelli punitivi e deterrenti– del pilastro pubblico. La prassi applicativa comunitaria e nazionale, improntata sulla politica sanzionatoria, non sembra, infatti, essersi approssimata nel tempo al livello ottimale¹⁴¹; quindi, per garantire l'efficacia dell'*antitrust enforcement* nel suo complesso, le azioni private devono concorrere a creare deterrenza.

Su tale premessa, può cogliersi un punto di contrasto tra la prospettiva sanzionatoria dei *punitive damages* del sistema antitrust statunitense e alcune regole della disciplina, europea e nazionale, del risarcimento del danno antitrust.

In particolare, la legge di delegazione europea n.114 del 2015 si limita ad un richiamo dei principi generali vigenti, dal momento che il nostro modello civilistico già soddisfa la funzione compensatoria della responsabilità espressa

¹⁴¹ A. Giannacari, *op. cit.*

nella Direttiva. Tuttavia, rispetto a tale constatazione, si pongono due ordini di considerazioni.

La prima, che a fronte della natura riparatoria del risarcimento, quale tecnica di traslazione del danno secondo lo statuto classico della responsabilità civile, non potrà ora prescindere dall'apertura – per via giurisprudenziale – del nostro sistema dell'illecito civile al riconoscimento in Italia di sentenze straniere contenenti condanne al pagamento di danni punitivi e degli effetti sulle strategie processuali delle imprese italiane operanti negli Stati Uniti; la seconda, che alla luce delle norme della Direttiva e del decreto di attuazione, si desume che la responsabilità per il danno da illecito antitrust, per assolvere ad una funzione sanzionatoria o deterrente, non deve necessariamente adottare regole di quantificazione del danno che prevedano danni punitivi¹⁴².

Partendo da quest'ultima osservazione, va rilevato che nell'impianto complessivo dell'intervento normativo sul *private enforcement* possono riconoscersi indici di una già attuale funzione sanzionatoria o deterrente del sistema di responsabilità da illecito anticoncorrenziale.

In particolare, la funzione prevalentemente compensativa anziché deterrente del sistema risarcitorio antitrust emergerebbe da due punti salienti della Direttiva e del decreto di attuazione: il diritto al pieno risarcimento dei danni subiti, senza introdurre nessuna forma di danni punitivi; e dalla regola dettata in punto di traslazione del danno e di selezione dei soggetti titolari del diritto al risarcimento, che riconosce il diritto al risarcimento (pieno) anche ai contraenti indiretti sui quali sia stato trasferito il danno anticoncorrenziale.

Inoltre, appare significativo che il legislatore europeo non si sia occupato affatto del tema delle *class actions*, la cui disciplina senz'altro concorre al migliore conseguimento dell'obiettivo generale di deterrenza¹⁴³.

¹⁴² G. Puleio, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2016

¹⁴³ Come traspare dal sistema antimonopolistico statunitense, le *class actions* assolvono rispetto alla disciplina *antitrust* un ruolo cruciale, quasi di correttivo verso le criticità del relativo sistema di *enforcement*. L'ampia legittimazione ad agire per il risarcimento del danno, infatti, rischia di produrre un'eccessiva parcellizzazione delle relative pretese e, per conseguenza, un ridimensionamento proporzionale della loro entità economica. Il danno antitrust su larga scala, se individualmente considerato, determina lesioni esigue dal punto di vista economico, tali da rendere assai poco probabile l'instaurazione di singoli giudizi risarcitori. Mediante la *class action*, c.d. *opt-out*, propria del sistema antitrust americano, invece, il giudicato si estende ai soggetti della classe i

Eppure, alcune previsioni normative sembrano essere volte proprio a potenziare l'effetto deterrente della responsabilità per illecito antitrust.

Il riferimento è, innanzitutto, all'ampia legittimazione ad agire per il risarcimento del danno. L'individuazione dell'attore nell'ambito di un'azione giudiziale antitrust poggia sul presupposto fattuale secondo cui il comportamento contrario al diritto *antitrust* può ledere tanto il buon funzionamento della concorrenza quanto gli interessi dei singoli che operano sul mercato nel quale si è realizzato l'illecito. Sulla base di ciò, tra i soggetti che possono essere danneggiati da un comportamento anticoncorrenziale non vi sono solo gli imprenditori concorrenti, ma anche i consumatori posti alla fine della catena distributiva.

