

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Manuel Mazzamurro

L'AZIONE RISARCITORIA ANTITRUST ALLA LUCE DEL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 104/2014/UE: UN'OCCASIONE MANCATA?

1. L'origine del private enforcement comunitario e il confronto con il modello americano

1.1 Il modello europeo

Il diritto antitrust è quella branca del diritto che si occupa di tutelare il fondamentale valore della libertà della concorrenza e il suo rapporto con le altre libertà fondamentali; vista la sua origine eminentemente pubblica, l'iniziale obiettivo della tutela della concorrenza era la difesa di interessi pubblicistici. Ma in realtà sin dalle origini, ossia sin dalla sottoscrizione del Trattato di Roma, è insita nel sistema comunitario antitrust l'esigenza di tutela di interessi privatistici; non è un caso che spesso in passato la Commissione europea sottolineò l'utilità delle azioni private rispetto al public enforcement¹. Infatti le condotte anticoncorrenziali sono plurioffensive e sono idonee a ledere i diritti dei soggetti che operano all'interno del mercato stesso, oltre a pregiudicare interessi pubblicistici. Non è un caso che la Corte di giustizia già nel 1974 con la pronuncia BRT/Sabam affermò che i divieti antitrust sanciti dal Trattato, producendo direttamente effetti nei rapporti tra i singoli, conferivano a questi ultimi diritti che i giudici nazionali dovevano tutelare². Ciò che per molti anni ha caratterizzato, e, probabilmente ancora oggi, caratterizza il diritto della concorrenza europeo è la centralità del mercato e il raggiungimento dell'integrazione tra i vari Stati membri. Quando invece iniziò a diffondersi il private enforcement? Nonostante sin dal 1974 si era affermata l'utilità dell'apporto delle azioni private, è stato lungo il percorso che ha portato al riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni dei privati lesi da una condotta

¹Sul rapporto tra Commissione europea ed Autorità antitrust nazionali cfr. F. GHEZZI G. OLIVIERI., *L'applicazione del diritto antitrust*, in *Il diritto antitrust*, Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 310ss.

²Corte di giustizia 30 gennaio 1974, 127/73, BRT/Sabam.

anticoncorrenziale. Il primo passo venne tracciato nel 2001 con la sentenza *Courage*, attraverso cui si venne a delineare un duplice canale di applicazione delle norme di contrasto alle intese restrittive e all'abuso di posizione dominante: da un lato il livello pubblicistico o public enforcement, fondato sui procedimenti di accertamento e repressione delle condotte illecite svolti da autorità pubbliche a tutela dell'interesse generale e con finalità di deterrenza; dall'altro i giudizi relativi a controversie tra privati, con il precipuo obiettivo di ripristinare le situazioni giuridiche lese dalle condotte illecite, prevenendo anche la condanna al risarcimento dei danni del responsabile delle violazioni (private enforcement). Infatti, partendo dall'analisi dell'art. 81 del Trattato, la Corte affermò che sarebbe stata messa in discussione l'efficacia dell'articolo stesso laddove il rimedio del risarcimento non fosse stato azionabile da chiunque avesse subito un danno a causa di un contratto o di un comportamento restrittivo della concorrenza³. In questo contesto si inserì il regolamento 1/2003 CE che introdusse un nuovo sistema di applicazione del diritto della concorrenza, determinando un parziale depotenziamento del monopolio nell'applicazione dell'art. 101.3 TFUE attraverso l'istituzione dell'European competition network, un'organizzazione di coordinamento tra le varie Autorità garanti della concorrenza nazionali, e disciplinando il ruolo delle giurisdizioni nazionali in materia antitrust⁴. Nel 2006 con la sentenza *Manfredi*, generata da controversie nell'ambito del settore assicurativo, si affermò ulteriormente il diritto al risarcimento del danno subito da una violazione antitrust, andando a specificare alcuni aspetti lasciati irrisolti dalla precedente pronuncia⁵. La Corte infatti non solo evitò di affrontare la questione della funzione deterrente e punitiva del risarcimento dei danni antitrust, ma, andando a sottintendere una funzione compensativa del risarcimento, stabilì che il risarcimento dovesse essere completo, ossia pari ai danni subiti, e sottolineò la necessità della presenza di un nesso causale tra danno e violazione delle norme antitrust, riconoscendo a quest'ultimo aspetto una funzione selettiva dei danni risarcibili⁶. Queste erano le principali coordinate di riferimento del sistema di tutela dei soggetti privati all'interno del diritto antitrust comunitario. Ciascuno Stato membro aveva il

³Corte di giustizia 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*.

⁴Tali atti presentarono molti spunti favorevoli al private enforcement, a partire dal considerando n. 7 del Regolamento dove si affermò 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 i privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni." Ciononostante, l'impianto generale del Regolamento continuò ad attribuire un ruolo predominante alla Commissione, cui furono tra l'altro affidati 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). L. PIGNATARO., *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e impresa Europa*, 2003, fasc. 1, pp. 236ss.

⁵Corte di giustizia 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04.

⁶La sentenza *Courage* affermò il diritto al risarcimento danno valorizzandone la funzione deterrente. La successiva pronuncia *Manfredi* si soffermò invece sul riconoscimento del diritto al risarcimento danni, cercando di delinearne gli aspetti principali e tralasciando invece funzioni ulteriori. Sul punto cfr. M. COLANGELO., *Le evoluzioni del Private Enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Europa e diritto privato*, 2008, fasc. 3, pp. 655-677.

potere di delineare le modalità e le condizioni delle azioni risarcitorie antitrust, nel rispetto dei principi generali di equivalenza ed efficacia. Il quadro dei rimedi azionabili, a fronte delle violazioni antitrust, era dunque ancora dominato dai provvedimenti di natura pubblicistica della Commissione⁷. Dopo l'adozione del regolamento n. 1/2003, la Commissione iniziò ad interrogarsi sull'opportunità di fissare un nucleo di regole comuni volte a facilitare l'esercizio delle azioni risarcitorie derivanti da violazione della normativa antitrust, vista la mancanza di uniformità tra le diverse normative nazionali. Le soluzioni possibili confluirono dapprima in un Libro verde del 2005 e poi in un Libro bianco del 2008. Nel Libro Verde del 2005 la Commissione evidenziò per la prima volta come il risarcimento del danno potesse essere un importante strumento di rimedio anticoncorrenziale. Questo documento fotografò una situazione alquanto allarmante, nonostante il percorso avviato con le pronunce *Courage* e *Manfredi*. Infatti emerse come: «nonostante il diritto comunitario esiga un sistema efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, nei 27 Stati membri questo settore del diritto è ancora caratterizzato da un sottosviluppo totale⁸». Come già affermato nella decisione *Courage*, il documento sottolineò l'importanza del coordinamento tra private e public enforcement. Infatti, attraverso il rimedio risarcitorio si sarebbe dovuto rafforzare il carattere operativo delle regole sulla concorrenza comunitarie, sul presupposto che tali azioni potessero fungere da deterrente. Per questo motivo esse avrebbero dovuto svolgere, nel breve periodo, la funzione compensativa dei privati, mentre la finalità deterrente avrebbe dovuto costituire l'obiettivo ultimo del generale sistema di attuazione della normativa antitrust. In definitiva si può rilevare come a partire dal Libro Verde si iniziò a lanciare un messaggio chiaro sia nell'evidenziare l'importanza ed il ruolo complementare del private enforcement rispetto al public enforcement, sia nel mettere in rilievo che lo scarso sviluppo delle azioni private imponeva scelte di politica del diritto volte specificatamente ad incentivare l'attuazione del diritto della concorrenza da parte dei privati, per promuovere una cultura della concorrenza dove il lato pubblicistico e il lato privatistico concorressero insieme ad assicurare il corretto funzionamento del mercato nel suo complesso. Dopo alcuni anni di riflessione sul contenuto del Libro Verde la Commissione europea nel 2008 produsse il Libro Bianco nel quale, accogliendo in pieno le indicazioni della sentenza *Manfredi*, compì un cambio di rotta nella definizione del processo di privatizzazione del diritto antitrust europeo, facendo proprio un approccio soprattutto volto alla compensazione. Il

⁷Nonostante l'enfasi riposta sull'obiettivo della privatizzazione antitrust, il Regolamento non contenne in realtà nemmeno una norma diretta a disciplinare e specificare i rimedi civili esperibili o comunque idonea ad incidere sull'effettività della tutela civile. Tant'è che esso non andò in alcun modo a colmare le carenze del private antitrust enforcement europeo e perciò non risolse i problemi del suo sottosviluppo. Sul punto ampiamente E. SALOMONE., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, fasc. 3, pp. 875ss.

⁸ Oltre questo parziale disinteresse da parte degli Stati membri, era presente anche un "astonishing diversity" per quanto riguarda le varie regole, procedurali e sostanziali. S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, pp. 1423ss

sistema risarcitorio elaborato all'interno del documento si modellò infatti su regole funzionali alla compensazione e alla riparazione dei danni, mentre marginale fu la ricerca di regole volte ad incentivare le azioni risarcitorie e ad aumentare l'effetto deterrente.

Il percorso di evoluzione del private enforcement del diritto antitrust giunse alla tappa finale nel giugno 2013, quando la Commissione presentò la proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie antitrust per violazioni del diritto della concorrenza con un duplice obiettivo: da un lato garantire l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno antitrust, con un livello equivalente in tutti gli Stati membri; dall'altro migliorare il coordinamento tra i due canali del public e private enforcement, valorizzandone la loro complementarietà.

La direttiva 2014/104/UE sulle azioni risarcitorie⁹ riguarda sia le azioni follow-on, successive alla decisione di un'autorità garante della concorrenza, le quali possono beneficiare degli accertamenti probatori già svolti in sede pubblicistica, sia quelle stand-alone, nelle quali il danneggiato deve assolvere un onere probatorio maggiore. Tra le altre novità vi sono in particolare il sistema di disclosure delle prove, incluse le informazioni contenute nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza¹⁰, la presunzione relativa circa l'esistenza di un danno nei casi di cartello e la previsione che attribuisce effetto vincolante nei giudizi risarcitori alle decisioni delle autorità garanti della concorrenza nazionali¹¹. La direttiva non specifica nulla circa le caratteristiche dell'azione risarcitoria, le quali saranno rimesse alle valutazioni che ciascuno Stato adotterà in sede di recepimento della direttiva. Risulta inoltre estranea l'organizzazione della class action, strumento essenziale in una materia in cui, il frequente frazionamento del danno in piccole quote individuali, scoraggia costose iniziative giudiziarie dei singoli; questo comporta una possibile difformità nei livelli di tutela a seconda dell'incisività di tale azione nei singoli Stati membri. L'azione di classe avrebbe infatti la funzione di colmare le asimmetrie esistenti tra il litigante abituale (nella fattispecie, l'impresa responsabile che

⁹Come riferimento per questo importante tema cfr. G. A. BENACCHIO., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario Sistematico del diritto della Concorrenza*, a cura di PACE L. F., Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 16ss; S. VINCRE., *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2015, pp. 1153ss; G. FINOCCHIARO., *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Diritto industriale*, 2016, pp. 221ss.; G. PITRUZZELLA., *La direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust*, in *Diritto industriale*, 2016, pp. 313ss.; P. COMOGLIO *Note ad una prima lettura del d.lgs. n.3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 991ss.; O. PALLOTTA., *Public e private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 621ss.; R. CHEPPA., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, Relazione al convegno "Verso il recepimento della Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust"*, Roma, 11 settembre 2015, in *Il Diritto industriale*, 2016, pp. 314ss.