In tale ottica, la Direttiva e il decreto di attuazione, stabiliscono che il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità, a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa responsabile dell'infrazione e a prescindere dal fatto che un'Autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente accertato la violazione.

La circostanza che *chiunque* abbia subito un danno dalla violazione del diritto della concorrenza possa vantare una pretesa risarcitoria - anche nel caso di traslazione del danno e quindi di terzi, danneggiati in via indiretta dalla pratica anticoncorrenziale - a voler ragionare secondo le coordinate del diritto interno, pone il problema, da un lato, di individuare chi abbia subito il danno ingiusto meritevole di risarcimento; dall'altro, di circoscrivere l'ambito dei soggetti che abbiano subito un danno che sia causalmente riconducibile all'illecito antitrust.

Non tutti i soggetti che subiscono gli effetti negativi di una condotta lesiva della concorrenza, infatti, sono titolari di un interesse alla concorrenzialità del mercato, protetto dalle norme *antitrust* e meritevole di risarcimento e non tutti sono direttamente lesi dalla pratica anticoncorrenziale.

Pertanto, la scelta del legislatore europeo e di quello nazionale, è da intendere nel senso di volere agevolare l'azione dei privati affinché conduca ad un incremento del numero di illeciti che altrimenti sarebbero scoperti, migliorando il generale effetto di deterrenza dell'*enforcement antitrust*.

quali siano stati formalmente informati della pendenza del giudizio e non abbiano dichiarato di rifiutarne gli effetti.

In particolare, il danno che può derivare da una condotta anticoncorrenziale ha effetti diversi a seconda che la condotta posta in essere sia un illecito escludente o un illecito di sfruttamento. La potenziale plurioffensività delle fattispecie anticoncorrenziali si mostra in maniera evidente negli illeciti di sfruttamento, perché oltre agli acquirenti diretti dei beni, e cioè *una persona fisica o giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza*, vi sono altre categorie di soggetti che potrebbero dirsi danneggiati.

Del resto, è la stessa Direttiva a fare riferimento agli acquirenti indiretti, cioè *alla persona fisica o giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi*. Si tratta dell'ipotesi in cui il bene oggetto del sovrapprezzo venga destinato da un altro imprenditore alla produzione di un bene, che, a sua volta, sarà immesso sul mercato ad un prezzo sovra concorrenziale. Il fenomeno è quello del *passing on* e potranno dirsi danneggiati sia i soggetti che abbiano acquistato il secondo bene, sia coloro che abbiano deciso di non acquistare il bene a causa dell'aumento del prezzo; nel *chiunque* da tutelare potrebbe rientrare anche il produttore del bene complementare che abbia visto scemare la domanda dei propri prodotti.

L'aver individuato in maniera così ampia e generica i soggetti tutelati dalle disposizioni antitrust non è risolutivo, nel senso che non permette di comprendere chi, tra i potenziali danneggiati, abbia il diritto di ottenere il risarcimento del danno subito. In realtà, finché l'indagine sulla legittimazione e il nesso di causalità è svolta nella prospettiva bilaterale dei rapporti contrattuali, al rimedio risarcitorio è attribuita prevalentemente una funzione compensativa; e se alla privatizzazione delle regole non corrisponde un mutamento dell'interesse sostanziale protetto, il *private enforcement* con le sue regole dovrà aumentare l'effetto deterrente, permettendo di scoprire e sanzionare anche casi di minore entità che sfuggono agli apparati pubblici.

In tale ottica, dunque, la diffusa legittimazione ad agire – non accompagnata da un'espressa regola che fissi i criteri di accertamento del nesso causale – agevola la

scoperta delle infrazioni della normativa antitrust disincentivando i responsabili a ripetere la condotta illecita e rispondendo alla funzione di deterrenza del risarcimento.

La stessa prospettiva traspare anche da diversi criteri di quantificazione del danno accolti dalla Direttiva e, quindi, dal decreto di attuazioni, volti a valorizzare la perdita di ricchezza intangibile che l'illecito procura alle vittime; ad alleggerire l'onere della prova sul danno a carico del danneggiato; e a depotenziare le eccezioni del convenuto fondate solo sulla approssimazione della rappresentazione del danno.

In particolare, il d.lgs. n.3 del 2017, all'art.14, relativo alla valutazione del danno, contiene un rinvio a principi generali già parte del nostro sistema risarcitorio; tale disposizione si intreccia con le previsioni sull'onere della prova e sull'effettiva esistenza del danno. A ciò si aggiunge che, in ogni caso, il giudice dovrà individuare sulla base dei fatti di cui è causa, i criteri specifici di quantificazione del danno anticoncorrenziale.

Le note difficoltà legate all'accertamento scientifico del *quantum* risarcitorio da parte dei giudici nazionali nel contenzioso antitrust sono alla base della possibilità per il giudice, a corollario del principio di effettività del diritto ad un pieno risarcimento, di applicare il criterio equitativo per sopperire alle difficoltà di pervenire ad una determinazione più scientifica del danno.

Su tali premesse, la norma di ausilio per i giudici nella patrimonializzazione degli effetti pregiudizievoli della condotta anticoncorrenziale, è l'art.14 del decreto di attuazione; norma che ha trasposto in materia antitrust i contenuti dell'art.2056 c.c., facendo espresso richiamo, quindi, alle disposizioni contenute negli artt.1223, 1226 e 1227 c.c.

Il principale problema applicativo consiste nel fatto che gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza, a differenza del danno nell'ambito della responsabilità per fatto illecito, non sono direttamente osservabili. Pertanto, dovrà ipotizzarsi uno scenario controfattuale, da cui valutare l'effettivo cambiamento del regime concorrenziale, valutando quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione. Si tratta, dunque, di procedere ad una valutazione giuridica del danno antitrust, applicando un criterio economico.

La difficoltà, tuttavia, non è tanto procedere ad un'analisi eminentemente economica della condotta lesiva, che pure impone un approccio destabilizzante per i giudici nazionali, ancora culturalmente non attrezzati; quanto comparare due scenari relativi al medesimo mercato, di cui uno per definizione ipotetico. Ne consegue, infatti, che la valutazione dell'andamento del mercato, alla base della determinazione del *quantum* del risarcimento non potrà mai essere esatta e se a questo si aggiunge il potere equitativo del giudice tutte le volte che il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è evidente come il divieto di sovra-compensazioni nei giudizi risarcitori per illecito antitrust sia puntualmente al limite.

Inoltre, potrebbero determinarsi dei potenziali effetti pregiudizievoli per la stessa tenuta del sistema processuale qualora si combinasse la liquidazione equitativa del giudice con la presunzione contenuta nell'art.14, co.2, destinata a regolare l'onere della prova - nel caso in cui la condotta lesiva della concorrenza consista in un cartello - nell'ambito di una disposizione, non a caso, dedicata alla quantificazione del danno. Applicando congiuntamente le due disposizioni, infatti, potrebbe accadere che accertato il cartello e quindi presunto il danno ed il relativo nesso di causalità, il giudice potrà procedere in automatico alla valutazione equitativa del risarcimento.

Il rischio insito in tale *modus procedendi* è confondere gli effetti sulla concorrenza della condotta illecita - eventualmente valutati nel provvedimento finale emesso dall'Agcm a conclusione di un'istruttoria essenzialmente volta ad accertare e qualificare la pratica anticoncorrenziale - con i danni subiti dalle vittime e fatti valere in sede civile.

Un'altra regola presuntiva, in deroga alla regola generale posta dall'art.2697 c.c., è posta in tema di *passing on* a vantaggio degli acquirenti indiretti, per colmare la strutturale asimmetria informativa e l'elevata complessità fattuale che caratterizzano i giudizi risarcitori antitrust.

In particolare, l'art.12, co.2 del Decreto stabilisce che il trasferimento del sovrapprezzo si presume se l'acquirente indiretto dimostri che i beni o i servizi da lui acquistati siano i medesimi di quelli oggetto della violazione o siano comunque a questi riconducibili. La *ratio* della norma va rinvenuta nella "*prassi*

commerciale di trasferire gli aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento” e in tale ottica si coglie la sua portata deterrente.

Ciò che la norma sembra presumere, infatti, è il nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale determinante il sovrapprezzo per l’acquirente diretto dell’autore della violazione e il danno subito dall’acquirente indiretto, il quale abbia comunque dimostrato di aver acquistato beni coinvolti nella catena di distribuzione che origina dalla violazione della concorrenza.

La presunzione circa il nesso causale, oltre a porre una ripartizione dell’onere della prova che agevola la posizione processuale degli acquirenti indiretti, presupponendo la loro piena legittimazione a promuovere l’azione risarcitoria se vittime di un illecito antitrust, detta una regola di giudizio, stabilendo di fatto come il giudice deve decidere.