¹⁰Questo rappresenta un importante passo in avanti nel passato verso lo sviluppo delle azioni risarcitorie, perché in questo modo il soggetto danneggiato avrà a disposizione gli elementi per assolvere l'onere probatorio richiesto dall'azione. Sul punto cfr. G. FINOCCHIARO., *ibidem*, pp. 235ss.

¹¹La vincolatività della precedente decisione dell'Autorità garante nazionale agevolerà il giudizio dinnanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, dal momento che l'attore poi dovrà soltanto provare il nesso di causalità e il danno subito.

ha l'interesse economico e la struttura organizzativa per fronteggiare una molteplicità di giudizi frazionati al fine di conservare il frutto complessivo del suo illecito) e il litigante occasionale (il singolo danneggiato, spesso poco attrezzato e normalmente portatore di un interesse sufficientemente modesto, da rendere ingiustificati i rischi e i costi del processo)¹². La Commissione ha limitato il proprio intervento sul tema alla redazione di una raccomandazione con cui si auspica l'introduzione da parte degli Stati membri di azioni collettive generali indicandone le linee guida, ma rimettendone la realizzazione alle legislazioni nazionali e, nel nostro ordinamento, all'art. 140bis del codice del consumo. Il risultato, allo stato attuale della nostra legge, è che della class action possono avvalersi i consumatori, ma non altre categorie ugualmente destinati ad occupare una posizione asimmetrica nel processo, come le imprese di minori dimensioni che hanno subito gli effetti di una pratica anticoncorrenziale¹³.

In questo articolo si analizzeranno i cambiamenti apportati al private enforcement antitrust in seguito al recepimento della direttiva 104/2014 Ue da parte dell'ordinamento giuridico italiano avvenuto con il decreto legislativo n. 3 del 2017, adottato a seguito della legge delega 114 del 2015.

1.2 Il modello americano

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale americana in materia antitrust è stata la base per la creazione del diritto antitrust europeo¹⁴; la sua analisi può permettere di comprendere le differenze esistenti con il modello europeo, e le ragioni che hanno portato all'affermarsi del private enforcement nel nostro continente. L'essenza del diritto antitrust americano può cogliersi analizzando la differente visione del principio di libertà di concorrenza e di libertà di impresa: mentre a livello europeo il mantenimento della libera concorrenza si è posto come alternativa ad un intervento dello Stato nell'economia, negli Stati Uniti esso è volto a contrastare le formazioni monopolistiche private, per salvaguardare il principio di una libera impresa in un libero mercato. Secondo la visione degli economisti di Chicago, la concorrenza doveva essere considerata come

¹²C. CONSOLO., *Class actions fuori dagli Usa? Un'indagine preliminare sul versante dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, fasc. 1, pp. 617ss.

¹³G. BRUZZONE A. SAJA., *Verso il recepimento della direttiva sul "private enforcement" del diritto "antitrust"*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp.263.

¹⁴ Sul tema del diritto antitrust statunitense cfr. G. BERNINI., *Un secolo di filosofia antitrust: il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, 1991, Clueb, Bologna, pp. 34ss; G. TADDEI ELMI., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 196ss; G. LEVI CAROTI., *La disciplina antitrust: il modello statunitense Relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione internazionale giuristi di lingua italiana), "Il diritto comunitario antitrust dopo le riforme e il suo impatto negli ordinamenti interni"*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp. 140ss; E. CRISTOFERI W. GIACARDI E. GILARDI, *Diritto antitrust e private enforcement: America, Europa e Italia a confronto*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2009, pp. 50ss; F. CAMELLI., *La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, pp. 85ss.

un valore a sé stante, capace di produrre risultati efficienti in modo autonomo¹⁵. Questa concezione statica della concorrenza, quale risultato di una naturale condizione di equilibrio nel mercato, è stata poi sostituita da una concezione dinamica, che vede nella competizione delle imprese il modello per il raggiungimento di un reale sviluppo economico. Questa diversità di vedute permette di cogliere le ragioni di quello che è oggi l'attuale diritto antitrust americano. Il punto di partenza è lo Sherman Act del 1890 (An Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies). Nella sez. 1 sono presenti i comportamenti vietati, accompagnati da determinate sanzioni: il contratto, la combinazione e la conspiracy¹⁶. Soffermandoci su quest'ultima ipotesi, essa rappresenta la prima importante differenza rispetto al sistema antitrust europeo: una condotta volta a tutelare la libertà della concorrenza viene elevata a fattispecie penale. Essa consiste nell'accordo diretto alla commissione di un fatto illecito; più precisamente, nella sezione 2 dello Sherman Act, si stabilisce: «Ogni persona che monopolizzerà o tenterà di monopolizzare o entrerà a far parte di combinazioni o cospirazioni con altra persona o persone, tendenti a monopolizzare qualsiasi parte degli scambi o del commercio fra i vari Stati o con nazioni straniere sarà ritenuto colpevole di un reato». Sul piano oggettivo si può osservare come a differenza della nozione europea di abuso di posizione dominante, il concetto di monopolizzazione è diverso e di portata più generale, perché esso può giungere a vietare l'acquisizione e l'esercizio di una posizione dominante anche se si realizza mediante crescita interna, invece a livello europeo la nozione contenuta nell'art. 102 del TFUE vieta solo l'abuso della posizione e non il conseguimento della stessa¹⁷. Lo Sherman Act, differenziandosi dalla disciplina europea, prevede oltre la sanzione civile una sanzione penale: inizialmente, nel testo del 1890, era prevista una sanzione pecuniaria di 5.000 dollari, oltre la pena detentiva. In seguito a diversi interventi normativi, nel 1984 con il Criminal fine enforcement act si giunge a prevedere una pena pecuniaria che, laddove il soggetto sia una società, può arrivare fino ad un milione di dollari, mentre per le persone fisiche fino a 100.000 dollari. In quest'ultimo caso una pena detentiva, pari a 3 anni di reclusione, può essere comminata congiuntamente alla pena pecuniaria. L'azione penale viene esercitata da parte dello Stato Federale a cura del Department of Justice. Lo stesso vale per quanto riguarda l'azione civile, in cui assume un ruolo importante la c.d. injunction, che consiste in un ordine che

¹⁵Cfr. sul punto V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 163ss.

¹⁶ Sulla fattispecie della conspiracy ex multis S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 467-468. GRASSO C., *La conspiracy negli ordinamenti di common law*. in *La Giustizia penale*, 2006, pp. 116ss.

¹⁷ Sull'abuso di posizione dominante cfr. S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 215ss; V. DI CATALDO A. VANZETTI, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 624ss; L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà industriale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, pp. 2787ss.; P. AUTERI G. FLORIDIA V. MANGINI M. OLIVERI G. RICOLFI M. ROMANO R. SPADA., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 478ss; M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, pp. 330ss.

vincola le parti, in perpetuo o per un certo numero di anni, all'obbedienza di una serie di divieti e comandi. Infine vi è l'azione privata volta al conseguimento del triplo del danno subito, che può essere esperita da chiunque abbia subito un danno derivante dalla violazione della normativa antitrust, e rappresenta un forte elemento di deterrenza nei confronti delle imprese, vista l'entità del risarcimento a cui possono essere esposte.

2. Il danno risarcibile e la sua traslazione

Iniziamo adesso ad esaminare le caratteristiche dell'azione risarcitoria antitrust nel sistema italiano e comunitario. Il primo aspetto è quello del danno risarcibile. All'interno della giurisprudenza comunitaria, in particolare nella sentenza *Courage e Manfredi*, si è sempre sostenuto il diritto al risarcimento effettivo. Nell'ordinamento comunitario, come anche in quello italiano, non è confluita la disciplina d'oltreoceano dei c.d. *treble damages*. Infatti nell'ordinamento giuridico statunitense la vittima della pratica antitrust ha diritto ad un risarcimento pari al triplo dei danni subiti, ed esso è stato uno dei capisaldi di questo sistema sin dalle origini per assicurare la funzione deterrente e per incentivare le azioni di risarcimento, altrimenti troppo costose per i privati che subiscono un danno individuale di lieve entità. I *treble damages* costituiscono un'ipotesi particolare di danni punitivi¹⁸: introdotti inizialmente per assolvere sia funzioni pubbliche che private, ossia da un lato per compensare i danneggiati, dall'altro per evitare il ripetersi di condotte illecite, i *treble damages* nel tempo hanno assunto essenzialmente una funzione deterrente nel sistema antitrust statunitense. Diversa è invece la soluzione adottata all'interno della direttiva 104/2014/UE: gli Stati membri sono tenuti ad assicurare il pieno risarcimento, come ribadito nel 12° Considerando e all'art. 3, di chiunque sia danneggiato da una pratica anticoncorrenziale; il che significa: «ripristinare, per chiunque abbia subito un danno, la situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa». La direttiva indica poi che il risarcimento del danno comprende il danno emergente e il lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi, con l'indicazione a non incorrere in «sovra-compensazioni» sotto forma di risarcimento multiplo o punitivo. In particolare gli interessi dovranno decorrere dal momento della produzione del danno fino all'effettivo ristoro del medesimo. Il decreto legislativo viene ad orientarsi in questi termini, prevedendo all'art. 1 co. 2 che il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non

¹⁸I *punitive damages* si aggiungono ai *compensatory damages* e costituiscono una sorta di pena privata inflitta, con funzione deterrente e punitiva, per una condotta socialmente grave e riprovevole caratterizzata soggettivamente dal dolo, dalla grave negligenza o mala fede del suo autore e oggettivamente dal pregiudizio agli interessi diffusi o aventi una rilevanza pubblica. Sui danni punitivi cfr. G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, fasc. 3, pp. 327ss; G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i "punitive damages"* Relazione al Convegno "Le nuove frontiere del risarcimento del danno", Roma, 2 febbraio 2017, in *Jus civile*, 2017, pp. 5ss; M. TESCARO, I "punitive damages" nordamericani: il punto di vista del "Bundesgerichtshof" (e non solo?) Relazione all'incontro di studio "Le nuove frontiere del risarcimento del danno", Roma, 1-2 febbraio 2017, in *Studium iuris*, 2017, 317ss; M. TESCARO., *Il revirement 'moderato' sui punitive damages*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2017, pp. 52ss.; C. SCOGNAMIGLIO *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, pp. 1109 ss.

determina sovracompenzazioni, eliminando la possibilità che possano essere calcolati dei danni punitivi. Si viene perciò a distinguere tra quella che è la funzione compensativa, affidata al private enforcement, e quella che è la funzione afflittiva e deterrente, affidata al public enforcement.