6. Illecito antitrust e danni punitivi

L’approfondimento del tema della quantificazione del danno antitrust non può prescindere dalla soluzione di un altro quesito e cioè se la funzione compensativa della responsabilità governi in *toto* la quantificazione del risarcimento o se, invece, si possa individuare un insieme complessivo di funzioni. Il complessivo modello di responsabilità per danno antitrust non può dirsi ancora oggi imperniato in via esclusiva sulla funzione compensativa dell’illecito civile e rispetto alla quale la carica deterrente del risarcimento sull’impresa violatrice delle regole di concorrenza, rappresenta un effetto indiretto, come tale incapace di incidere strutturalmente sulla fattispecie aquiliana¹⁴⁴.

I tratti di peculiarità del sistema dell’*antitrust private enforcement* sono il frutto di adattamenti normativi volti ad orientare il regime di responsabilità verso obiettivi di stampo pubblicistico e sembrano contrastare con la scelta di politica legislativa, cristallizzata nella Dir. 2014/104/UE, ispirata alla definizione del danno risarcibile

¹⁴⁴ M. Barcellona, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, p.120 ss., il quale distingue tra la “funzione normativa” - compensativa- delle norme antitrust e l’eventuale “efficacia sociale” – deterrente - delle regole di concorrenza; e nella medesima prospettiva della funzione anche deterrente che assume l’azione risarcitoria v. F. Denozza e L. Toffoletti, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell’azione privata nel diritto antitrust*, in AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di A. Zoppini e M. Maugeri, Bologna, 2009, p.193 ss.

sulla scorta del principio dell'integrale riparazione, con l'esclusione di esiti compensativi.

In particolare, la normativa antitrust promuove un controllo diffuso dell'effettiva concorrenzialità del mercato e nel perseguire tali strategia inevitabilmente si allargano le maglie del rimedio aquiliano, ampliando l'area dei soggetti legittimati all'azione ed appunto estendendo il risarcimento oltre la misura del danno effettivo. Del resto, l'effettività delle regole di concorrenza evoca l'implementazione della funzione dissuasiva del risarcimento, che intanto è possibile realizzare se il *quantum* del risarcimento è determinato oltre la misura, spesso troppo modesta per i consumatori e i terzi, del danno effettivo.

Se poi alla *ratio* dell'*enforcement antitrust* si aggiunge la specificità della nozione d'impresa in tale materia, ovvero centro di imputazione di una disciplina che presupponendo lo svolgimento di un'attività e quindi seguendo un approccio dinamico e sostanziale, consente deroghe alle regole di diritto comune, emerge come la responsabilità antitrust si articoli diversamente dalla responsabilità aquiliana generale e risponde, più che ad una *ratio* di riallocazione del pregiudizio ad una funzione di deterrenza. Il risarcimento che assume una curvatura sanzionatoria, cioè, mira a ripristinare l'ordine del mercato, che ne determinerà le forme e i contenuti.

In tal senso, tra le discipline di settore che rivelano l'elasticità funzionale della responsabilità, si invoca l'art.125 del d.lgs n.30 del 2005 secondo cui "*il lucro cessante è valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto*". Si ritiene, dunque, che in tale norma sia sancito il principio che la quantificazione del risarcimento include il profitto illecitamente o ingiustificatamente lucrato dal responsabile. Tale misura del danno risarcibile appare estendibile alle violazioni della normativa antitrust, ponendosi anche rispetto agli illeciti concorrenziali il rischio che la prospettiva di un vantaggio maggiore dell'eventuale risarcimento spinga a porre in essere la condotta anticoncorrenziale; da qui, l'insorgere di un'analoga esigenza di deterrenza.

Su queste basi poggia il tentativo di coordinare l'azione privata e l'intervento pubblico in materia antitrust. Ciò significa recuperare l'impiego della tecnica aquiliana per illeciti antitrust ad una prospettiva di deterrenza generale, declinata in senso conforme al paradigma dell'*optimal sanction*.

In tale ottica, il d.lgs n.3/2017 riafferma l'esclusiva vocazione compensativa del rimedio risarcitorio ma al contempo realizza quella "modifica della disciplina dell'azione privata" – con riguardo alle regole di legittimazione, di prova, di quantificazione, quelle attinenti al nesso di causalità- che la renda funzionale a risarcire una perdita economicamente intangibile, qual è quella derivante dall'illecito antitrust.

L'approccio economico che qualifica l'interpretazione del diritto antitrust implica che nella determinazione del *quantum* del risarcimento non potrà prescindersi, oltre che dall'apprezzamento della posizione del danneggiato, dalla posizione del danneggiante e dalle attese sociali.

Le regole che disciplinano la responsabilità antitrust vanno lette anche alla luce delle recenti aperture giurisprudenziali ai danni punitivi.¹⁴⁵

Il rinvio alle Sezioni Unite sui danni punitivi necessita di due precisazioni, ovvero che il cardine della responsabilità civile è e rimane il danno, articolato delle due voci del danno emergente e del lucro cessante, con la conseguenza che non è ammesso un risarcimento che ignori l'accertamento del danno o ne ecceda la misura – con esclusione, dunque, dei danni *in re ipsa* o di sovra compensazioni che realizzino una qualche funzione punitivo/deterrente. Inoltre, l'apertura ad una dimensione polifunzionale della responsabilità passa per la necessaria mediazione legislativa, pertanto, l'illecito in relazione al quale la responsabilità si carichi di funzioni ulteriori rispetto a quella meramente compensativa, deve essere tipico e quindi presentare connotati autonomi, non riconducibili a quelli generali ex art.2043 c.c.

Ciò posto e a voler applicare queste coordinate alla materia della concorrenza, si osserva che la disciplina della responsabilità di cui al d.lgs n.3 del 2017, è la responsabilità civile ordinaria, di cui richiama alcune tra le principali nozioni

¹⁴⁵ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017 n.16601, per un commento C. Scognamiglio, "Le sezioni unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile", in *Giustizia Civile.com*

(danno emergente e lucro cessante ex art.1, co.2) e regole d'impiego (artt.1223, 1226 e 1227 c.c., richiamati dall'art.14), oltre che richiamare, tra l'altro in via esclusiva la stessa funzione riparatoria della responsabilità (art.1, co.2, che esclude la possibilità di qualsivoglia sovra-compensazione per il presunto danneggiato). Tuttavia, la disciplina del risarcimento del danno da illecito antitrust contempla alcuni segmenti speciali rispetto al modello comune di responsabilità civile, tali, che rispetto alla funzione compensativa della responsabilità sembra prevalere la stessa logica della sanzione e quindi della dissuasione dalle violazioni della concorrenza.

Del resto, se è vero che la Direttiva sul *private enforcement* contiene un'enunciazione programmatica circa la funzione compensatoria della responsabilità, l'effetto deterrente del risarcimento per illecito antitrust ha un solido aggancio nel principio di effettività della tutela. Nei considerando di apertura della Direttiva, infatti, si ricorda come il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva discenda dall'art.19, par.1, co.2 e dall'art.47, co.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Pertanto, il canale di tutela pubblicistico, davanti alle Autorità garanti e quello privatistico, davanti al giudice civile sono considerati coesenziali e "*devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole sulla concorrenza*".

Nell'impianto della Direttiva, dunque, pur attribuendosi all'azione risarcitoria una funzione meramente compensativa, l'effettività della tutela giurisdizionale diviene essa stessa un'arma di deterrenza. L'effettiva protezione dei diritti sul piano civilistico, consente di "armare" gli interessi diffusi tutte le volte che la condanna al risarcimento del danno in funzione puramente riparatoria risulta inadeguata allo scopo.

Del resto, anche la Corte di Giustizia ha ritenuto che, in presenza della disposizione di una direttiva, secondo cui le sanzioni debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive e in mancanza di una norma, all'interno dell'ordinamento di uno Stato membro, che riconosca in via generale l'attribuzione di danni punitivi, spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri che consentano di determinare l'entità del risarcimento del danno, purché nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Ne deriva, che il principio di effettività, accanto a quello di proporzionalità della misura adottata, fonda e limita l'efficacia preventivo/deterrente del risarcimento del danno anche in materia antitrust.

La concezione polifunzionale della responsabilità civile è letta dalle Sezioni Unite proprio attraverso il prisma dell'effettività della tutela; la concezione monofunzionale potrebbe apparire *angustia* proprio con riguardo a discipline di settore poste a tutela di interessi sensibili - proprietà intellettuale, concorrenza, ambiente ecc. – che per le loro caratteristiche sembrano richiedere un più complesso intervento di sistema, che incida sulla stessa funzione della responsabilità civile in questi ambiti.

In quest'ordine di idee, il discorso sulle funzioni della responsabilità civile entra a pieno titolo nel complessivo disegno della tutela dei “nuovi diritti” nel tempo della postmodernità¹⁴⁶.