Una parte rilevante della direttiva n. 104/2014 e del D.lgs. n. 3 del 2017 è dedicata alla questione relativa alla traslazione del danno, ossia di quel fenomeno in forza del quale la vittima di un illecito antitrust trasferisce sulla propria controparte negoziale il pregiudizio subito a seguito del prezzo maggiore pagato per la condotta illecita¹⁹. Si tratta di una tematica riguardante il nesso causale la cui disciplina generale è quella propria della responsabilità civile, ma che all'interno del decreto trova alcuni profili di specificazione in ragione della particolarità della materia del risarcimento antitrust. Il fenomeno è piuttosto frequente come si potrà ben comprendere a breve: infatti, spesso accade che a seguito di una intesa vietata o di un abuso di posizione dominante, un certo prodotto venga venduto ad un prezzo maggiorato. Il venditore su grande scala, dopo aver acquisito il bene, andrà a rivenderlo ad un prezzo maggiorato per far sì che vengano riversati sui contratti successivi i danni patiti per i comportamenti anticoncorrenziali. I problemi che si ponevano in passato, e che la direttiva cerca di risolvere, sono essenzialmente due: se l'acquirente indiretto, danneggiato dal comportamento anticoncorrenziale, possa agire nei confronti dell'autore dell'illecito per ottenere il risarcimento del danno (c.d. passing on offensivo); se il danneggiante possa eccepire all'acquirente indiretto l'avvenuta traslazione del sovrapprezzo, al fine di ottenere il rigetto della domanda di condanna che quest'ultimo ha proposto nei suoi confronti (c.d. passing on difensivo). Sul piano del passing-on offensivo, all'interno della Direttiva si stabilisce all'art. 3 che tutti i danneggiati hanno diritto ad essere risarciti. Si esclude perciò che possa negarsi il diritto al risarcimento dei contraenti indiretti, in ragione della loro lontananza dall'autore dell'illecito. Si consolida quanto era stato affermato dalle sentenze Courage e Manfredi, ossia l'idea secondo cui tutti i danni subiti in seguito ad un illecito antitrust devono essere risarciti. Sebbene in passato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁰ e di parte della dottrina²¹ era fermo nell'escludere dalla tutela antitrust coloro i quali si venivano a trovare in una situazione di lesione dei propri interessi, ossia i consumatori finali, oggi si può dire che grazie all'art. 10 della l. n. 3 del 2017 viene riconosciuta anche a tali soggetti la legittimazione. In particolare si stabilisce che non solo potranno agire in giudizio coloro i quali abbiano subito un danno diretto, ma laddove il sovrapprezzo sia stato trasferito a seguito di più passaggi lungo la catena di vendita, potranno agire anche

¹⁹ Sul tema della traslazione del danno cfr. M. CARPAGNANO *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. PACE., Jovene editore, Napoli, 2013, pp. 298ss; E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, 2015, pp. 34ss; V. M. PEREIRA, *Passing-on of Overcharges: Will the National Courts Lead the Way Forward?*, in *Rivista italiana antitrust*, 2015, pp.7ss; M. CARPAGNANO, *Le regole (proposte) sul "passing-on" e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 273ss.

²⁰ In particolare si può citare Cass. Civ. n.1745 del 9 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1121 ss.

²¹ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, pp. 469ss.

coloro i quali risultino essere destinatari degli effetti del trasferimento del prezzo lungo la catena di vendita, prescindendo dal fatto che il soggetto leso sia venuto o meno a contatto con l'impresa che ha posto in essere la violazione. Sul piano dell'onere probatorio si facilitano le azioni risarcitorie dettando una presunzione all'art. 14 co. 2, prevedendo che il danno è da considerarsi trasferito sull'acquirente indiretto nel caso in cui quest'ultimo dimostri: a) che il convenuto (ossia l'autore dell'infrazione) abbia commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) che l'infrazione abbia determinato un sovrapprezzo per il cliente diretto dell'autore dell'infrazione; e c) che egli abbia acquistato beni o servizi oggetto dell'infrazione²². La Direttiva poi ammette l'eccezione di trasferimento del danno (c.d. *passing on* difensivo), ossia consente all'autore dell'infrazione, eventualmente citato in giudizio dall'acquirente diretto, di eccepire che questi abbia traslato i danni a valle e dunque non abbia diritto al risarcimento. In questo caso perciò non si può parlare di un'azione risarcitoria, bensì di un fatto estintivo del credito dedotto in giudizio dalla vittima immediata dell'illecito. Sul piano probatorio, anziché prevedere una presunzione perfettamente simmetrica a quella dettata per il caso di *passing-on* offensivo (secondo cui il danno si presume traslato a valle), dispone invece che l'onere di provare il trasferimento a valle incomba sull'autore dell'infrazione. Il sistema della direttiva è coerente con la funzione della responsabilità civile europea (compensativa) e si armonizza con la presenza di un *public enforcement* forte che assicura la funzione deterrente. Esso inoltre consente di superare quella giurisprudenza che si era affermata, anche in Italia, che aveva affermato il diverso principio per cui nella controversia tra autori dell'illecito e intermediari spetterebbe a questi ultimi l'onere di dimostrare di non aver traslato a valle il danno illecito²³. Tale principio, seppur indirettamente funzionale ad una maggiore tutela dei consumatori finali, in quanto presume l'avvenuta traslazione integrale del danno a valle, tuttavia appare eccessivamente rigoroso nei confronti degli intermediari, dal momento che, nella maggior parte dei casi, il danno viene traslato solo parzialmente. Per questo motivo, la soluzione della Direttiva che pone l'onere della prova a carico degli autori dell'illecito appare preferibile rispetto a quella elaborata dalla giurisprudenza interna²⁴. In sede di recepimento della direttiva, il fenomeno del c.d. *passing on* è preso in considerazione dagli artt. dal 10 al 13 del decreto legislativo: il convenuto potrà eccepire che l'attore non ha subito il danno, o lo ha subito parzialmente, perché il sovrapprezzo è stato trasferito; per contro l'acquirente indiretto è legittimato ad agire contro il responsabile per ottenere

²²In realtà vi è chi ritiene come la presunzione semplice della traslazione offensiva rischia di attribuire un onere troppo gravoso per il convenuto che deve dimostrare che la traslazione non è avvenuta. G. FIENGO, *Tutela antitrust del consumatore, il libro Bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, fasc. 2, pp. 358ss.

²³Cort. App., Torino, 6 Luglio 2000, *Indaba Incentive Company S.r.l. c. Juventus FC S.p.a.*, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno tra Cassazione e Giurisprudenza di merito*, nota a Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2000, n. 6368, in *Danno e responsabilità*, 2001, fasc. 1, pp. 46ss.

²⁴L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, fasc. 3, pp. 535ss.

il ristoro del sovrapprezzo trasferito su di lui. Per questi casi il Decreto ripartisce l'onere della prova in modo che il rischio del fatto ignoto sia sempre collocato a carico del preteso responsabile; laddove il passing-on venga invocato dal preteso responsabile che vuole dimostrare che l'attore ha scaricato a valle tutto o parte del sovrapprezzo, l'onere di provare la traslazione incombe sul primo; se invece è l'acquirente indiretto a lamentare di avere sopportato il sovrapprezzo, la traslazione è presunta se il danneggiato dimostra che vi è stata un'infrazione, che da essa è derivato un sovrapprezzo a carico dell'acquirente diretto, e che egli ha acquistato i beni e servizi a cui si riferisce la violazione. Questo meccanismo, nato con la finalità di favorire le vittime delle pratiche illecite, può comportare un rischio: infatti laddove il convenuto non sia in grado di ricostruire i fatti, potrà essere costretto a risarcire l'intero sovrapprezzo sia all'acquirente diretto che all'acquirente indiretto. La Direttiva suggeriva l'adozione di una regola che autorizzasse il giudice a tenere conto delle azioni o delle decisioni riguardanti soggetti posti a livelli differenti della catena produttiva, ovvero di informazioni derivanti da procedimenti amministrativi; la medesima regola è oggi trasfusa all'interno dell'art. 13 del decreto legislativo, in cui si stabilisce che nel giudizio si può tenere conto, nell'esame del quadro probatorio, anche delle informazioni raccolte in altri processi.

3. Esibizione delle prove e il ruolo del giudice

3.1 Il problema dell'esibizione probatoria in materia antitrust

Il problema della divulgazione delle prove è sempre stato un tema di particolare interesse all'interno dell'azione risarcitoria antitrust, dal momento che le vittime di un illecito concorrenziale spesso non hanno a disposizione tutte le informazioni necessarie per poter esercitare le proprie pretese risarcitorie, soprattutto laddove si tratti di azioni c.d. follow on, ossia che vengono avviate prima che l'Autorità garante abbia accertato l'esistenza dell'infrazione²⁵. Regole comuni sul potere del giudice di chiedere l'esibizione delle prove erano già state fissate a livello europeo per le controversie in materia di proprietà intellettuale dalla direttiva 2004/48/Ce e sono state recepite nel nostro ordinamento nel Codice della proprietà industriale e nella legge sul diritto di autore²⁶. Per tali ragioni si può affermare come nel nostro ordinamento strumenti simili esistevano già

²⁵Notevoli sono i costi per reperire tutte le informazioni e i documenti necessari a sostenere il proprio diritto in giudizio, a causa dell'asimmetria informativa esistente tra le parti; questo in passato è stato uno dei fattori che ha determinato l'insuccesso delle azioni risarcitorie antitrust, perché non tutti erano disposti a sostenere questi costi per esercitare l'azione risarcitoria. Sulle azioni follow on antitrust cfr. A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2013, p. 435.; L. VESQUES, *La difesa disarmata nelle cause "follow on" per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2013, pp. 449ss.

²⁶Tale ordine può tuttavia essere emesso dal giudice solo a condizione di due requisiti costitutivi, e precisamente i) che l'attore abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle sue domande, e ii) che l'attore abbia individuato i documenti, gli elementi o le informazioni in questione. Sul punto cfr. P. AUTERI, *La direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e la sua attuazione in Italia*, in *Quaderni AIDA*, 2005, pp. 16ss.

parzialmente²⁷ Il d.lgs. n. 3 del 2017 agli artt. 3-6 si occupa dell'ordine di esibizione delle prove che può essere emesso dal giudice nei confronti delle parti e dei terzi. L'intera disciplina è stata predisposta nell'ottica di contemperare tra loro diversi interessi confliggenti: quello dell'attore di ottenere le informazioni necessarie per sostenere il proprio diritto in giudizio, superando l'asimmetria informativa spesso intercorrente tra le parti; quelli della controparte e dei terzi, i quali non devono essere oberati da oneri eccessivi di informazione; quelli infine delle Autorità garanti, laddove le relative prove siano contenute nel fascicolo del procedimento, in corso di svolgimento, di accertamento dell'infrazione antitrust. Analizzando il considerando nr. 23 della direttiva si comprende pienamente quali debbano essere le finalità proprie della disciplina: ciò che si vuole garantire non è una disclosure totale in materia probatoria, bensì l'accesso alle prove rilevanti per le quali vi sia impossibilità o eccessiva difficoltà di acquisizione per altra via, evitando che possano esserci degli utilizzi distorti dell'istituto con finalità esplorative. Un primo problema che pone la normativa comunitaria con quella nazionale è quello relativo alla compatibilità tra la nozione di divulgazione, prevista dalla direttiva, e la nozione di esibizione propria del diritto processuale nazionale. In sede di recepimento della direttiva, il legislatore nazionale prevede l'istituto della esibizione. Ma è la medesima prevista dal 210 c.p.c.²⁸ Per rispondere a tale quesito si può notare che mentre il giudice ex art. 210 c.p.c. può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o un'altra cosa, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 3 del 2017 l'ordine di esibizione può riguardare «tutti i mezzi di prova ammissibili dinnanzi al giudice adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate». Alla luce soprattutto della più ampia disclosure che il legislatore europeo intendeva perseguire con la direttiva in commento, non si può affermare una piena equiparazione tra gli istituti, ma un parziale ampliamento di ciò che può essere oggetto dell'ordine di esibizione del giudice in questi particolari processi.

3.2 La richiesta di esibizione rivolta alle parti o ai terzi

Il giudice assume un ruolo centrale all'interno di questo istituto: in base all'art. 3 del d.lgs. nr. 3 del 2017 può ordinare l'esibizione di determinate prove laddove gli venga presentata una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno o della difesa. Sul profilo della legittimazione, la

²⁷ Cfr. sul punto S. VINCRE, op. cit., 1160ss, la quale osserva la diversità degli istituti previsti dagli artt. 121 e 121bis del d.lgs. n. 30/2005 e all'art. 156bis della legge sul diritto di autore rispetto alle norme previste in materia antitrust.