L'efficacia della funzione anche deterrente, in particolare, della responsabilità per illecito antitrust nel più ampio sistema della responsabilità civile si apprezza nel ruolo necessariamente complementare di *private e public enforcement*¹⁴⁷.

L'azione amministrativa, da un lato, soddisfa le esigenze meramente contingenziali poste di volta in volta dalla politica economica e di concorrenza perseguita dai pubblici; dall'altro, presenta un duplice limite strutturale, nella sua natura necessariamente selettiva - sarebbe impensabile l'avvio di un'istruttoria su ogni denuncia di accordi e pratiche lesive della concorrenza e negli strumenti sanzionatori di cui l'Autorità può servirsi, ovvero, sanzioni pecuniarie il cui ammontare è in genere inferiore al profitto che il responsabile della condotta anticoncorrenziale può trarne.

Da qui, l'esigenza di introdurre un corredo di rimedi civili contro illeciti antitrust al fine di incentivare l'azione diretta dei portatori di interessi privati.

Un modello virtuoso di *enforcement* della concorrenza, dovrebbe fondarsi sull'interferenza di rimedi, articolando il loro rapporto in termini di autonomia

¹⁴⁶ C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere Giur.*, 2016, 7, 909

¹⁴⁷ M. Libertini, *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, p. 356 ss. Del resto la complementarità tra meccanismi protettivi si manifesta oltre il diritto antitrust, in una molteplicità di aree in cui l'azione pubblica fa da contraltare alle iniziative dei privati; così nel caso dei poteri conferiti all'Agcm in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori.

concettuale e sintonia finalistica¹⁴⁸; invece, accade che il privato che intende far valere le proprie ragioni risarcitorie per pregiudizi derivanti da condotte anticompetitive, è costretto a destreggiarsi tra le regole ordinarie della responsabilità civile.

Affinché il *private enforcement* rivesta il ruolo di “*useful complement*” per il raggiungimento di un miglior grado di deterrenza nella repressione di condotte anticoncorrenziali – tra gli obiettivi primari di un intervento normativo di armonizzazione in materia di risarcimento del danno da illecito antitrust - dovrà valorizzarsi l’empatia esistente tra interesse pubblico e interesse privato.

Ne consegue, che i giudici nazionali, nel decidere l’*an* e il *quantum* del risarcimento, non possono prescindere dalla moderna concezione della concorrenza come processo dinamico e quindi impiegare lo strumento risarcitorio nella prospettiva più ampia di correggere le tendenze - accordi tra imprese, sfruttamento abusivo di posizione dominante – contrastanti con la libertà di mercato ed il suo assetto concorrenziale.

Ciò equivale a riconoscere che la responsabilità civile per illecito antitrust ha insita la funzione preventivo/deterrente, prossima ad una concezione di tipo giudiziario/punitivo del diritto antitrust, che il nostro ordinamento sembra *prima facie* ripudiare, ma che, invece, indirettamente accoglie perché si presta più facilmente ad indurre modifiche nei comportamenti delle imprese responsabili o comunque interessate.

Nell’attività d’impresa, la funzione riparatoria che si assegna al giudizio aquiliano appare in secondo piano rispetto a quella di prevenzione. In realtà, semplicemente si sta tentando di individuare meccanismi sostanziali e processuali che possano dare concretezza alla dimensione collettiva del danno che deriva dalla violazione delle regole di concorrenza. Se è vero che al risarcimento non può assegnarsi il carattere di sanzione dell’illecito civile, ciò non vuol dire che la responsabilità civile sia sempre priva di una funzione preventiva o punitiva; quando ciò accade, tale funzione non è propria del risarcimento in se, ma di una delle possibili ragioni

¹⁴⁸ M. Casoria e R. Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, nota a Cass., 4 giugno 2015, n.11564, in *Foro It.*, 2005, I

per cui si risponde del danno¹⁴⁹. Nel caso dell'illecito antitrust, tra le varie *rationes* che si intrecciano con la funzione compensativa del risarcimento, a giustificare l'imputazione della responsabilità è la violazione del divieto di una determinata condotta.

In particolare, quando ad agire è un'impresa, la responsabilità civile non deve svolgere solo la funzione di riparare il danno, ma anche quella di migliorare il livello di attività per tutti i potenziali soggetti operanti in un determinato mercato. Per garantire questo effetto di deterrenza e di prevenzione si impiega una regola di responsabilità oggettiva, affrancata dalla colpa, al fine di distribuire le perdite economiche attraverso l'internalizzazione dei costi e degli esiti negativi.