²⁸ Sul punto A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, pp. 253 ss, propende verso una qualificazione in termini di analogia strutturale tra l'istituto della esibizione prevista dal codice di rito, e quella contemplata dalla l. n.3 del 2017. A. D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust, litigation e consumer protection*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2015, 1496ss, dichiara la necessità di valutare la compatibilità della nozione comunitaria di esibizione con quella nazionale,

richiesta può essere proposta tanto dall'attore quanto dal convenuto, sebbene nella direttiva non si menzionasse quest'ultima possibilità. I destinatari potranno essere tanto le parti del processo quanto terzi, quali ad esempio associazioni di categoria i cui uffici potrebbero essere state le sedi materiali della commissione delle infrazioni antitrust. Uno degli elementi principali di tale richiesta è la plausibilità che determinate prove siano nella disponibilità della controparte o del terzo, altrimenti sarebbe alquanto difficile dimostrare l'effettività, vanificando l'efficacia di questa disposizione²⁹. Una volta presentata l'istanza, il giudice valuta la necessità e la proporzionalità dell'esibizione richiesta³⁰. Vi è chi ritiene che il concetto di plausibilità possa essere letto come forma di mitigazione del normale standard di «fondatezza», di concerto con quello che è l'obiettivo di disclosure che anima l'intera Direttiva³¹. Il giudice inoltre, dopo aver accertato la rilevanza delle prove per cui è richiesta l'esibizione, andrà a determinarne il contenuto temperando gli interessi delle diverse parti interessate³². La parte istante non dovrà specificare nella richiesta le prove o le categorie di prove, ma sarà il giudice ai sensi dell'art. 3 co. 2 a: «individuare specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione». Questo è sicuramente uno degli elementi di maggiore novità della Direttiva in materia di esibizione di prove, che fa propendere verso una differenziazione rispetto al tradizionale istituto dell'esibizione ex art. 210 c.p.c. Proseguendo, al co. 4 dell'art. 3 vengono fissate delle misure a garanzia della riservatezza di determinate informazioni: infatti quando la richiesta o l'ordine di esibizione ha per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra cui l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma riservata. Inoltre è riconosciuto il diritto della parte o del terzo nei cui confronti è rivolta l'istanza di esibizione di essere sentiti prima che il giudice provveda sull'ordine. In questo modo viene garantito un minimo di contraddittorio attraverso cui il giudice potrà acquisire ulteriori informazioni sulla fondatezza dell'istanza. Infine il co. 6 dell'art. 3 prevede che non potranno in ogni caso essere oggetto di divulgazioni le conversazioni e le comunicazioni intercorrenti tra l'avvocato e i suoi clienti.

²⁹Sul punto S. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, pp. 84ss

³⁰Sul punto G. FINOCCHIARO, op. cit., pp.240, afferma che “*tanto più la domanda appare plausibile o verosimile, tanto più l'ordine di divulgazione può e deve essere incisivo e penetrante*”. In questo modo il giudice andrebbe a regolare l'intensità dell'ordine sulla base della plausibilità della domanda.

³¹A. GIUSSANI, op. cit., pp. 256 ritiene che l'ordine di esibizione, in presenza di tutti i requisiti, si possa emanare, fatta eccezione per i casi di manifesta infondatezza della richiesta.

³²Il giudice è chiamato a pronunciarsi su tre aspetti come indicato dall'art. 3 co. 3 del d. lgs.: a) in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione; b) quali sono la portata e i costi dell'esibizione, in particolare con riferimento ai terzi interessati; c) se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, sempre con particolare riguardo dei terzi.

Come si è potuto notare nell'istituto della disclosure probatoria, ma come è possibile comprendere alla luce dell'intera disciplina risarcitoria antitrust, il giudice riveste un ruolo centrale all'interno del giudizio relativo all'azione risarcitoria antitrust; la materia richiede che egli abbia una specifica competenza, che il tribunale ordinario potrebbe non avere. Analizziamo come il problema è stato risolto in Italia. Nel 2012 con l'art. 2 d.l. n.1, noto come "decreto liberalizzazioni" e convertito in legge dalla l. 27 del 2012, si istituirono le c.d. sezioni specializzate in materia di impresa. L'obiettivo di questo decreto legge del governo Monti era quello di fronteggiare la crisi economica introducendo una serie di misure che permettessero la progressiva ripresa del Paese favorendo la nascita e lo sviluppo di una serie di attività di impresa autonome. In questo contesto si inserirono questi interventi per fronteggiare la lentezza della macchina processuale italiana. Nella relazione al d.l. n. 1 del 2012 si legge che l'obiettivo era proprio quello di istituire queste sezioni specializzate per la trattazione di quelle controversie in cui, tenuto conto dell'elevato tasso tecnico della materia, è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice, valorizzando a tal proposito la positiva esperienza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale³³.

Più esattamente, mentre il testo originario del d.l. si limitava a rinominare le dodici sezioni specializzate dei tribunali e delle corti preesistenti, ossia le vecchie sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, il testo definitivo prevedeva l'istituzione di ulteriori sezioni in tutte le città capoluogo di regione che ne erano precedentemente prive, con la sola eccezione della Valle d'Aosta, per il cui territorio sono competenti le sezioni specializzate presso il tribunale e la corte di Appello di Torino.³⁴ L'intervento riformatore è stato effettuato sulla disciplina delle preesistenti sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale prevista dal d.lgs. n. 168 del 2003. In particolare il novellato art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003 assegnava alle sezioni specializzate, tra le altre competenze, anche quella delle controversie relative alle violazioni della normativa italiana a tutela della concorrenza e del mercato di cui all'art. 33, comma 2°, l. n. 287 del 1990, ossia le azioni di nullità, di risarcimento del danno e cautelari fondate su questa normativa; e le controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea³⁵.

Un problema che ha caratterizzato l'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa, e che caratterizzava in particolare le controversie antitrust, era quello relativo all'organizzazione delle sezioni. Le possibili scelte sul modello da adottare erano essenzialmente 2: da un lato la previsione di un organo giudicante misto, sulla scorta di esperienze già esistenti nel nostro Paese come il Tribunale per i minorenni, che avrebbe

³³Relazione al d.l. n. 2 del 2012

³⁴G. BALENA., *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in *Il giusto processo civile*, 2012, fasc.2, pp. 335 ss.

³⁵Sul tema della creazione del tribunale delle imprese cfr. P. CELENTANO, *La riforma del tribunale delle imprese*, in *Le società*, 2014, pp. 713ss; L. VETTORI, *Il tribunale delle imprese tra questioni di competenza e specializzazioni*, in *Le società*, 2015, pp. 65ss; M. TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 1115ss

garantito la presenza di giudici laici esperti nelle materie interessate. L'altra possibilità, che fu quella scelta poi dal legislatore, era la previsione di magistrati addetti alle sezioni specializzate dotati di specifiche competenze. Tuttavia la norma³⁶ non diceva nulla sulla base di quali criteri e di quali verifiche dovevano essere selezionati tali magistrati, il che apriva la scelta a criteri organizzativi discrezionali, come dimostra tra l'altro la previsione che il comma 2° dell'articolo 2 del d. lgs. del 2003 stabiliva che il presidente del tribunale o della corte d'appello, poteva assegnare anche la trattazione di processi diversi, purché ciò non comportasse ritardo nella trattazione o decisione dei giudizi in materia di impresa. In realtà proprio quest'ultima previsione andava a sminuire la ratio di semplificazione di questi processi, dal momento che poi nella prassi se ne è fatto ampiamente ricorso. Il d.lgs. n.3 del 2017 sembra offrire una soluzione ai problemi emersi nella prassi: viene affidata alle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli la competenza inderogabile a trattare le controversie in materia antitrust, ossia l'intero private enforcement del diritto della concorrenza. L'obiettivo è quello di creare giudici altamente specializzati in grado di offrire risposte celeri alle controversie antitrust, tenendo conto sia del diritto nazionale che del diritto comunitario.

4. Il coordinamento tra public e private enforcement

4.1 Le prove contenute nel fascicolo dell'Autorità garante

Tra gli obiettivi principali della direttiva 104/2014/Ue vi è quello di proteggere ed implementare la complementarità tra private e public enforcement, cercando di realizzare la piena efficacia di entrambi i settori di azione. In questo senso devono essere letti gli interventi relativi all'accesso al materiale probatorio contenuto nel fascicolo istruttorio delle Autorità garanti e il valore vincolante delle loro decisioni. Sul primo aspetto l'art. 6 della direttiva 104/2014/ Ue disciplina l'ordine di esibizione del materiale probatorio contenuto nel fascicolo di un'Autorità garante della concorrenza, prevedendo che le prove da loro assunte possono svolgere un ruolo fondamentale nell'azione risarcitoria antitrust, dal momento che dispongono delle risorse e dei mezzi per ricercare quelle prove di cui un privato è sprovvisto. Si pensi alle domande risarcitorie relative a cartelli segreti, in questo caso sarebbe alquanto difficile per un privato provare la propria pretesa risarcitoria, e quindi sarà di fondamentale importanza poter utilizzare i risultati dell'istruttoria antitrust³⁷. Sul punto la normativa italiana riprende la direttiva, stabilendo all'art. 4 del d.lgs. n. 3 del 2017 che il giudice ordina l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire la prova. Il primo dato su cui soffermarsi è il destinatario di questo ordine di esibizione: si parla al plurale di "Autorità di

³⁶art. 2, comma 1°, d. lgs. n. 168 del 2003, come modificato dalla l. n. 27 del 2012.

³⁷L'utilizzo delle prove contenute nel fascicolo amministrativo può essere di primaria importanza per l'attore nel caso in cui l'Autorità abbia concluso il procedimento adottando una decisione che presuppone la condotta dell'illecita dell'impresa, senza contenerne il formale accertamento. Sul punto R. CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 280ss

concorrenza”, facendo intendere che l’ordine può essere indirizzato ad una qualsiasi Autorità garante, persino di un altro Stato membro.³⁸ Il riferimento alla ragionevolezza fa sì che il giudice debba valutare non soltanto la possibilità che le parti o i terzi abbiano la disponibilità delle prove, ma anche gli eventuali costi e adempimenti da assolvere per l’ordine di esibizione. Essa è concepita come *extrema ratio*, ultimo strumento rimasto a disposizione dell’interessato per acquisire una determinata prova³⁹. Sul piano delle prove oggetto della richiesta di esibizione valgono le stesse considerazioni fatte per quanto riguarda l’ordine di esibizione ex art. 3 della l. n. 3 del 2017, non essendoci alcun elemento normativo che possa far dubitare di una limitazione del contenuto della richiesta ai soli documenti e cose⁴⁰. Sul piano della legittimazione attiva alla richiesta, l’art. 5 precisa inoltre che la prova contenuta nel fascicolo dell’Autorità garante ed acquisita al giudizio, potrà essere utilizzata soltanto dalla sola parte richiedente o dai propri successori che vogliano avvalersene in giudizio⁴¹. Come nel caso della divulgazione delle prove in possesso dell’altra parte, anche in questo caso c’è il richiamo alla proporzionalità. Infatti qui emerge quello che è il filo conduttore dell’intera direttiva 104/2014/UE, relativamente al difficile rapporto tra private e public enforcement: si tende da un lato a riconoscere al private enforcement una funzione complementare rispetto all’azione della Commissione europea e delle Autorità garanti nazionali, ma allo stesso tempo non lo si considera come uno strumento subalterno di tutela della concorrenza, ponendolo allo stesso livello dell’azione amministrativa⁴². Il giudice dunque nel valutare la proporzionalità della richiesta deve considerare se essa sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all’oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un’Autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di quest’ultima o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un’Autorità garante della concorrenza e se sia necessario salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Si può notare come a differenza della richiesta di esibizione ex art. 3, il controllo del giudice sulla proporzionalità appare ben più

³⁸ G. FINOCCHIARO, op. cit., pp. 242, già faceva riferimento alla possibilità che destinatarie dell’ordine di esibizione potessero essere anche Autorità garanti di altri Stati membri.