In questo senso *il danno antitrust è un danno gelido*, si costituisce, cioè, un sistema di responsabilità che prescinde dalla colpa, al fine di meglio prevenire la commissione di fatti illeciti; si caricano sul danneggiante le inefficienze del sistema concedendo un risarcimento che supera o prescinde la misura del danno effettivo riportato dalla vittima. Ne consegue che i confini tra riparazione e punizione si avvicinano sensibilmente ed è da tale scenario che occorre partire se si vuole cogliere la reale portata della decisione delle Sezioni Unite sui danni punitivi con riguardo alla materia della concorrenza.

L'effetto immediato è che le imprese europee, condannate negli Stati Uniti a danni punitivi, inevitabilmente dovranno rivedere la propria strategia processuale. Il limite dell'ordine pubblico, nella nuova nozione delineata dalle Sezioni Unite, coincide con i principi fondamentali della Costituzione e quindi con i principi che promanano dai Trattati dell'Unione Europea. Pertanto, potrebbe ritenersi che se la responsabilità per illecito antitrust, in ogni caso, non ammette forme di sovracompensazione, nulla sia cambiato per le società italiane operanti oltre oceano.

Senonché, dall'impianto complessivo del d.lgs.n.3 del 2017, si desume la valenza afflittivo-deterrente della responsabilità antitrust, alla luce, come si è tentato di dimostrare, delle peculiarità del danno anticoncorrenziale, intangibile e plurioffensivo e del bene protetto, la concorrenza, che ha natura meta-individuale e in quanto tale, sfugge alla classica struttura dominicale del diritto.

¹⁴⁹ C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005

In particolare, la violazione dei divieti del diritto antitrust può dar luogo ad un conflitto che la dottrina definisce di incompatibilità modale, nel senso che l'illecito si configura diversamente perché trae origine da un comportamento che è vietato in ragione delle sue stesse modalità.

In effetti, le pratiche anticoncorrenziali vengono definite dal legislatore in relazione alle modalità di attuazione; ma, riguardate dal punto di vista delle azioni risarcitorie, esse devono essere valutate in funzione degli effetti che producono sul mercato, in base a quel giudizio ipotetico che tenga conto di quanta probabilità di guadagno, compatibile con il mercato di riferimento, sarebbe stata realizzata dall'impresa che ha subito gli effetti negativi della condotta escludente o di sfruttamento tenuta dall'impresa concorrente se l'illecito non fosse stato compiuto, e quanto minor guadagno ha di fatto realizzato. La differenza determina il *quantum* del risarcimento per violazione della concorrenza.

Applicando le coordinate emerse dalla pronuncia sui danni punitivi, si osserva che ai giudici italiani *che pronunciano in materia di danno extracontrattuale non è consentito imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati*¹⁵⁰; è, dunque, da escludere che sia stato senz'altro introdotto nel nostro sistema normativo, e come rimedio generale, l'istituto dei danni punitivi. Tuttavia, non si può prescindere dall'attitudine, ormai mutata, della legislazione speciale nei confronti della possibile attribuzione alla condanna risarcitoria anche di una funzione sanzionatoria.

¹⁵⁰ S.U., 5 luglio 2017, n.16601

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden E. e De Pamphilis M., *Valutazione dei danni*, commento all'art.17 - Direttiva 2014/104/UE, in *Il risarcimento del danno nl diritto della concorrenza*, AA.VV. (a cura di) P. Manzini, Torino, 2017

Amato G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, 1998

Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1

Areeda P.E., Blair R.D., Hovenkamp H., Durrance C.P., *Antitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application*, Wolters Kluwer, 2006

Baldassarre A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971; F. Galgano, in *Commentario alla Costituzione*

Barcellona M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008

Bruzzo G. e Boccaccio M., *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, relazione al Convegno *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, organizzato dall'Agcm – Roma 29 gennaio 2010

Bruzzo G., *“Tipologie di illeciti antitrust e selezione delle voci di danno risarcibili”* – Scuola Superiore della magistratura, 10 novembre 2017

Buccirossi P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. e merc.*, 2014, II

Camilleri E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e tutela della concorrenza*, Napoli, 2008

Carpagnano M., *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing on*, in L.F. Pace (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013