³⁹ *Ibidem*, pp. 244.

⁴⁰ S. VINCRE, op. cit., 1167 opera una valutazione differente sul punto limitando l’oggetto della richiesta di esibizione. In realtà l’art. 3 della l. n. 3 del 2017 fissa una disciplina generale sul tema dell’ordine di esibizione da parte del giudice, prevedendo nei casi in cui l’ordine sia diretto ad un’Autorità garante una disciplina parzialmente diversa, ma nei termini espressamente contenuti nell’art. 4, in cui non si fa alcuna menzione di limitazioni circa il contenuto dell’ordine di esibizione.

⁴¹ Non si comprende a pieno questa diversità di trattamento rispetto all’ordine di esibizione ex art. 3. Al di là di considerazioni circa l’opportunità di sanzionare comportamenti scorretti delle parti quali il “commercio” di prove, questa differenziazione può essere letta come un sintomo di protezione del valore del public enforcement e del lavoro svolto dalle Autorità garanti della concorrenza.

⁴² La prima concezione tende a restringere l’utilizzo in giudizio delle prove acquisite nel procedimento amministrativo, a protezione della segretezza e quindi anche dell’efficacia dell’azione pubblica volta al ripristino dell’ordine concorrenziale; mentre la seconda tende a favorirlo, così da realizzare una tutela civile il più “effettiva” possibile. Cfr. M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un’Autorità garante della concorrenza nella direttiva sull’antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA*, 2014, pp. 4ss

puntuale, senza che vi sia alcuno spazio per giudizi di opportunità, ma soprattutto prevedendo un onere in capo al richiedente ben più specifico, dal momento che non può limitarsi a formulare una richiesta generica. La prevalenza verso il public enforcement sembrerebbe emergere in relazione alla circostanza che l'Autorità può presentare osservazioni in merito alla proporzionalità circa le richieste di esibizione presentatele. Questa è la disciplina generale relativa alle modalità con cui si articola l'istanza di disclosure; la procedura si differenzia poi ulteriormente sulla base del tipo di prova oggetto di richiesta, prevedendo regimi diversi quanto alla possibilità di esibizione. Vi è un primo insieme di prove che è quello relativo alle dichiarazioni di rese nell'ambito di un programma di clemenza o di una proposta di transazione: in questo caso viene fatto divieto assoluto di esibizione di queste prove. Dalla direttiva possiamo desumere che questo divieto è relativo sia alle dichiarazioni volontarie e autoincriminanti, sia ai riferimenti letterali di tali dichiarazioni contenute in altri documenti. Non rientrano invece in questo regime le informazioni preesistenti, ossia quelle che esistono indipendentemente dal procedimento dell'Autorità. Il secondo insieme di prove è molto più ampio: le dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'Autorità garante della concorrenza, le deposizioni testimoniali e i verbali delle audizioni delle parti; le informazioni che l'Autorità della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; le eventuali proposte di transazione che sono state ritirate. Il giudice potrà ordinare l'esibizione di tali prove solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'Autorità garante della concorrenza. Infine vi è una categoria residuale che riguarda tutte le prove che non rientrano in nessuna delle due categorie precedenti. Il giudice in questo caso può ordinarne l'esibizione anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'Autorità garante, con la precisazione che essere potranno essere utilizzate nell'azione risarcitoria unicamente dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto. A chiusura poi vi è la disposizione che prevede che sono fatte salve le norme e prassi previste dal diritto dell'Unione o le specifiche disposizioni nazionali sulla protezione dei documenti interni delle Autorità garanti della concorrenza e della corrispondenza tra tali Autorità.

4.2 La vincolatività delle precedenti decisioni delle Autorità

Lo strumento della vincolatività del precedente accertamento dell'Autorità antitrust nasce con l'obiettivo di agevolare, nel giudizio civile sul risarcimento danni, l'onere probatorio dell'attore. Infatti l'elemento che ha caratterizzato da sempre l'azione risarcitoria antitrust è stato quello dell'asimmetria probatoria esistente tra le parti in giudizio. Nell'ottica di favorire il più ampio ricorso al private enforcement, il valore vincolante della precedente decisione amministrativa può essere uno strumento che, di pari passo con la nuova disciplina dell'esibizione probatoria, può agevolare i danneggiati dagli illeciti antitrust in sede di giudizio civile. In questo intervento si può leggere anche quello che è il leit motiv del diritto antitrust europeo e nazionale: la complementarietà tra il public e private

enforcement. A livello comunitario e nella giurisprudenza nazionale⁴³ le due forme di tutela sono da sempre state considerate complementari in vista di una finalità unitaria, tale per cui le risultanze dell'istruttoria condotta dalle Autorità, possono essere dedotte nel giudizio civile per rafforzare la posizione del danneggiato⁴⁴. Normalmente l'accertamento dell'Autorità precede le azioni risarcitorie c.d. follow on ossia quelle azioni che seguono la decisione dell'Autorità, dal momento che il danneggiato ha interesse ad avvalersi dell'accertamento raggiunto in via amministrativa per dimostrare l'esistenza della condotta illecita. L'art. 9 della direttiva 104/2014/Ue stabilisce che gli Stati membri dovranno provvedere affinché una violazione del diritto della concorrenza, che sia stata constatata da un'Autorità garante o da un giudice, sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno. Questa disposizione ha comportato non pochi problemi per il nostro ordinamento, abituato a considerare l'accertamento dell'autorità amministrativa solamente come "prova privilegiata" che non impedisce al giudice, se il convenuto è in grado di sovvertire l'accertamento dell'Autorità garante nel procedimento risarcitorio, di discostarsene e di giungere a conclusioni diverse⁴⁵. Se da un lato sembrerebbe che venga rafforzata la tutela del private enforcement, dall'altro in realtà viene ancora una volta sancita la supremazia del public enforcement antitrust. Già in passato con l'art. 16 del reg. n. 1/2003 Ce si era previsto in capo ai giudici nazionali l'obbligo di evitare pronunce in contrasto con le decisioni della Commissione in materia antitrust⁴⁶. Relativamente alla natura dell'accertamento compiuto da parte della Commissione, vi è chi parlava in termini di giudicato in senso sostanziale⁴⁷. All'interno della direttiva 104/2014 Ue l'art. 9 e il

⁴³Nel Reg. CE n. 1/2003, al 7° considerando già si affermava che le giurisdizioni nazionali svolgono un ruolo complementare rispetto a quello delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Inoltre la Corte di Cassazione si è espressa nel Febbraio 2009 con sentenza n. 3640, affermando tale principio di complementarietà.

⁴⁴ La decisione dell'Autorità assurge ad antecedente giuridico idoneo a provare non solo la condotta anticoncorrenziale lesiva dei diritti del danneggiato, ma è anche un ulteriore strumento per la valutazione del danno concretamente sofferto nelle contrattazioni: si passa dal generale al particolare, dall'interesse pubblico all'interesse privato. E. MALAGIOLI, *Il risarcimento del danno da partiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e impresa Europa*, 2015, pp. 396ss

⁴⁵Bisogna infatti coordinare tale disposizione con il principio costituzionale secondo cui il giudice è soggetto solo alla legge. La direttiva al riguardo fa riferimento solo alle decisioni delle Autorità garanti della concorrenza nazionali, lasciando poi libertà di scelta circa le decisioni di altre Autorità nazionali sul loro valore probatorio. Sul punto M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 298ss

⁴⁶Una tale disposizione aveva suscitato non pochi problemi (i quali si sono riproposti successivamente in sede di recepimento della direttiva 104/2014 UE) sulla compatibilità con alcuni dei principi fondamentali della nostra Costituzione in tema di processo, quale l'art. 101, co. 2 Cost., della soggezione del giudice soltanto alla legge. Sul punto cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza dinanzi al giudice civile*, Torino, 2012, pp. 308ss.

⁴⁷M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 434ss secondo la ricostruzione operata dall'autore, l'accertamento operato dalla Commissione sull'esistenza di un'intesa o di un abuso di posizione dominante avrebbe l'efficacia di giudicato in senso sostanziale. In questo modo, fermo restando gli accertamenti in fatto e la loro qualificazione, ma non interamente il dedotto e il

considerando 34 si occupano della vincolatività delle decisioni delle Autorità garanti: ciò che si ritiene definitivamente accertato è la natura della violazione e la sua dimensione materiale, personale, temporale e territoriale, con esclusione dell'esistenza del danno e del suo nesso di causalità con il fatto illecito; dovrà inoltre trattarsi di decisioni che abbiano comportato un accertamento dell'illecito concorrenziale⁴⁸. L'effetto vincolante attiene perciò solo ai profili relativi all'illecito concorrenziale, escludendo qualsiasi tipo di valutazione attinente al profilo risarcitorio, il quale dovrà essere provato ed accertato in sede civile. Il recepimento della direttiva ha comportato non pochi problemi per il nostro ordinamento, poiché si è riproposto il medesimo problema del reg. n. 1/2003 Ce di riconoscere un ruolo preponderante alle precedenti decisioni dell'Autorità garante della concorrenza. Infatti, come sostenuto da parte della dottrina⁴⁹, vi sarebbe sia un contrasto con l'art. 101, 2° co. della Costituzione per la limitazione al potere giudiziario che determinerebbe l'efficacia vincolante di un provvedimento amministrativo, e sia con l'art. 102 Cost. perché si finirebbe per riconoscere autorità di giudicato ad una decisione di un'autorità amministrativa, in un sistema in cui il precedente non può vincolare l'autorità giudiziaria. Il legislatore, riprendendo il contenuto della direttiva, stabilisce all'art. 7 del D.lgs. n. 3 del 2017 che si considererà come definitivamente accertata la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale. Nonostante la natura vincolante della decisione, non si può dire che tra il giudizio civile e il procedimento dinnanzi all'Autorità esista una forma di pregiudizialità⁵⁰. Il decreto non specifica nulla riguardo al rapporto tra le due azioni. La dottrina si è inoltre interrogata sulla compatibilità dell'effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità con i principi del giusto processo fissati dall'art. 6 della CEDU⁵¹. Infatti si potrebbe determinare una violazione di tali principi dal momento che l'autorità giudiziaria non può operare alcun tipo di sindacato sulla decisione dell'Autorità garante divenuta definitiva. In particolare si può considerare una recente statuizione sul punto da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo: il c.d. caso Menarini⁵² riguardante i procedimenti antitrust innanzi all'AGCM. Il caso è sorto per dare risposta a quelle ipotesi in cui l'AGCM, nel corso di un procedimento di accertamento di un illecito antitrust, vada ad irrogare sanzioni

deducibile. Per tali ragioni solo eventuali fatti non esaminati dalla Commissione potevano essere idonei a superare l'accertamento compiuto in precedenza da parte della Commissione.

⁴⁸Il tenore letterale della norma sembrerebbe escludere i casi in cui il procedimento dinnanzi all'Autorità garante si sia concluso con una decisione che preveda l'impegno da parte dell'autore dell'illecito a rimuovere le conseguenze dannose, senza tuttavia che vi sia stato un accertamento sul fatto oggetto del procedimento, ovvero al caso in cui l'Autorità garante abbia escluso l'esistenza dell'illecito.

⁴⁹R. RORDOF, "Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust", in *Le società* 2014, 7, pp. 784 e ss.

⁵⁰Si potrebbe prospettare per lo più una sorta di sospensione facoltativa del giudizio civile nelle more della decisione dell'Autorità garante, allo scopo di evitare contrasti tra i giudicati.

⁵¹Sul punto S. D. ZANNINO, "I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee", in *Contratto e Impresa*, 2016, 1, pp. 159 e ss.

⁵²Corte europea diritti dell'uomo 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics c. Repubblica italiana

sostanzialmente assimilabili a quelle penali. Infatti utilizzando i criteri Engel⁵³, viene qualificato come procedimento penale quello svolto dinnanzi all'AGCM e pertanto vincolato al rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione. In questo caso la Corte ha stabilito che l'art.6 viene rispettato laddove la decisione amministrativa possa essere rivista a posteriori da un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, ossia del potere di giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia, e possa in ogni caso riformare, sia in fatto che in diritto, la decisione stessa. Si può affermare in definitiva che l'art. 7, co. 1, d.lgs. n. 3 del 2017, riconosca al provvedimento amministrativo dell'Autorità garante, ovvero alla sentenza del giudice amministrativo che abbia deciso sull'impugnazione del provvedimento, efficacia di giudicato sul processo civile relativo all'azione di risarcimento antitrust⁵⁴. Questo significa che la decisione dell'Autorità opera con efficacia vincolante soltanto laddove possa produrre un effetto favorevole per la parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno⁵⁵. Il secondo comma dell'art. 7 si occupa invece del valore di un accertamento operato da un'Autorità garante di un altro Stato membro. Il valore che viene riconosciuto a tali decisioni è quello di prove "liberamente" valutabili da parte del giudice. Questo significa che tali decisioni possono anche essere l'unico elemento probatorio su cui si basa il convincimento del giudice, fermo restando la possibilità di allegazione da parte dell'impresa convenuta di prove contrarie. Infine l'art. 7 del D.lgs. n. 3 del 2017 si occupa nella parte finale della facoltà e degli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del TFUE di richiesta di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia su questioni di interpretazione del diritto europeo. Ad essa spetta infatti il ruolo di garantire l'applicazione uniforme delle norme del Trattato a tutela della concorrenza. Come già sottolineato, spetterà invece al giudice civile l'accertamento del danno e del nesso di causalità; tuttavia vi è un'ipotesi particolare in cui la precedente decisione dell'Autorità garante produce effetti ulteriori. L'art. 14 co. 2 del d.lgs. n. 3 del 2017 stabilisce che "L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salvo prova contraria, dell'autore della violazione". In questo caso viene ad aggravarsi la posizione dell'impresa convenuta, la

⁵³Corte europea dei diritti dell'uomo, Engel c. Paesi Bassi, sent. n. 5100/71 dell'8.6.1976. I criteri di Engel, alternativi e non cumulativi, sono i seguenti:1) la qualificazione giuridica della misura sulla base dell'ordinamento; 2) la natura della misura; 3) il grado di severità della sanzione.

⁵⁴M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, pp. 15ss parla invece di "piena prova", rimanendo sul piano dell'accertamento del solo fatto storico, escludendo invece la qualificazione giuridica ad opera dell'Autorità garante,

⁵⁵In presenza di una decisione dell'Autorità garante che escluda l'illecito antitrust ovvero abbia archiviato il procedimento, la decisione potrà assumere l'efficacia di prova atipica, come accade per le decisioni delle Autorità garanti straniere ai sensi dell'art. 7 co. 2 del d.lgs. n. 3 del 2017. Cfr. F. VALENTINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 142.

quale dovrà fornire prova contraria sull'esistenza del danno e del nesso di causalità⁵⁶. Sul tema, già prima dell'intervento della direttiva e del recepimento nazionale, si era venuta a sviluppare un filone giurisprudenziale in materia di cartelli assicurativi che aveva teorizzato una presunzione circa l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta dell'impresa assicuratrice e il danno subito dall'attore dell'azione risarcitoria⁵⁷. Tuttavia parte della dottrina già sottolineava la quasi impossibilità da parte dell'impresa convenuta di fornire una possibile prova contraria, oltre a criticare l'orientamento sopracitato per l'assenza di un qualsiasi appiglio normativo⁵⁸. È evidente come anche oggi appare difficile conciliare il diritto di piena difesa con la possibilità di prova contraria ammessa dalla presunzione dell'art. 14 co. 2 del d.lgs. n. 3 del 2017, ma un sacrificio del diritto di difesa appare giustificato alla luce dell'asimmetria probatoria esistente in questi particolari casi di illecito antitrust.

4.3 La prescrizione dell'azione risarcitoria antitrust

L'art. 10 della direttiva 104/2014/UE si occupa del delicato tema della prescrizione. Su questo aspetto dell'azione risarcitoria antitrust la giurisprudenza comunitaria e nazionale si sono più volte espresse cercando di delinearne una disciplina unitaria. Nel caso Manfredi venne chiesto alla Corte di Giustizia se fosse compatibile con il diritto comunitario una disciplina nazionale che facesse decorrere il termine utile per la prescrizione di questa azione dal giorno in cui l'intesa è stata posta in essere. In quell'occasione il giudice comunitario rispose che spettava al giudice nazionale verificare se la disciplina nazionale applicabile non fosse contraria al principio di equivalenza tra diritto comunitario e diritto nazionale e al principio di effettività del diritto comunitario⁵⁹. Per queste ragioni, da un lato il principio di equivalenza impone che i diritti di fonte comunitaria non siano tutelati in modo meno rigoroso dei diritti analoghi di fonte nazionale, dall'altro il principio di effettività esclude invece che la disciplina nazionale applicabile sia tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto comunitario. La durata della prescrizione rileva per il fatto che, indipendentemente dal giorno di inizio, maggiore è la sua durata e meno probabile è che la disciplina sia complessivamente tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno da parte della vittima. Nel nostro ordinamento l'illecito in questione è da collocare all'interno delle azioni aquiliane ex art.

⁵⁶La *ratio* di tale disposizione è da ricercare nel considerando n. 47 della direttiva 104/2014/UE: "Per rimediare all'asimmetria informativa e ad alcune delle difficoltà che presenta la quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza e per garantire l'efficacia delle domande di risarcimento, è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno ed è opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito".

⁵⁷Cfr. Cass. 2 febbraio 2017, n. 2305 e Cass. 4. marzo 2013, n. 5327.

⁵⁸Di questo avviso A. FRIGNANI, op. cit., pp. 445ss e L. VASQUES, op. cit., pp. 458ss.

⁵⁹Cort. Giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C.298/04

2043, con termine di prescrizione quinquennale che inizia dal giorno in cui il fatto si è verificato (art. 2497 c.c.). Normalmente si ritiene che il giorno del fatto sia il giorno della condotta. Il caso in questione era però di difficile soluzione, dal momento che si trattava di un illecito permanente che si protraeva nel tempo cagionando una pluralità di danni durante tutta la sua durata⁶⁰. D'altra parte, la previsione di un termine eccessivamente lungo poteva determinare invece una situazione di incertezza, dal momento che gli operatori economici finivano per essere esposti per lungo tempo al rischio della all'altrui azione risarcitoria. Per risolvere questa situazione di stallo una soluzione possibile poteva essere quella di ritenere, sulla base dell'elasticità propria del criterio adottato dal legislatore italiano, come "giorno del fatto" quello dell'evento dannoso oppure quello in cui l'interessato ha scoperto che il danno subito era ingiusto e che era attribuibile ad una determinata causa. Questo è stato l'orientamento poi seguito dalla giurisprudenza e che è possibile rinvenire all'interno della direttiva del 2014. Tra l'altro vi è chi ha notato come la prescrizione sia imprescindibile anche per l'interazione tra public e private enforcement, soprattutto per le azioni c.d. follow on⁶¹. Sulla base di queste considerazioni, vediamo cosa prevede l'art. 10 della direttiva 2014/104/UE. Il 1° co. rimette agli ordinamenti nazionali la competenza circa la disciplina in materia di prescrizione e di sospensione ed interruzione dei termini, in conformità ai principi delineati all'interno dell'articolo. In precedenza si era evidenziato come, in ipotesi di illeciti permanenti, ci potevano essere problemi di determinazione del dies a quo della prescrizione. Ora invece la direttiva stabilisce che il termine della prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore venga a conoscenza o presumibilmente sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione. La specificazione del dies a quo in questi termini risolve tutti i dubbi che in precedenza erano sorti; inoltre si prevede un termine quinquennale, al fine di risolvere eventuali differenziazioni all'interno degli Stati membri. Per favorire la complementarità tra public e private enforcement, l'ultimo comma prevede la sospensione o l'interruzione, a seconda degli ordinamenti nazionali, del termine di prescrizione in seguito ad indagine o istruttoria avviata da un'Autorità garante in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce. In questo modo,

⁶⁰G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, Nota a Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e responsabilità*, 2007, fasc. 1, pp. 32ss, il quale tra l'altro evidenzia come un termine troppo ridotto potrebbe compromettere l'effettività della tutela antitrust in tutti quei casi in cui le Autorità garanti impiegano troppo tempo per arrivare alla decisione definitiva sulla condotta illecita.

⁶¹Un termine di prescrizione breve, di fatto potrebbe compromettere l'esperimento delle azioni fondate su una decisione di condanna dell'Autorità (comunitaria o nazionale), soprattutto laddove occorra molto tempo per adottare la decisione definitiva. M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, Nota a Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e Responsabilità*, 2007, fasc. 1, pp. 41ss

coloro i quali intendano proporre un'azione c.d. follow on non rischieranno di incorrere nella prescrizione del proprio diritto, laddove il procedimento amministrativo di accertamento dell'infrazione si prolunghi eccessivamente. In sede di recepimento della direttiva, il D.lgs. n. 3 del 2017 ha fatto proprio lo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale relativo alla prescrizione dell'azione di risarcimento antitrust, fissandone il termine di 5 anni ed accogliendo le discipline del dies a quo e della sospensione contenute all'interno della direttiva. In particolare si può notare come gli elementi costitutivi della prescrizione previsti dalla direttiva e recepiti dall'art. 8 del d.lgs. n. 3 del 2017, escludano il profilo soggettivo, ritenuto non necessario in questa tipologia di azione risarcitoria, propendendo quindi verso una qualificazione in termini oggettivi della responsabilità⁶². Sul piano del rapporto con il public enforcement, abbiamo già evidenziato la possibilità di sospendere il termine prescrizionale quando sia stata avviata un'indagine dall'Autorità garante per una violazione antitrust. Si è discusso circa l'opportunità della decorrenza del termine prescrizionale dal provvedimento di avvio del procedimento istruttorio dell'Autorità. Analizzando la natura di tale provvedimento è stato evidente sin da prima dell'adozione del d.lgs. n.3 del 2017 che si trattasse di un atto in una fase anteriore all'inizio dell'istruttoria, in cui non si svolge alcun tipo di valutazione sull'eventuale infrazione commessa, e come tale inidoneo a far decorrere la prescrizione⁶³. Un ultimo aspetto su cui pare opportuno soffermarsi è il rapporto della prescrizione con gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. La previsione di termini prescrizionali, come affermato nel Considerando 49 della Direttiva, non può essere di ostacolo all'accesso a tali strumenti; per tale ragioni ai sensi dell'art. 15, co.1 del d.lgs. n.3 del 2017 la presentazione della domanda per la composizione consensuale produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale⁶⁴.