Casoria M. e Pardolesi R., *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, nota a Cass., 4 giugno 2015, n.11564, in *Foro It.*, 2015, I

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997

Castronovo C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5

Cavaliere P., *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art.41Cost.*, Padova, 1978

Chieppa R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'Agcm* in *Dir. ind.*, 2016, 4

Castillo F. de la Torre, *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, in *"World Competition"*, vol.33 n.3, 2010

Clarich M., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, p.77

Corso G., *"La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)"* in *Dir. pubbl.*, 2002, 3

De Santis A. D., *La Direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in romatrepress.uniroma3.it

Della Cananea G., Napolitano G. (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998

Denozza F. e Toffoletti L., *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in “*Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*”, Bologna, 2009, M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di)

Galgano F., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982

Gallo D., L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga *antitrust* atipica, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013

Gestri M., *Regolamentazione del mercato ed iniziativa economica privata: l'incidenza del diritto comunitario sulla costituzione economica*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto – Mercato amministrazione diritti*, (a cura di) A. Vignudelli, Torino, 2006

Ghezzi F, Maggiolino M., *L'abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011, A. Catricalà, E. Gabrielli (a cura di)

Ghidini G., Arezzo E, “*La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*”, in *Giur. Comm.*, fasc.4, 2012

Ghidini G., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1976

Giannacari A. “*In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*”, in *Merc. Conc. Reg.*, 2017, I

Giudice P., *Il private enforcement nel diritto dei mercati finanziari*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

Giussani A., *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in AIDA, 2015

Guizzi G., *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust.*, Milano, 2010

Guizzi G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1999, I

Irti N., “*Iniziativa economica e concorrenza*”, in *Per una nuova Costituzione economica*, a cura di G. Della Cananea, G. Napolitano, Bologna, 1998

Irti N., *Iniziativa economica e concorrenza*, in G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998

Libertini M., *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010

Libertini M., “*La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*”, in *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014

Libertini M., *“La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell’ultimo decennio”* in *Mercato conc. reg.*, 2014

Libertini M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, *ivi*, 2005, 8, 1093

Libertini M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *“Danno e resp.”*, 2005

Libertini M., *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 15/2007

Libertini M., *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2012, 3

Libertini M., *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007

Luciani M., *“Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana”*, in *Dir. e Società*, n.4, 2011

Maugeri M.R., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri – A. Zoppini, Bari 2008

Minervini G., *“Concorrenza e consorzi”* in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1965

Mezzanotte F., *Il trasfererimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 1

Nivarra L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1994, II, p.1455, A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Urbettazzi (a cura di)

Nivarra L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani – R. Pardolesi – F. Patroni Griffi – L. C. Urbettazzi (a cura di), Bologna, 2004, vol. II

Oppo G., *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 543 e ss..

Osti C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004

Pasquarelli F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'Agcm a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. Industriale*, 2016, 3

Pera A., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n.14, 2012

Posner R.A., *Antitrust Law: an economic perspective*, Chicago, 1978

Palmieri A. – Pardolesi R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal...si lagni e chieda i danni”* in *Il Foro italiano* 2002

Pardolesi R., *Danno antitrust e svuotamento dell'onere della probatorio a carico del consumatore, commento a Cass. 28 maggio 2014, n. 11904*, in *Foro it.* 2014, I

Porter M. E., *Il vantaggio competitivo*, Torino, 1999

Puleio G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2016

Rossi G., *Take Courage! La corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust* in *Il Foro italiano* 2002

Rossi G., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995

Scognamiglio C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.* 2016

Scoccini G., *“Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione – La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust”* in *Giur. It.*, 2015, 12, 2603

Scognamiglio C., *“ Le sezioni unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile”*, in *Giustizia Civile.com*

Scognamiglio C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere Giur.*, 2016

Tavassi M., *Ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'autorità garante in 20 anni di antitrust*, P. Barucci e C.R. Bedogni (a cura di), Giappichelli, 2010

Tizzano A., *In tema di ammende inflitte dalla Commissione per violazione delle regole di concorrenza della Cee*, in *“Il Foro Italiano”*, 1971, IV

Todino M., *Il danno risarcibile, La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, Milano, 15 maggio 2015 (Convegno AIDA)

Toffoletto A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996

Salvi C., *La responsabilità civile*, Milano, 2005

Villa G., *La Direttiva Europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere Giuridico*, 2015, 3

Villa G., *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corriere Giur.*, 2017