5. La quantificazione del danno antitrust

Il profilo della quantificazione dei danni⁶⁵ è centrale nel processo di creazione del private enforcement antitrust. Infatti all'interno della Direttiva al considerando 45 si prevede

⁶²Cfr. sul punto B. BUTTAZZI, *Il libro bianco 2008 della Commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 1094; V. MOSCA, *Private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno*, in *Il diritto industriale*, 2010, pp. 462ss.

⁶³Cfr. A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, nota a Cass. N. 26188/2011, in *Foro Italiano*, 2011, 2686ss; G. SCOCCINI, *La prescrizione del diritto al risarcimento da danno antitrust*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 2608ss.

⁶⁴S. MARINO, *Alcune novità nel "private enforcement" del diritto della concorrenza*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2014, pp. 97ss evidenzia l'importanza degli strumenti alternativi di composizione delle controversie nell'ambito delle azioni follow on e il rapporto con la disciplina della prescrizione.

⁶⁵Sulla quantificazione del danno antitrust sin dalle origini cfr. L. PROSPERETTI, E. PANI, I TOMASI, *Il danno antitrust*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 15ss; S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, pp. 571ss; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2006, pp. 727ss; con particolare riferimento agli interessi tutelati in sede di quantificazione dei danni cfr. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996,

che: «La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi. Ciò è spesso molto costoso e gli attori incontrano difficoltà nell'ottenere i dati necessari a comprovare le loro domande. La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento. In mancanza di norme dell'Unione sulla quantificazione del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire le proprie norme sulla quantificazione del danno e agli Stati membri e ai giudici nazionali stabilire quali condizioni l'attore deve soddisfare per dimostrare l'ammontare del danno subito». Il considerando evidenzia le ragioni dell'importanza del problema della quantificazione del danno antitrust, dal momento che in assenza di qualsiasi criterio verrebbe vanificata l'efficacia stesse delle domande di risarcimento. Tuttavia non si può affermare che la direttiva 2014/104/UE abbia fissato regole dettagliate: nel 12° Considerando e nell'art. 3 prevede che chiunque sia danneggiato da una pratica anticoncorrenziale ha diritto ad un risarcimento pieno; il che significa «ripristinare, per chiunque abbia subito un danno, la situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa⁶⁶». In particolare il risarcimento del danno comprende il danno emergente e il lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi, con l'indicazione a non incorrere in «sovra-compensazioni» sotto forma di risarcimento multiplo o punitivo, e gli interessi dovranno decorrere dal momento della produzione del danno fino all'effettivo ristoro del medesimo. Avendo inoltre preso atto delle difficoltà di fornire la prova sia dell'esistenza che dell'effettivo ammontare del pregiudizio nell'esercizio del diritto al risarcimento, viene fornita una soluzione all'interno dell'art. 17 della direttiva al 1° co., secondo periodo. In esso si prevede la specifica ipotesi in cui sia praticamente impossibile o eccessivamente gravoso determinare con esattezza il pregiudizio patito sulla base delle prove disponibili, conferendo ai giudici il potere di stimare l'ammontare del danno: si ammette pertanto il ricorso alla valutazione equitativa da parte del giudice; nel medesimo art., al co. 3, viene attribuita al giudice nazionale la facoltà di essere coadiuvato nella delicata determinazione quantitativa dall'Autorità nazionale garante della concorrenza, ove essa reputi appropriata la propria assistenza: si rafforza in tal modo la cooperazione e il coordinamento fra il public e il private antitrust enforcement⁶⁷. Queste norme hanno come obiettivo quello di

pp. 321ss; A. M. AZZARO, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti a danno del consumatore*, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, pp. 339 ss.

⁶⁶Art. 3, co. 2, Direttiva 2014/104/UE

⁶⁷ Tuttavia non pochi problemi sorgono in sede di determinazione dei danni, in particolare nel valutare e liquidare il mancato guadagno cagionato dalla condotta illecita. Esso spesso consiste per le imprese nella sottrazione di clientela, nell'utile non conseguito, nella perdita di occasioni di profitto, imponendo una valutazione di prognosi postuma, risalendo alle circostanze in cui il danneggiato si sarebbe trovato in assenza del comportamento illecito ed escludendo le altre concause idonee ad interferire sulla sua

rendere più agevole la proposizione di domande risarcitorie, perché spesso è emersa nella prassi una certa difficoltà e dispendiosità a ricostruire il danno subito considerando la situazione ipotetica che si sarebbe verificata in assenza della violazione⁶⁸. L'art. 14 del D.lgs. n. 3 del 2017 si occupa invece specificatamente della quantificazione del danno. La lettura in combinato disposto con l'art. 1 permette di declinare le coordinate di riferimento sulla quantificazione del danno antitrust secondo la disciplina italiana. Sulla base delle conclusioni emerse dall'analisi della normativa della direttiva sul punto, si può evincere innanzitutto che il limite massimo per il risarcimento danni dovrebbe essere fissato nel divieto di sovra-compensazioni, nelle forme dei danni multipli e dei danni punitivi. Tuttavia bisogna sottolineare come nell'art. 14 manca un espresso divieto al riconoscimento dei danni punitivi, e bisognerà confrontarsi con la recente apertura della giurisprudenza sul tema delle condanne al pagamento dei punitive damages negli illeciti civili⁶⁹. Sulla scorta della tradizione comunitaria, le voci di danno risarcibili includono il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, che si producono dal momento in cui il danno si è prodotto fino a quello in cui interviene l'effettivo risarcimento. Tali componenti del risarcimento del danno discendono dalla natura extracontrattuale dell'azione, che è volta a ripristinare la situazione patrimoniale in cui si sarebbe ritrovato il soggetto in assenza della condotta anticoncorrenziale, in un'ottica prettamente compensativa⁷⁰. Sul piano del danno emergente esso dovrà comprendere innanzitutto le spese che l'attore ha sostenuto per accertare il danno, ma anche gli altri costi che sono stati sostenuti in forza della condotta illecita, quali le spese per contrastare gli effetti della pratica anticoncorrenziale, nonché quelle relative agli investimenti i cui effetti sono venuti meno a causa dell'infrazione. Sul piano invece del lucro cessante la questione è maggiormente complicata dal momento che, il mancato guadagno derivante dalla condotta anticoncorrenziale, presuppone che venga individuata la situazione di fatto che ci sarebbe stata in assenza della violazione antitrust⁷¹. Nell'ambito della stessa

posizione di mercato. Sul punto cfr. E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, pp. 398ss

⁶⁸ Sul punto cfr. R. CAIAZZO, *The legislative Decree of implementation of Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions*, in *LAR*, 2016, pp. 104ss

⁶⁹ Di recente è la pronuncia della Corte di Cassazione, SS. UU., 5 luglio 2017 n. 16601, sul punto cfr. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, pp. 2630ss; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piove*, in *Foro it.* 2017, pp. 2639ss; F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2017, pp. 575ss.

⁷⁰ La natura di azione extracontrattuale discende dall'elaborazione giurisprudenziale italiana formatasi sul punto negli anni precedenti all'emanazione della direttiva e del decreto. A mo' di richiamo cfr. Cass. Civ., sentenza 6 dicembre n.26188; Cass. Civ., sentenza 30 dicembre 2011, n. 30165; Cass. Civ. sentenza 21 gennaio 2010, n. 993.

⁷¹ Cfr. Sul punto C. CARLI, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D.lgs. 3/2017*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3*, Pacini editore, Pisa 2017, pp. 202. Si osserva la possibilità che venga ad essere riconosciuto anche il danno da perdita di chance, che "si differenzia dal lucro cessante per il fatto che esso ha ad oggetto il mancato il vantaggio che l'attore avrebbe potuto ottenere in assenza della condotta illecita, e che dipenderà dalla maggiore o minore possibilità che l'occasione perduta si realizzasse".

componente di risarcimento del danno si discute circa la possibilità di un danno reputazionale e d'immagine per l'impresa danneggiata, in particolare nella misura in cui vi siano mancati ricavi derivanti dalla perdita di immagine commerciale nella clientela⁷².

Una novità interessante nell'ambito del sistema risarcitorio italiano è invece la disposizione contenuta nell'art. 14, co. 2 del Decreto in materia di cartelli: come aveva già previsto la direttiva si introduce una presunzione relativa circa l'esistenza di un danno laddove sia stato accertato un cartello. La scelta di introdurre questa presunzione si basa sull'assunto che in un numero considerevole di casi i cartelli recano un pregiudizio a qualche soggetto. Nell'ottica di agevolare l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento, il legislatore europeo ha voluto perciò introdurre questa presunzione, che tuttavia lascia la possibilità al partecipante al cartello di fornire la prova contraria⁷³. Questa presunzione sarà utilizzata soprattutto nelle azioni c.d. follow on, infatti tale disposizione in materia di cartelli deve essere letta in combinato disposto con l'art. 7 del Decreto che introduce la vincolatività del precedente accertamento amministrativo. Come già sottolineato, sia l'art. 7 e sia l'art. 14 introducono effetti positivi per l'attore di un'azione risarcitoria antitrust, ma solo sul piano dell'esistenza del danno; egli infatti dovrà dimostrare poi in giudizio l'effettivo danno subito, anche laddove l'Autorità garante nella sua decisione si sia occupata di un'eventuale quantificazione dei danni⁷⁴. Questa norma dovrebbe essere il vero punto di svolta per le azioni risarcitorie antitrust, dal momento che l'attore in passato si trovava di fronte a penetranti difficoltà nel dimostrare il danno subito⁷⁵. In questo modo l'attore ha sicuramente maggiori possibilità di proporre una domanda risarcitoria, e per certi versi la norma potrebbe assumere anche un'efficacia deterrente secondo parte della dottrina⁷⁶. Trattandosi di una presunzione juris tantum, l'impresa convenuta avrà a sua disposizione ogni mezzo probatorio per dimostrare che nel caso di specie il cartello non ha determinato alcun danno: infatti spesso è solo l'autrice dell'infrazione che potrebbe avere delle prove che non sono nella disponibilità dell'attore, e per tale motivo ciò giustificherebbe la presunzione. L'intenzione del legislatore comunitario e nazionale è quella di determinare nel caso di specie un'inversione dell'onere della prova, nella prospettiva di agevolare il danneggiato spesso

⁷²Sul punto cfr. V. MOSCA, op. cit., pp. 460.

⁷³Una volta dimostrato che un cartello è stato posto in essere, l'attore è sollevato dall'onere di provare che quel cartello ha prodotto un danno. L'attore dovrà solo fornire la prova della lesione subita nella propria sfera giudica e l'effettivo ammontare del danno. Sull'onere probatorio cfr. A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, fasc. 3, pp. 954-985

⁷⁴Cfr. sul punto R. CHIEPPA, op cit., pp. 316.

⁷⁵Cfr. sul punto tra l'altro S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza regole*, 2006, pp. 325ss; L. PROSPERETTI, *Il danno antitrust Relazione al Convegno "La quantificazione del danno patrimoniale"*, Università Luiss Guido Carli, Roma, 1 ottobre 2010, in *Danno e responsabilità*, 2010, pp. 67ss;

⁷⁶ M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 266ss.

privo dei mezzi probatori per fondare la propria domanda risarcitoria⁷⁷. Sul piano della cooperazione con l'Autorità garante, il legislatore italiano è andato a chiarire come dovrà articolarsi questa forma di interazione, prevedendo che essa si basi su specifiche richieste del giudice e che l'Autorità può rifiutare l'assistenza per salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. A differenza della previsione dell'art. 22 della Direttiva, sembrerebbe essere attenuato il margine di discrezionalità in capo all'Autorità garante circa la possibilità di assistenza. Le richieste dovranno essere specifiche e le relative informazioni verranno fornite dall'Autorità garante nelle modalità e nelle forme indicate dal giudice, sentita l'Autorità stessa. Attraverso questi accorgimenti si dovrebbe evitare che l'Autorità garante venga distolta dalle sue funzioni per dedicarsi ad attività rispetto alle quali esiste già nell'ordinamento una figura preposta a ciò. Ultimo aspetto da considerare è quello relativo all'inserimento nel fascicolo d'ufficio delle informazioni fornite dall'Autorità garante: mentre il parere che l'Autorità fornisce circa la proporzionalità della richiesta di esibizione di prove confluisce direttamente nel fascicolo d'ufficio del procedimento, non si specifica all'interno della direttiva la sorte di tali indicazioni, con il rischio che le parti non possano conoscerle e non possano sviluppare il contraddittorio su di esse⁷⁸.

6. Considerazioni conclusive

Oggi il tema del private enforcement è oggetto di un ampio dibattito grazie ai recenti interventi a livello comunitario e nazionale. In realtà il sistema normativo dell'Unione europea ha sin dalla sua nascita avuto gli strumenti per fronteggiare le lesioni ai privati derivanti da comportamenti anticoncorrenziali⁷⁹. Qual è stato dunque il problema delle origini, che produce ancora effetti oggi? Il sistema continentale antitrust ha da sempre visto nel private enforcement uno strumento ancillare rispetto al public enforcement. Le ragioni di questa prevalenza dello strumento pubblico sono diverse: innanzitutto spesso i soggetti lesi dalle condotte anticoncorrenziali sono i consumatori, i quali potrebbero non avere la capacità di cogliere immediatamente la lesione dei propri interessi. Per questo motivo lo strumento delle azioni stand alone all'interno del modello europeo non ha avuto molto successo inizialmente, e ancora oggi è abbastanza trascurato, perché i soggetti danneggiati non avevano e non hanno pienamente gli strumenti necessari per proporre la propria domanda risarcitoria, soprattutto sul piano probatorio. In questo senso il public enforcement appariva più adeguato a tutelare le istanze di tutela del

⁷⁷Sul punto R. PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, pp. 317ss esamina il problema del danno in re ipsa che la presunzione in questione potrebbe suscitare, sottolineando che è necessario dimostrare che vi sia stata una specifica lesione della sfera giuridica del presunto danneggiato.

⁷⁸A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, pp. 955ss

⁷⁹Gli artt. 101 e 102 Tfe (e in passato gli artt. 81 e 82 del TCE), garantivano già la possibilità di esercitare i propri diritti derivanti da lesioni per comportamenti anticoncorrenziali.

mercato, avendo a disposizione il potere e gli strumenti necessari per procurarsi le informazioni necessarie a contrastare gli illeciti antitrust. L'ulteriore profilo della dispersione del danno tra una pluralità di soggetti non deponeva a favore di azioni risarcitorie private. Perché dunque dall'Unione europea inizia il percorso di creazione del private enforcement antitrust? La direttiva 104/2014/UE nasce proprio con lo scopo di incentivare le azioni risarcitorie antitrust e per riequilibrare il rapporto con il public enforcement. È innegabile che sotto questo punto di vista la direttiva, e la successiva normativa di recepimento, abbiano favorito il più ampio ricorso alle azioni di risarcimento private, basti pensare alla disciplina della prova, della vincolatività delle decisioni delle Autorità garanti, al sistema della traslazione del danno. Per il public enforcement si possono invece individuare due conseguenze dirette derivanti dal recepimento della direttiva. Innanzitutto non viene intaccata l'efficacia dei programmi di clemenza, dal momento che viene garantito che l'impresa non risulti in posizione di svantaggio rispetto ai coautori della violazione per il fatto di aver collaborato con l'autorità di concorrenza nella scoperta di un cartello. L'altra conseguenza è che la disciplina, prevedendo l'effetto vincolante delle decisioni definitive delle autorità di concorrenza nelle successive azioni risarcitorie, per essere compatibile con i principi costituzionali relativi all'indipendenza del giudice richiede un controllo giurisdizionale che sia pieno sulle decisioni delle autorità di concorrenza che accertano una violazione. Sul piano del private enforcement non bisogna tuttavia enfatizzare troppo i risultati raggiunti con la direttiva e il decreto di recepimento. Sul tema dell'esibizione probatoria si è osservato come la richiesta al giudice può essere effettuata solo in pendenza di un giudizio risarcitorio. Questo elemento può essere un vulnus all'effettiva possibilità di presentare una domanda risarcitoria, dal momento che nelle azioni stand alone l'attore non ha mai tutti gli elementi probatori a disposizione⁸⁰. Tuttavia vi è chi ritiene sia possibile ricorrere a tale strumento in via cautelare, anticipando la proposizione della domanda⁸¹. Ma il problema di fondo che caratterizza le azioni antitrust sono i costi eccessivi: nonostante gli incentivi predisposti, in particolare la disciplina sulla vincolatività della decisione dell'autorità definitive, non tutti potrebbero essere disposti a sostenere le spese necessarie per l'accertamento di una violazione antitrust. A questo punto occorre comprendere come mai il public enforcement ancora una volta appare preponderante rispetto al private enforcement, e in particolare è opportuno fare un raffronto con il sistema statunitense. L'elemento che fortemente caratterizza la disciplina antitrust di un determinato Paese è il modello economico di riferimento adottato. La Comunità europea, alla fine degli anni 50', era assai lontana dal raggiungimento del

⁸⁰Sul punto S. VINCRE, op. cit., 1160. Laddove fosse possibile una *discovery* delle prove prescindendo dalla pendenza di una domanda risarcitoria, l'attore potrebbe predisporre al meglio la propria domanda risarcitoria ovvero si potrebbe giungere a soluzioni transattive, avendo entrambe le parti una soluzione d'insieme dell'intera questione.

⁸¹ G. FINOCCHIARO, op. cit., 239, ritiene che l'ordine di esibizione possa essere messo anche in via cautelare, quantomeno ex art. 700 c.p.c., e, se del caso, posticipando l'attuazione del contraddittorio tra le parti.

mercato unico europeo. Diversamente la legislazione concorrenziale americana nasce in un contesto in cui si era raggiunta la piena integrazione dei mercati federali in uno spazio economico unitario. Questo significa che mentre il diritto antitrust americano nasce con lo scopo di fronteggiare gli accordi limitativi della concorrenza in settori nevralgici dell'economia, in Europa la concorrenza viene vista come uno strumento di realizzazione dell'integrazione economica e politica tra gli Stati⁸². Questo ha determinato una diversa visione del contrasto alle pratiche anticoncorrenziali: negli Stati Uniti l'impresa di grandi dimensioni che assume una posizione di monopolio, laddove produca un beneficio per l'economia nel suo complesso non è soggetta a sanzioni. In ambito europeo, al contrario, ogni forma di monopolio e di controllo di porzioni rilevanti del mercato è avvertito come ostacolo all'abbattimento delle barriere e alle finalità ultime delle istituzioni comunitarie. Perché poi è centrale l'azione privata nel diritto antitrust statunitense? L'obiettivo che si persegue attraverso queste azioni è soprattutto di deterrenza perché la condanna ai treble damages è lo strumento di maggiore efficacia per far desistere le imprese da comportamenti di questo tipo, ed in ogni caso appare maggiormente vantaggioso proporre una domanda di risarcimento dei danni perché l'attore, o spesso gli attori di un'azione di classe, in caso di esito vittorioso dell'azione otterranno un ristoro completo delle proprie pretese risarcitorie. Invece i danni punitivi, secondo l'orientamento più risalente⁸³, sono incompatibili con l'ordinamento giuridico italiano, sebbene negli Stati Uniti rappresentino uno degli elementi essenziali dell'azione risarcitoria antitrust⁸⁴. Ma in realtà la vera assente nella direttiva è proprio l'azione di classe. Tale strumento potrebbe essere la vera soluzione al problema rappresentato dai costi eccessivi dell'azione risarcitoria antitrust, dal momento che spesso i soggetti danneggiati desistono dal proporre l'azione proprio per queste ragioni. La neutralità del legislatore comunitario sul punto discende dal fatto che, utilizzando lo strumento della direttiva, si è voluto evitare di andare ad intaccare settori dell'ordinamento giuridico degli Stati membri che non sono ancora sviluppati a pieno. Il legislatore italiano tuttavia sul punto dedica un apposito riferimento normativo all'art. 1 co.1, richiamando l'art. 140bis del codice del consumo⁸⁵. Il tentativo operato è tuttavia alquanto limitante, dal momento che solo chi si affermi consumatore ai sensi dell'art. 3 del cod. consumo, può servirsi delle forme di tutela previste dall'art. 140bis. Questo significa che mentre l'art. 2 del d.lgs. n. 3 del 2017 menziona tra i soggetti danneggiati qualunque persona, fisica o giuridica, o

⁸²G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 575ss

⁸³Cass. Civ n. 1183/07

⁸⁴ Tuttavia bisogna segnalare come di recente la Cassazione abbia manifestato una certa apertura verso i danni punitivi, seppur subordinata a determinate condizioni. Tra queste vi è sicuramente la presenza di una specifica norma ad hoc che vada a prevederli; l'aspetto però rilevante è rappresentato dall'affermazione di compatibilità con il nostro ordinamento di questi danni. Un'apertura verso il futuro? Sul punto cfr. F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, fasc. 5, pp. 577.

⁸⁵Sull'azione collettiva antitrust cfr. A. GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust. Profili processuali*, in *Banca, borsa titoli di credito*, 2011, pp. 371ss; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, pp. 491ss; K. MARCANTONIO, *Il danno "antitrust" dopo l'introduzione della "class action": "back and forth interaction" tra il giudice e l'"antitrust"?*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 235ss.

un ente privo di personalità giuridica, che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza, solo il consumatore potrà accedere all'azione di classe. Sul piano invece del rapporto tra public e private enforcement sono dunque evidenti i profili di criticità. Innanzitutto si può affermare che le azioni civili ad oggi perseguono solo finalità risarcitorie, non essendo stato raggiunto un grado di complementarietà tale da far ritenere che anche quest'ultime possano fungere da strumento di lotta agli illeciti antitrust come il public enforcement. Quello che si è cercato di attuare con l'intervento in discussione è un'operazione di rivitalizzazione delle azioni follow on, come dimostra l'importante sinergia con il public enforcement. Ma esso appare ad oggi il meccanismo preponderante a livello comunitario e nazionale di tutela del diritto della concorrenza. In questo senso deve essere letto un elemento di rafforzamento del public enforcement, rappresentato dalla protezione assoluta riservata alle dichiarazioni confessorie effettuate dalle imprese nell'ambito dei programmi di clemenza. Nella ricerca del bilanciamento tra le due funzioni del diritto antitrust, è stata assicurata preferenza al versante pubblico, al prezzo tuttavia di compromettere l'esito di determinate azioni risarcitorie. pubblici. Sicuramente si sono fatti passi decisivi verso la complementarietà tra i due piani di intervento, tuttavia le origini economiche del diritto antitrust europeo, insieme con la qualificazione a funzione meramente risarcitoria, difficilmente permetteranno al private enforcement di raggiungere quel ruolo autonomo e di prim'ordine che caratterizza invece il sistema statunitense.